۱۸۸

باسمه تعالی
فهرستبرگه منابع چاپ سنگی - اداره مخطوطات

شماره ثبت: ۲۶۴۳۰
رده‌بندی دیویی: ج.۱ ۱۳۱۰ ش‌ش/ ش ۳۲۱م ۲۹۷/۳۴۲ مرجع
سرشناسه: شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ۹۱۱ - ۹۶۶ق، شارح
عنوان قراردادی: [شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. شرح].
عنوان: مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام.
شرح پدیدآور:
کاتب: علی بن عباس افشار قزوینی تاریخ کتابت: ۱۳۱۰ق.
محل نشر: [تهران؟] ناشر: شیخ رضا تاجر کتابفروش تهرانی تاریخ نشر: ۱۳۱۰ ق.
صفحه شمار: ۵۹۷ ص. مصور درسی گراور یا افست
زبان: عربی ابعاد: ۲۱×۳۴ نوع خط: نسخ
روش تهیه: وقفی ✓ اهدایی خریداری ارسالی
واقف: مهرداد بوستانی تاریخ ثبت: ۱۳۷۰هـ.ش
یادداشت‌ها: ج.۱. کتاب الطهارة تا کتاب النکاح.

اسیدزدایی شد
۸۸/۱۱/۱۴

موضوع(ها): ۱. محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲ - ۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسیر.
۲. فقه جعفری -- قرن ۷ق.
شناسه(های) افزوده: الف. محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲ - ۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. شرح. ب. افشار قزوینی، علی بن عباس، کاتب. ج. بوستانی، مهرداد، واقف.
فهرستنگار: نصیری تاریخ فهرستنگاری: اسفند ۸۶

د. عنوان. هـ. عنوان: شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. شرح.

۶۷۱۷۲

قدس رضوی
شرح شرائع الاسلام
عدد اوراق
وصی
اداره قبض
واقف مهرداد بوستانی تاریخ وقف ۱۳۷۰
طول ۳۴ عرض ۲۱ شماره صفحات
۷۱/۱۱/۷

صحیح

۲۹۷/۳۴۲
۳۳/۳۳
شخ ص

فهرس
شماره ثبت:
رده‌بندی دیوی
سرشناسه:
عنوان قرارداد
عنوان: مسالک
شرح پدیدآور
کاتب: علی بن
محل نشر:
صفحه شمار
زبان: عربی
روش تهیه:
واقف
یادداشت‌ها: ج.
موضوع(ها)
شرایع ال
۲. فقه.
شناسه(های
شرایع ال
قزوینی،
فهرستگار:
د. عنوان

في المياه واقسامها واحكامها

كتاب مسالك الافهام شرح شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام للشيخ الامام الهمام القمقام علامة العلماء في الاسلام فخر المحققين وزين المجتهدين زين الدين بن احمد الشامي العاملي الشهير بالشهيد الثاني نور الله مرقده

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله الذي وضح مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام وشرح صدور من اختاره من الانام بايضاح مسائل الحلال والحرام ورفع درجات العلماء الاعلام حتى اوطاهم اجنحة الملائكة الكرام ولجزل امدادهم حتى رجح مدادهم على دماء الشهداء يوم القيام والصلوة على نبيه الذي احكم قواعد الاحكام نهاية الاحكام محمد المرسل للارشاد والتذكرة والتبصرة والهداية الى دار السلام وعلى آله مصابيح الظلام ووسيلة القاصدين الى مدارك شرايف كل مقام و

بعد فهذه نكت مختصرة وفوائد محررة وضعتها على كتاب شرائع الاسلام بالتماس جماعة من المحصلين الاعلام تقيد مطلقها وتفتح مغلقها وتبين مجملها وتسهل معضلها تغني المشتغل بالكتاب عن اسفار كبار ونطلعه على دقايق تنفرع لها قلوب الاحبار مجردة غالبا عن دليل او تعليل مقتصرة على قصير من طويل والله يهدي السبيل وهو حسبنا ونعم الوكيل وسميتها مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام قوله بعد الخطبة الطهارة اسم للوضوء او الغسل او التيمم على وجه له تاثير في استباحة الصلوة هذا تعريف للطهارة بالمعنى الشرعي ...

كتابخانه مركزى آستان قدس رضوى

وان كانت غير منصوصة وجب نزح الجميع ومع التعذر التراوح قوله ويستحب ان يكون بين البئر والبالوعة خمس اذرع الخ المراد بالبالوعة ما يرمى فيها ماء النزح او غيره من النجاسات المائعة والاكتفاء في التباعد بخمس مشروط باحد الامرين صلابة الارض او فوقية قرار البئر على قرار البالوعة ويدخل فيما عدا ذلك ما يدخل في السبع تساوي القرارين مع رخاوة الارض فالصور ست يتباعد بخمس في اربع وبسبع في صورتين ويحكم الفوقية المحسوسة الفوقية بالجهة وهي جهة الشمال لما ورد من ان مجاري العيون مع مهب الشمال فلو كان احدهما في جهة الشمال فهو اعلى وان تساوى القراران فالصور اربع وعشرون يظهر حكمها بالتامل قوله واذا حكم بنجاسة الماء لم يجز استعماله في الطهارة مطلقا اي اختيارا واضطرارا بغرينة التقييد في الاكل والمراد بعدم الجواز التحريم مع اعتقاد المشروعية او مع الاعتداد به في الصلوة ونحوها او بمعنى عدم الاعتداد به في رفع الحدث مجازا قوله ولو لم يجد ماء غيرها تيمم ولا يشترط في صحة ارادتها قبله بل يتلوث عند الحاجة اليه وهذا بخلاف ما لو اشتبه المطلق بالمضاف فانه يجب الطهارة بهما معا ولو فرض انقلاب احدهما تطهر بالاخر وتيمم قوله لكن لا بد بل حدثا اجماعا ولا خبثا على الاظهر الاقوى قوله ويكره الطهارة بماء اسخن بالشمس في الانية لورود النهي عن النبي وعلل بانه يورث البرص وكما يكره الطهارة به يكره استعماله في غيرها من ازالة النجاسة والاكل والشرب ولا يشترط القصد الى التسخين ولا بقاء السخونة ولا فرق في الانية بين المنطبعة وغيرها وان كانت المنطبعة اقوى ضررا في الماء ولا بين البلاد الحارة وغيرها ولا فرق بين القليل من الماء والكثير للاطلاق في ذلك كله قوله وماء اسخن بالنار في غسل الاموات لنهي الباقر عنه وعلل مع ذلك بان فيه اجزاء نارية وتفاؤلا بالحميم وادخاء لبدن الميت واعدادا له لخروج شيء من النجاسات ومحل الكراهة عند عدم الضرورة اما معها كخوف الغاسل على نفسه من البرد فلا وكذا يكره استعماله في غير غسل الاموات قوله والمستعمل في غسل الاخباث نجس المراد به الماء القليل المنفصل عن محل النجاسة قبل الحكم بطهره قوله عدا ماء الاستنجاء فانه طاهر ما لم يتغير بالنجاسة او تلاقيه نجاسة اخرى من خارج المراد بالخروج ما يعم الحقيقي كالدم المستصحب للخارج والمحل كالخارج الملقى على الارض ويشترط في طهارته ايضا ان لا ينفصل مع الماء اجزاء من النجاسة متميزة لانها كالنجاسة الخارجة ينجس الماء بعد مفارقة المحل واشترط الشهيد عدم زيادة وزن الماء وهو احوط ولا فرق في ذلك بين المخرجين ولا بين المتعدي وغيره الا ان يتفاحش بحيث يخرج عن مسمى الاستنجاء ولو تنجست اليد فان كان بسبب جعلها آلة للغسل فلا اثر لها والا فهي كالنجاسة الخارجة قوله في الاسآر جمع سؤر وهو لغة ما يبقى بعد الشرب وشرعا ماء قليل باشره جسم حيوان قوله ومن عدا الخوارج والغلاة المراد بالخوارج اهل النهروان ومن دان بمقالتهم ويجمعهم بغض علي وبالغلاة من اعتقد الهية علي او احد الائمة عليهم السلم وقد يطلق على من قال بالهية احد من الناس فيدخل فيهم من بلاد الشام من السامية والدروز ومن قال بمقالتهم وجعل الغلاة من فرق المسلمين تجوز لانه الحقهم من جملة ومباينتهم له اسما ومعنى ووجه الاطلاق اعتبار الاصل المنتقل عنه او لتسترهم بظاهره ويلحق بالفريقين في النجاسة النواصب وهم المعلنون بعداوة اهل البيت ع او احدهم صريحا او لزوما ولو جعلهم بدل الخوارج كان اولى لدخول الخوارج فيهم وفي حكمهم المجسمة بالحقيقة قوله والحائض التي لا تؤمن اي لا تتحفظ من النجاسات ولا تبالي بها والحق الشهيد بها كل متهم بعدم التحفظ قوله وما مات فيه الوزغ بفتح الواو والزاي جمع وزغة بالتحريك ايضا دابة من اصنافها سام ابرص وفي الصحاح سام ابرص من كبار الوزغ قوله وما لا يدرك بالطرف من الدم لا ينجس الماء المراد بعدم ادراك الطرف له بعد وصوله الى الماء لقلته والوصف بالقلة حقيقي لا مجازي بمعنى انه لا يكاد يدرك كما قيل والمستند صحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى ع قال سألته عن رجل امتخط فصار الدم قطعا واصاب اناءه هل يصلح الوضوء منه فقال ان لم يكن شيء يستبين في الماء فلا باس وان كان شيئا بينا فلا يتوضأ منه ويحمل على الشك في اصابته الماء مع تيقن اصابته الاناء كما هو ظاهر الرواية ويكون التعبير بالاستبانة وعدمها بمعنى تحقق وصول الدم الماء وعدمه قوله وهي ستة المراد بها ما يوجب الوضوء خاصة اذ لو اراد موجبات الوضوء في الجملة لزادت عن ذلك قوله من المعتاد المراد به المخرج الطبيعي للاحداث ولا يشترط في ايجاب الحدث للوضوء فيه الاعتياد بمعنى كونه سببا للوجوب باول مرة فلا يضر تخلف الحكم لفقد شرط كالصغر قوله ولو خرج مما دون المعدة المراد به مع عدم انسداد المعتاد اذ مع انسداده ينقض الخارج من غيره وان كان من فوق المعدة كما سيأتي والمراد بما دون المعدة ما تحتها وهو ما تحت السرة وتوجيه عدم النقض يريد به مع عدم الاعتياد وان كان اعم لما سيأتي من حكمه بنقض ما خرج من الجرح معتادا وذكر الجرح على سبيل المثال ويتحقق الاعتياد بالخروج منه مرتين فينقض بالثالثة قوله والنوم الغالب على الحاستين المراد بهما حاستا السمع والبصر وانما خصهما من بين الحواس مع اشتراط زوال الجميع لانهما اقوى الحواس فزوالهما يستلزم زوالها والمراد بالغلبة المستهلكة لا مطلق الغلبة قوله والاستحاضة القليلة التقييد بالقلة لاخراج ما فوقها فانه وان اوجب الوضوء بوجه الا انه يوجب الغسل في الجملة والبحث مقصور على موجب الوضوء خاصة قوله ولا ينقض الطهارة مذي ولا ودي المذي ماء رقيق لزج يخرج عقيب الشهوة والودي بالمهملة ماء ابيض غليظ يخرج عقيب البول وبالمعجمة ماء يخرج عقيب الانزال والثلاثة طاهرة غير ناقضة قوله الا ان يخالطه شيء من النواقض هذا الاستثناء منقطع لان كل ما خالطه شيء من النواقض انما يسند النقض فيه الى الناقض لا الى المستصحب فاطلاق النقض عليه باعتبار ما خرج معه لا باعتباره قوله ستر العورة عن ناظر محترم لجرح عنه غير من ذكر كالدابة والطفل غير المميز والزوجة ومملوكة الرجل غير المزوجة والمعتدة قوله ويستحب ستر البدن والمراد بالستر هنا اخفاء الشخص عن الناظر المذكور ببناء وحفيرة ونحوهما لا مطلق الستر قوله استقبال القبلة واستدبارها يتحقق الاستقبال هنا على حد ما يعتبر في الصلوة لا شرّكها في المعروف كذا الحكم في الاستدبار فلا يكفي تحويل العورة خاصة عن الجهتين مع استقبال البدن او استدباره ولو لم يمكن الا احدهما فالاستدبار اولى كما ان الاستقبال اولى من النظر اليه لحصر الجالعيها قوله لا يجزي غير مع القدرة يفهم منه اجزاء غير الماء مع العجز عنه والاجزاء هنا فرع الوجوب فيدل ذلك على وجوب ازالة عين النجاسة عند تعذر الماء بما امكن من تراب وحجر وغيرهما تخفيفا للنجاسة بحسب الامكان وليس المراد بالاجزاء في هذه الصورة الحكم بطهارة المحل بذلك بل الحكم باباحة العبادة المشروطة بازالة النجاسة ما دام الماء متعذرا وشمل اجزاء البدن على الطهارة المائية عند تعذرها ولا خصوصية في ذلك الاستنجاء من البول بل هو ثابت في جميع النجاسات فلو اخل المكلف بتخفيف النجاسة على الوجه المذكور لم تصح صلوته فيه وما يتوقف على ازالة النجاسة كالاباحة

لما ولا يجزي غيره مع القدرة متن

غسل موضع البول ما

الموقف

الموضع على رفع الحدث اذا انتقل بدل الرافع له فيكون لرفع الخبث بدل اضطراري كرفع الحدث وهو من خواص هذا الكتاب قوله واقل ما يجزي مثلا ما على المخرج هذا هو المشهور وورد به الرواية وقد اختلف في معناه والاولى ان يراد به الكناية عن وجوب الغسل من البول مرتين فيستحب الفصل بين الغسلتين لتحقق التثنية قوله واذا تعدى المخرج المراد بالمخرج حواشي الدبر فكلما جاوزها فهو متعد وان لم يبلغ الالية قوله بين الماء والاحجار وفي حكم الاحجار الخزف والخرق والخشب ونحوهما ما يزيل النجاسة عدا ما يستثنى قوله ازالة العين دون الاثر قيل هو اللون لانه عرض لا يقوم بنفسه فلا بد له من محل جوهري يقوم به وهو فاسد لان اللون معفو عنه وان غسل المحل بالماء ولانه ينتقض بالرائحة فانها ايضا عرض وقيل هو الاجزاء اللطيفة العالقة بالمحل التي لا تزول الا بالماء وهو انسب ان كان يحققها الا نحو عسر قوله ولا يستعمل الحجر المستعمل اعلم ان المحكوم عليه بعدم استعمال المستعمل اما مستعمله بناء الصيغة الاولى للمعلوم او ما هو اعم بناء بها للمجهول فان كان الاول وجب تقييده بكونه من الحدث الذي استعمل فيه بناء على مذهبه من عدم اجزاء الواحد ذي الجهات وما في حكمه كالواحد المنكر بعد غسله فيحتاج الى التقييد الكلمتين وان كان الثاني فالامر في مستعمل الحجر قد طهر وفي غيره يقيد بكون الحجر نجسا والا لم يمنع من استعماله وان كان قد استعمله غيره لصدق التعدد مع تعدد المستعمل وان اتحدت الالة بمعنى انه لو استنجى جماعة بثلاثة احجار صح وان كان كل واحد يمسح بجهة من الحجر غير جهة الاخر وبها مع تطهيرها او مع عدم نجاستها كالمكمل للثلثة بعد ان زالت العين قبل استعماله ومن ذلك يظهر ان اطلاق العبارة غير جيد قوله ولو استعمل ذلك لم يطهر هذا في الاول وهو النجس والاخير وهو الصقيل واضح ومثله الرخو والمتفتت لا الاعتماد عليه والخشن الذي لا يمكن الاعتماد عليه على وجه يقلع النجاسة واما الثلاثة الوسطى فالاصح انها تطهر وان اثم الفاعل لعدم المنافاة بين الاثم وحصول الطهارة كما في الماء والحجر المغصوبين قوله وهي حد وبات ومكروهات ادخال المكروهات في سنن الخلوة بمعنى استحباب تركها وا فالمكروه مناف للسنة قوله تغطية الراس ان كان مكشوفا للتاسي وحذرا من وصول الرائحة الى الدماغ وروي استحباب التقنع ايضا ويمكن ان يريد بتغطيته لو ا ذلك ايضا قوله في الشوارع والمشارع الشوارع جمع شارع وهو الطريق الاعظم قاله الجوهري والمراد هنا الطريق مط والمشارع جمع مشرعة وهي موارد المياه كشطوط الانهار ورؤس الابار لما فيه من اذى الواردين قوله وتحت الاشجار المثمرة اي التي من شانها الثمر وان لم يكن الثمر حاصلا بالفعل او يبقى النجاسة الى اوانه للعموم ولعدم اشتراط بقاء المعنى المشتق منه في صدق الاشتقاق ولا يخفى ان الكراهة مشروطة بعدم استلزام التصرف في مال الغير كالشجرة المملوكة له او ما في حكمها فلو كانت الارض للغير لم يصح وكذا لو كانت الشجرة للغير وخيف افساد شيء منها بسببه قوله ومواضع اللعن عن زين العابدين ع هي ابواب الدور قوله واستقبال الشمس والقمر بفرجه في التقييد بالفرج هنا اشارة الى ان الكراهة مختصة بمواجهة جرمهما بالعورة من غير حائل فلو كان هناك حائل ولو ثوبا زالت الكراهة وان استقبل الجهة قوله الصلبة هي بضم الصاد وسكون اللام لئلا يرد عليه وفي الحديث من فقه الرجل ان يرتاد لبوله وكان النبي يعمد الى مكان فيه التراب الكثير كراهة ان ينضح عليه البول قوله وفي ثقوب الحيوان وهي جحرتها بكسر الجيم وفتح الحاء لنهي النبي عنه خوفا من الاذى قوله وفيها خاتم عليه اسم الله سبحانه وكذا اسم نبي او امام مقصودا بالكتابة وهذا مع عدم اصابته بالنجاسة والا حرم قوله او حاجة يضر فوتها والمراد انها لا تحصل الا بالكلام فلو اندفعت الحاجة بالتصفيق ونحوه لم تزل كراهة الكلام ويلحق بذلك ايضا رد السلام وحمد الله عند العطاس من جملة الذكر وكذا حكاية الاذان في غير الحيعلات قوله النية وهي ارادة تفعل بالقلب احترز بفعل القلب عن ارادة الله تعالى او اراد به بيان الماهية كطائر يطير بجناحيه اذ ارادة العبادة لا تفعل الا به قوله الاظهر انه لا يجب الاحوط نية احد الامرين مع ما ذكره قوله ولا يعتبر النية في طهارة الثياب ولا غير ذلك بمعنى زوال النجاسة بدونها لكن يتوقف عليها حصول الثواب قوله كانت طهارته مجزية الاصح البطلان بذلك ويدخل في ذلك ارادة التنظيف او التبرد بالماء الحار وغيرهما قوله ووقت النية عند غسل الكفين المراد به المستحب للوضوء وهو ما كان من حدث النوم او البول او الغائط او نحوها لا من الريح ونحوه واحترز بالمستحب عن الواجب كازالة النجاسة او المستحب لا له كعقيب الطعام واشترط جماعة فيه كون الوضوء من ماء قليل في اناء منقول واسع الراس يغترف منه فلا يقع النية عنده بدون ذلك وهو احوط ويجوز فعلها عند المضمضة والاستنشاق مقارنة لدخول الماء في الفم او الانف ومتى قدم النية عند احدهما لم يجز البلغة من السنن المتقدمة الى نية بل السابق عليها ان كان وان اخرها الى غسل الوجه فلا بد للمتقدم من نية قوله ويجب استدامة حكمها الى الفراغ المراد باستدامة حكمها ان لا ينوي نية تنافي النية الاولى او ينافي بعض مميزاتها فهي امر عدمي وقيل هي البقاء على حكمها والعزم على مقتضيها كلما الاحظها وهو احوط عبر ان العمل على الاول قوله وقيل اذا نوى غسل الجنابة اجزأ عن غيره ولو نوى غيره لم يجز عنه وليس بشيء الاصح تداخل اسباب الغسل واجزاء غسل واحد عنها مط ثم ان كان مع احد اسباب الجنابة لم يجمع مع الغسل وضوء والا وجب الوضوء قوله مقدم الراس هو بضم الميم وفتح القاف ثم الدال المشددة المفتوحة نقيض المؤخر بتشديد الخاء المفتوحة والذقن بالذال المعجمة المفتوحة وفتح القاف مجمع اللحيين بفتح اللام وهما العظمان اللذان تنبت عليهما الاسنان السفلى واحدهما لحي بفتح اللام ايضا والابهام بكسر الهمزة الاصبع الغليظة المتطرفة والجمع اباهيم ويستفاد من تحديد الوجه بمنابت شعر الراس وجوب غسل موضع التحذيف بالذال المعجمة وهو ما بين الصدغ والنزعة من منابت الشعر الخفيف الذي لا يدخل في شعر الراس عرفا سميت بذلك لحذف النساء والمترفين الشعر عنها اما الصدغ بضم الصاد ويقال بالسين ايضا وهو ما حاذى العذار فوق بين العين والاذن والنزعتان بالتحريك وهما البياض المكتنف للناصية من الجانبين فلا يجب غسلهما كما لا يجب غسل الناصية قوله وما خرج عن ذلك فليس من الوجه فلا يجب غسله اصالة لكن يجب غسل جزء من جميع حدود الوجه من باب المقدمة قوله ولا عبرة بالانزع ولا بالاغم قوله ولا يجب غسل ما استرسل من اللحية ولا تخليلها قوله ولا يتجاوز اصابع العذار العذار ما حاذى الاذن يتصل اسفله بالعارض واعلاه بالصدغ بينه وبين الاذن بياض والعارض ما انحط عن محاذاة الاذن من الشعر او منابته ويظهر من العبارة وجوب غسل العذار وهو حسن كما يجب غسل العارض بغير خلاف اما البياض الذي بينه وبين الاذن فلا يجب غسله قطعا قوله ولا تخليلها بل يغسل الظاهر فيستفاد من اطلاق العبارة عدم الفرق بين اللحية الخفيفة والكثيفة فلا يجب تخليلها مط وهو اصح القولين والمراد بالخفيفة من الشعر ما يرى البشرة من خلاله في مجلس التخاطب والكثيفة يقابله والمراد بالتخليل المحكوم بعدم وجوبه غسل منابت الشعر ما لا يقع عليه

البص

البصر من البشرة واما المرفق فيها خلال الشعر الخفيف فيجب غسله لعدم انتقال اسم الوجه عنه وقد يعلم ذلك من قوله بل يغسل الظاهر فان المراد به الظاهر من البشرة وما ذكر داخل فيه وينقل الاختلاف بذلك بين القولين بوجوب تخليل الشعر الخفيف وعدمه ولا فرق في ذلك بين المراة والرجل قوله والمرفقين يدل بظاهره على ان المرفقين يجب غسلهما اصالة لا من باب المقدمة لعدم تعرضه لما يجب غسله بينهما والا فرقه كك ولا ينافيه قوله بعد ولو قطعت من المرفق سقط فرض غسلها لان المراد بالمرفق راس العظمين المتداخلين لا المفصل والمراد بقطعها من المرفق قطع جميع المرفق ويتحقق بقطع راس العضد وعدم وجوب غسل الباقي ح ظاهر واما لو قطعت من المفصل وجب غسل راس العضد بناء على وجوب غسل المرفق اصالة وعلى القول بان وجوبه من باب المقدمة يسقط غسله قوله دون المرفق الضابط ان كل ما دون المرفق او فيه من الزوائد يجب غسله سواء تميز ام لا وما كان فوقه لا يجب غسله مط الا اليد فانها تغسل مط مع عدم تميزها عن الاصلية ومعه تغسل الاصلية لا غير ومقتضى اطلاق العبارة وجوب غسلها وان تميزت وهو مذهب جماعة من الاصحاب ويعلم الزائدة بقصرها وضعف قوتها ونقص اصابعها ونحو ذلك قوله مقدار ثلث اصابع عرضا حال من الاصابع او بنزع الخافض والمراد بمرور الماسح على الراس بهذا المقدار وان كان باصبع لا كون الة المسح ثلث اصابع مع مرورها اقل من مقدار ثلث اصابع ومعنى استحبابه كون هذا المقدار افضل الفردين الواجبين ان اوقعه دفعة وان كان ذلك نادرا ولو كان على التدريج كما هو الغالب فالظاهر ان الزائد عن المسمى موصوف بالاستحباب قوله اخذه من لحيته واشفار عينيه لا يشترط جواز الاخذ من هذه المواضع جفاف اليد بل يجوز مط لا بقاء من بلل الوضوء ولا يختص الاخذ بهذه المواضع بل يجوز من جميع الوضوء محال وجميع شعر الوجه وتخصيص الشعر لكونه مظنة الرطوبة قوله يجوز المسح على الشعر المختص بالمقدم المراد به النابت عليه بحيث لا يخرج بمده عن حد المقدم فلو زاد اختص الجواز بغير المقدار الزائد قوله وليس بين الرجلين ترتيب بل الاصح وجوب تقديم اليمنى فلا يجزي العكس ولا المعية قوله ويجب المسح على بشرة القدم يعلم من قوله بشرة القدم مع قوله في الراس مسح الشعر او البشرة عدم اجزاء المسح على الشعر المختص ما تقدم اذا قطع الخط الذي يحصل به مسمى المسح وهذا هو الحق والفارق النص ولا يشترط في خط المسح المتصل الاستقامة فلو حصل مع المسح على الشعر اتصال ولو با اعوجاج كفى قوله الا التقية فيجوز المسح على الخف لا على غيره لعدم فرض التقية فيه ويشترط في جواز المسح عليه عدم تادي التقية بغسل الرجلين والا قدم على المسح عليه لان الغسل اقرب الى الواجب ولو عدل الى مسح بشرة الرجلين في موضع التقية باحدهما بطل الوضوء للنهي المفسد للعبادة قوله قبل ان يجف ما تقدم المعتبر في الجفاف الحسي لا التقديري فلا فرق في الهواء بين كونه مفرط الحرارة او الرطوبة ولا يقدران معتدلين والمعتبر جفاف جميع ما تقدم ترتيبه والثالثة بدعة يتحقق باكمال غسل العضو مرتين بحيث لا يبقى منه شيء وان قل ولا يبطل بها الوضوء وان كانت محرمة مع امكان المسح ببلل احد الغسلتين الاوليين قوله ولا تكرار في المسح لانه مشروعا بحيث يكون جزء من العبادة فلو فعله غير معتقد مشروعيته فلا اثم وان كان مكروها ولو اعتقد مشروعيته اثم وفعل هو محرم وعلى كل حال فلا يؤثر في صحة الوضوء لخروجه عنه قوله ما يسمى به غاسلا اقل ما يحصل به مسماه ان يجري جزء من الماء على جزئين من البشرة ولو بمعاون والتشبيه بالدهن مبالغة في الاجزاء بالجريان القليل على وجه المجاز لا الحقيقة قوله فعليه ايصال الماء الى ما تحته لا يكفي مجرد الايصال بل لا بد معه من تحقق مسمى الغسل وهو الجريان المذكور قوله من كان على بعض اعضائه جبائر فان امكنه نزعها او تكرار الماء عليها حتى يصل البشرة وجب لتماميته ذلك اذا كانت في محل الغسل والا لم يكف ايصال الماء الى ما تحتها لوجوب الصاق الماسح بالممسوح وكذا لا يكفي وصول الماء الى ما تحتها مط مع نجاسته بل لا بد مع ذلك من جريانه تحتها على وجه التطهير والغسل المعتبر في الوضوء بل حكمها انها ان كانت في محل الغسل وامكن ادخال الماء تحتها على وجه الغسل وكان ما تحتها طاهرا تخير بين نزعها وغسل العضو تحتها وان كان نجسا اشترط مع ذلك امكان تطهيره وان لم يمكن نزعها وجب ايصال الماء الى البشرة على وجه الغسل ان امكن والا مسح على ظاهرها ان كان طاهرا او على شيء طاهر موضوع عليها ان لم يمكن وان كانت في محل المسح وجب نزعها مع الامكان مط ومع تعذره يمسح عليها كما تقدم والواجب في الامرين ما كان يجب قبله من استيعاب المحل او الاكتفاء بالمسمى ولا فرق في اجزاء المسح عليها بين ان يمكن اجراء الماء عليها او لا لعدم التشديد بتبللها مع تعذر وصول الماء الى اصلها ولا بين ان يستوعب الجبيرة عضوا كاملا او لا ولو لم يكن على الكسر او الجرح لصوق فان امكن غسله او مسحه اذا كان في موضع المسح وجب كالجبيرة والا غسل ما حوله والاحوط مسحه ان امكن او وضع شيء عليه والمسح فوقه قوله لا يجوز ان يتولى وضوءه غيره مع الاختيار و يجوز مع الاضطرار ويتحقق التولية بمباشرة الغير غسل العضو ولو بصب الماء عليه لا بصبه في اليد ليغسل به فانه استعانة ونسب التحريم الى المتولي مع ان اسناده الى المتوضي اظهر لمساعدته له على المحرم ولانه الفرد الاخفى ومع الاضطرار يجوز التولية بل يجب تحصيل المعين ولو باجرة مقدورة ويتولى المكلف النية اذ لا عجز عنها مع بقاء التكليف ولو نويا معا كان افضل وينوي المتولي ما يطابق فعله وهو اوضح ولو امكن تقديم ما يمس المعذور فيه العضو لم يجز التولية ولا يشترط العجز عن الكل بل يجوز ان يتبعض قوله مس كتابة القرآن لا يختص المس بباطن الكف بل يحرم بجميع البدن ومن القرآن الهمزة وقيل وكذا المد والتشديد لانها حروف او قائمة مقامها وهو احوط قوله يتوضى لكل صلوة ويجب عليه المبادرة الى الصلوة بعده ويعفى عن الحدث الدائم قبلها وفيها هذا اذا لم تكن له فترة تسع الطهارة والصلوة والا وجب تحريها قوله وقيل من به البطن اه البطن بالتحريك داء البطن بحيث يعرض به الحدث من ريح او غائط على وجه لا يمكنه دفعه والمشهور ان حكمه حكم السلس قوله وضع الاناء على اليمين والاغتراف بها هذا اذا كان الاناء واسع الراس بحيث يغترف منه والا وضع على اليسار ليصب في اليمين للغسل بها او للادارة الى اليسار قوله والتسمية وهي بسم الله وبالله اللهم اجعلني من التوابين واجعلني من المتطهرين لا التسمية المعهودة ولو كان فعلها مجزيا ايضا قوله وغسل اليدين من الزندين قوله والمضمضة والاستنشاق كل واحد بثلث غرفات ومع اعواز الماء فلكل واحد غرفة قوله والمراة بالعكس ويتخير الخنثى في الوظيفتين قوله بمد لقوله عليه السلام الوضوء بمد والغسل بصاع وسيأتي اقوام بعدي يستقلون ذلك فاولئك على خلاف سنتي والثابت على سنتي معي في حظيرة القدس ويتادى بالمد سنن الوضوء وفرضه والظاهر ان ماء الاستنجاء منه قوله ويكره ان يستعين في طهارته يتحقق الاستعانة بصب الماء في اليد ليغسل به المتوضي والظاهر انه يصدق بطلب احضار الماء ليتوضأ به للتعليل في الخبر بالاشتراك في

العبادة وكذا القول في استعانته ونحوه كل ذلك بعد العزم على الوضوء اما لو استعان الا لهم عرضا لمادة الوضوء فلا باس والمراد بالاستعانة هنا حصول الاعانة وان كان الاغلب في باب الاستفعال كونه طلب الفعل ومن هذا الباب استوقد نارا قوله وان يمسح بلل الوضوء عن اعضائه التعبير بالمسح يشمل حصوله بمنديل وغيره للتعليل بان فيه ازالة اثر العبادة وهو يقتضي تعميم الكراهة بغير المنديل بل يشمل تجفيفه بالنار ونحوها والنطق من ذلك اشكل قوله او تيقنهما وشك في المتاخر تطهر هذا مع جهله بحاله قبلهما او علمه بكونه محدثا مع علمه بتعقب الحدث للطهارة او الطهارة للحدث وهو المعبر عنه بتيقنهما متحدين متعاقبين واطلاق الشك هنا باعتبار اصله قبل التروي او متطهرا مع اعتياده التجديد او احتماله اما لو يعلم التعاقب ولا احتمل التجديد بل كان انما يتطهر حيث يتطهر طهارة رافعة للحدث فانه ياخذ بضد ما علم من حاله قبلهما ان كان محدثا لتيقنه وقوع الطهارة على الوجه المعتبر مع كونه محدثا قبلهما وشكه في تاثير الحدث فيها لاحتمال تعقبه للحدث الثاني فلا يرفع يقين الطهارة احتمال لحوق الحدث اذ الفرض عدم التعاقب وبتقديره [illegible] انه كان متطهرا لتيقنه انتقاض الطهارة بالحدث وزوال الطهارة لعدم احتمال سبقها عليه اذ لا تتم الا مع التجديد والمفروض عدمه والا جود وجوب الوضوء [illegible] يتيقن حصول الوضوء كما في مسئلة الاتحاد والتعاقب مع سبق الطهارة قوله وهو على حاله اي بما شك فيه اي على حاله التي هو عليها وهي كونه متشاغلا بالطهارة لم يفرغ منها قوله بعد انصرافه اي انصرافه عن افعال الوضوء وان لم ينتقل عن محله قوله عامدا كان او ناسيا او جاهلا المراد بالجاهل هنا جاهل الحكم لانه بحكم العامد لا جاهل الاصل ولا الاثم فيهما لعدم صحة الحكم باعادته مط بل اما في الوقت خاصة او لا اعادة عليه مط كما سيأتي من مذهب المص واطلاقه اما لظهور المراد لعدم القائل باعادة جاهل الاصل مط او لاستبعاد فرض خروج الحدث المبحوث عنه من غير شعور به قوله ولو جدد وضوءه بنية الندب احترز بتقييد التجديد بنية الندب عما لو نذر التجديد فانه يرفع الحدث عند المص لاشتراطه بنية الوجوب لا الاستباحة بخلاف [illegible] وبانه لا يرفع عند المص قوله فان اقتصر على نية القربة فالطهارة و الصلوة صحيحتان لصحة طهارة منهما قطعا وهي رافعة على ذلك القول قوله وان اوجب نية الاستباحة اعادهما لاحتمال كون الاخلال من الطهارة الاولى فلا يرفع الثانية لعدم نية الاستباحة فيها وكذا لو اشترطنا نية الوجوب لا غير كما ذهب اليه المص في هذا الكتاب وكان ينبغي له التفريع على مذهبه ايضا قوله ولو صلى بكل واحدة منهما صلوة اعاد الاولى بناء على الاول لاحتمال كون الخلل من الطهارة الاولى فتفسد الصلوة الاولى دون الثانية لتعقبها الطهارة صحيحة منهما وعلى الثاني يعيد الصلوتين معا وكذا على مذهبه قوله ولو احدث عقيب طهارة منهما ولم يعلمها بعينها اعاد الصلوتين ان اختلفا عددا والا فصلوة واحدة اه هذا التفريع على الاول كما في نظائره وعلى القولين الاخيرين يعيد الجميع كما في الاخلال والفرق بين الاخلال والحدث ان الاخلال يبطل الطهارة التي حصل الاخلال فيها فتسلم الاخرى والحدث يبطل ما بينه من الطهارات فلو وقع بعد الثانية ابطلهما معا قوله وكذا لو صلى بطهارة ثم احدث وجدد الطهارة اه المراد بالتجديد هنا معناه اللغوي وهو فعل الطهارة مرة ثانية لا الشرعي الذي هو اعادة الطهارة قبل الحكم بنقض الاولى اذ الفرض تخلل الحدث بين الطهارتين والحكم هنا باعادة الصلوتين مع الاختلاف والاكتفاء بواحدة مطلقة مع الاتفاق ثابت على جميع الاقوال لكون الطهارتين مستبيحتين قوله اعاد ثلاث واربع لان المرجع الى فساد واحدة من الخمس لا يعلمها بعينها فيكتفي برباعية مطلقة اطلاقا ثلاثيا وصبح ومغرب ويتخير في تقديم ايهما شاء ويتخير في الرباعية بين الجهر والاخفات ويردد فيها بين الاداء والقضاء ان وقعت في وقت العشاء قوله وقيل يعيد خمسا والاول اشبه وهو قوي قوله وكان دافقا يقارنه الشهوة وفتور الجسد ظاهر العبارة توقف الحكم بكون الخارج منيا على اجتماع الاوصاف الثلثة وليس ذلك شرطا بل انما ذكرها جميعا لتلازمها غالبا فلو اتفق انفكاك بعضها عن بعض كفى احدها كما في المريض فان قوته لما كانت ضعيفة لم يخرج منه المني بدفق فاكتفي فيه بالوصفين وربما كان بدنه فاترا قبل الخروج فتكفي الشهوة وحدها وقد عبر به بعض الاصحاب والحاصل ان احدها كاف متى اتفق والمراد بالدفق خروجه بدفع وانصباب وبفتور الجسد انكسار الشهوة بعد خروجه قوله ولو تجرد عن الشهوة والدفق مع اشتباهه لم يجب قد يفهم منه ان بعض الخواص الثلثة غير كاف في الحكم بكونه منيا فان المتخلف عما ذكره هنا هو فتور الجسد وانما كان كك لبعد انفكاك الخاصتين الاخيرتين معا عن هذه ومن ثم قال مع اشتباهه فان التقييد بالاشتباه يدل على انه يمكن كون الخارج منيا مع تخلفهما ايضا قوله وجب الغسل اذا لم يشركه في الثوب غيره يتحقق الاشتراك بان يلبسا دفعة او يناما عليه لا بالتناوب بل يحكم به لذي النوبة ما لم يعلم انتفاؤه عنه فينتفي عنهما وانما يحكم به للمختص بالثوب اذا امكن كونه منه كالبالغ او ممكن البلوغ وحده اثنا عشر فصاعدا كما ذكره العلامة في المنتهى والا انتفى عنه ايضا ولا يحكم به من الاخر ومتى ثبت كونه من احد حكم عليه بالجنابة من اخر اوقات امكانها وهو اخر نومة ونحوها للاصالة وعدم التقدم فيعيد كل صلوة وعبادة مشروطة بالغسل لا يحتمل سبقها وقيل يعيد كل ما لا يعلم سبقها وهو احوط ويتحقق كونه منيا على الثوب والبدن بالرائحة فان المني يشبه رائحة الطلع والعجين رطبا وبياض البيض جافا ومع تحقق الاشتراك بقطع بجنب فلا يكمل بالمشتركين عدد الجمعة لبطلان صلوة واحد في نفس الامر قطعا ولو ائتم احدهما بالاخر بطلت صلوة المأموم لا غير للقطع بحدثه او حدث امامه ويجوز لهما دخول المساجد وقراءة العزائم دفعة قوله ولو وطئ غلاما فاوقبه ولم ينزل قال المرتضى يجب الغسل معوّلا على الاجماع ولم يثبت المراد بالايقاب ادخال الحشفة في الدبر وضابطه ما اوجب الغسل والمراد بالاجماع المركب ما تركب من قولين بحيث يلزم من مخالفتهما معا مخالفة الاجماع بان ينحصر قول من يعتبر قوله في الاجماع فيهما وهو المعبر عنه في الاصول باحداث قول ثالث وحاصله هنا ان المرتضى ادعى ان كل من قال بوجوب الغسل بالوطء في دبر المراة قال بوجوبه في دبر الغلام ومن نفاه في الاول نفاه في الثاني فالقول بوجوبه في ايقاب المراة دون ايقاب الغلام احداث قول ثالث يقتضي رفع ما اجمعوا عليه لكن لما قام الدليل على وجوبه بايقاب المراة لزم القول به في الغلام ورده المص هنا بان ما ادعاه من الاجماع لم يثبت وفي المعتبر لم يتحقق الى الان ما ادعاه فالاولى التمسك فيه بالاصل ويجاب بان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة فكيف بمثل السيد فلا يقدح فيه عدم تحققه انما يتحقق القدح بظهور عدم صحته ولم يتحقق قوله فلا يجب الغسل بوطء البهيمة اذا لم ينزل مستنده عدم النص عليه واصالة البراءة والاصح الوجوب لفحوى انكار علي عليه السلام على الانصار

ايجاب الحدود دون الغسل وفي حديث اخر عنه ما اوجب الحد اوجب الغسل ولفظة ما وان كانت من صيغ العموم الا انها مخصوصة بالاجماع على عدم ايجاب الغسل من الحدود او يراد ما اوجب الحد من الوطي قوله فاذا اسلم وجب قيل قوله وجب مستدرك لسبق ذكره وقت الحكم بكفره فلا فائدة في اعادته بعد اسلامه ويجاب بان اعادته لدفع توهم سقوطه بالاسلام بناء على كونه يجب ما قبله فلا يكفي التعبير بالصحة خاصة لانها اعم من الوجوب فلا تدل على الخاص وانما لم يسقط عنه بالاسلام مع سقوط غيره من العبادات لان الاسباب من باب خطاب الوضع التي يشترك فيها الكبير والصغير والمسلم والكافر وهي صالحة للتاثير بعد الكمال وان تخلف اثرها عنها لفقد شرط كالصغر او وجود مانع ويمكن ان يبنى على هذا الحكم عدم الاسلام بسقوط وجوب الغسل عنه ان كان الاسلام في عبادة مشروطة به لان الوجوب من خطاب وضع الشرع ثم اذا دخل وقتها او كان حاصلا وقت الاسلام حكم عليه بوجوب الغسل اعمالا للسبب المتقدم كما لو اجنب الصبي بالجماع فانه يجب عليه الغسل بعد البلوغ في وقت العبادة قوله اسم الله او اسم النبي او امام مقصودا بالكتابة لمناسبة التعظيم ويشمل قوله شيئا الدراهم وغيرها وقد ورد في الدراهم رخصة بجوازه عن الباقر والصادق عليهما السلام قوله والجلوس في المساجد المراد به اللبث فيها سواء كان بجلوس ام غيره وخص الجلوس لانه بعض افراده والتعميم اولى واحترز به عن الجواز فيهما من باب الى اخر فانه مكروه لا غير قوله ووضع شيء فيها لا فرق في تحريم الوضع بين ان يستلزم اللبث وعدمه بل لو وضع فيها شيئا من خارج المسجد حرم لاطلاق النص قوله وتخف الكراهة بالمضمضة والاستنشاق مقتضاه عدم زوال الكراهة معهما والمشهور زوالها والافضل غسل اليدين معهما والكمل من جميع الوضوء معهما للنص ولعل اطلاق الخفة بذلك بناء على كراهة ترك المستحب قوله وقراءة ما زاد على سبع آيات لا يشترط التوالي بل المكروه وقوع ما زاد على السبع في جميع اوقات جنابته ويصدق العدد بواحدة مكررة كذلك قوله والخضاب بحنا وغيره للنص قوله وتخليل ما لا يصل اليه الماء الا به في العبارة تجوز لان المقصود تخليل ما لا يصل الماء الى البشرة الا به لا الى الشيء المخلل ويمكن عود ضمير اليه الى البدن المدلول عليه بالبشرة وكيف كان فالالتباس حاصل قوله والترتيب يبدأ بالراس المراد به هنا ما يعم الوجه والرقبة وما فوقها واطلاقه على الجميع بالاشتراك اللفظي او تبعا على طريق المجاز والواجب الترتيب بين الاعضاء الثلاثة لا فيها فيجوز غسل اسفل العضو قبل اعلاه ولو كان في الاذن او غيرها من الاعضاء ثقب وجب ادخال الماء عليه على وجه الغسل وكذا القول في الوضوء كما لو ثقب اليد ويجب ادخال جزء من جميع حدود العضو حيث لا مفصل محسوس بينه وبين الاخر من باب المقدمة وغسل كل البدن مع جانبها ويدخل في ذلك غسل الدبر وكذا قبل المرأة اما الذكر فالاولى غسله مع الجانبين قوله ويسقط الترتيب بالارتماس والمراد بالارتماس دخوله تحت الماء دفعة واحدة عرفية بحيث يشمل الماء البشرة في زمان قليل وفي حكمه الوقوف تحت المجرى والمطر الغزيرين بحيث يحصل به الوصف والنية فيه مقارنة لجزء من البدن ويتبعه الباقي منه بغير مهلة قوله والبول امام الغسل للرجل المنزل فلا يستحب للمرأة ولا لمن وجب عليه الغسل بتغيبه الحشفة من غير انزال لان الغرض بالبول هنا تنظيف المحل من المني ولا يكون ذلك الا في المنزل قوله وغسل اليدين ثلاثا من الزندين كالوضوء وقيل من المرفقين وهو اولى قوله اذا راى المغتسل بللا بعد الغسل فان كان بال واستبرء لم يعد والا كان عليه الاعادة المراد بالبلل المشتبه بحيث لا يعلم كونه بولا او منيا او غيرهما وانما اطلقه لان ما لا اشتباه فيه له اسم خاص كالبول وغيره والمراد بالاستبراء هنا الموجب لعدم الاعادة ما وقع مع عدم امكان البول اذ لا حكم له مع امكانه ومعنى عدم الاعادة مع البول خاصة عدم اعادة الغسل وهو محل البحث لكن يجب عليه الوضوء ان لم يمكن استبراء بعده فاصور خمس ثلاث منها لا يعيد فيها الغسل وهي البول والاستبراء او البول لا غير لكن يجب عليه الوضوء او الاستبراء مع عدم امكانه واثنتان يعيد فيهما الغسل وهما عدم البول والاستبراء او الاستبراء مع امكان البول والحاصل ان البول مزيل لاثر المني وكذا الاستبراء مع تعذره والاستبراء مزيل لاثر البول وعليه يترتب الاحكام الخمسة قوله اذا غسل بعض اعضائه ثم احدث ما اختاره المص هو الاقوى والخلاف المذكور في غسل الجنابة اما غيره فيكفي اتمامه والوضوء معه بغير اشكال والقول الاول هو الاصح لامتناع خلو الحدث الواقع من اثر وكون بعض السبب سببا او مجامعة الوضوء الواجب لغسل الجنابة ولو كان الحدث في اثناء غسل غير الجنابة كفى اتمامه مع الوضوء كما اختاره المص واما القول بعدم تاثير الحدث هنا مطلقا او وجه له قوله الدم الذي له تعلق بانقضاء العدة وقيله هذا الدم في التعريف بمنزلة الجنس يشمل الدماء الثلاثة وغيرها وبوصفه بتعلقه بانقضاء العدة يخرج سائر الدماء حتى الاستحاضة ويبقى دم النفاس فانه له تعلق بانقضائها في الحامل من زنا فان النفاس يحتسب بحيضة وقوله ولقليله حد تتمة التعريف ويخرج النفاس واعلم ان الوصف بالصلة وما بعدها خاصة مركبة من القيدين لا فصل لانها ليست ذاتيات له وانما هي احكام عارضة له بعد تحققه وامتيازه وجعلها مميزة هنا لزيادة الايضاح من تعقيبه للمعرفة فالتعريف بالرسم قوله يخرج محرقة هي بضم الحاء اسم للاحتراق بالنار والمراد هنا اللذع الحاصل للمخرج بسبب دفعه وحرارته قوله وقد يشتبه بدم العذرة بضم العين المهملة وسكون الذال المعجمة وهي البكارة بفتح الباء وطريق معرفته التطوق وعدمه ان يضع قطنة بعد ان تستلقي على ظهرها وترفع رجليها ثم تصبر هنيئة ثم تخرج القطنة اخراجا رفيقا وفي حديث خلف بن حماد عن ابي الحسن الثاني في حديث طويل ان هذا الحكم سر من اسرار الله فلا تذيعوه ولا تعلموا هذا الخلق اصول دين الله بل ارضوا لهم ما رضي الله لهم من ضلال قوله وكلما تراه الصبية قبل بلوغها تسعا فليس بحيض المراد بلوغ التسع اكمالها وقد وقع مصرحا في حديث عن الصادق حيث سئل عن حدها فقال اذا اكمل لها تسع سنين امكن حيضها والمعتبر في السنين القمرية لانها المتعارف شرعا وفي المسألة اشكال وهو ان المص وغيره ذكروا ان الحيض للمرأة دليل على بلوغها وان لم يجامعه السن فكيف يجتمع ذلك مع حكمهم هنا بان الدم الذي قبل التسع ليس بحيض وما الذي يبقى من الدم المحكوم بكونه حيضا بعد تحقق البلوغ بالسن ويمكن حمل محل ما هنا على من علم سنها فانه لا يحكم بكون الدم السابق على اكمال التسع بالحيض وحمل ما سبق على ما جهل سنها مع خروج الدم الجامع لاوصاف الحيض فانه يحكم بسبق البلوغ بناء على الغالب تاخره عن التسع بزمن كثير قوله وكذا قيل فيما يخرج من الجانب الايمن هذا هو المشهور والرواية مضطربة مرسلة وعلى القول بها فهي مفروضة في المشتبه بالقرحة لا مطلقا قوله وهل يشترط التوالي في الثلاثة المشهور اشتراط التوالي فيها والمراد به ان ترى الدم في كل يوم منها وقيل لا بد مع ذلك من استمراره

بحيث ترى الدم كلما وضعت الكرسف وحينئذ فهو احوط قوله وتياس المرأة ببلوغ ستين وقيل في غير القرشية والنبطية ببلوغ خمسين هذا هو المشهور ومستنده بالنسبة الى القرشية وعدمها صحيحة ابن ابي عمير عن الصادق اذا بلغت المرأة خمسين سنة لم تر حمرة الا ان تكون امرأة من قريش واما النبطية فالحقها بها المفيد وتبعه جماعة ولم يوجد لها نص مستند ومن ثم ذهب المص في المعتبر الى التفصيل في القرشية وغيرها لا غير والمراد بالقرشية من انتسب بابيها الى القبيلة المتولدة من النضر بن كنانة احد اجداد النبي وبعض هذه القبيلة بنو هاشم واما غيرهم فان علم انتسابه اليها فظ والا فالاصل يقتضي عدم الالحاق والنبطية هي المنسوبة الى النبط وهم على ما ذكره في الصحاح وغيره قوم يسكنون البطائح بين العراقين قال وفي كلام ايوب بن القرية اهل عمان عرب استنبطوا واهل البحرين نبط استعربوا قوله فما يمكن ان يكون حيضا فهو حيض المراد بالامكان هنا معناه العام وهو سلب الضرورة عن الجانب المخالف للحكم فيدخل فيه ما يحقق كونه حيضا للاجماع شرائطه وانتفاء موانعه كرؤيته ما زاد على الثلاثة في زمن العادة الزائدة عنها بصفة دم الحيض وانقطاعه عليها وما احتمل كرؤيته بعد انقطاعه على العادة ومضي اقل الطهر منه ما على العادة فانه يحكم بكونه حيضا لامكانه ويتحقق عدم الامكان بقصور السن عن تسع وزيادته على الستين ونحو ذلك ويبقى حيضين حق لم يتخلل بينهما اقل الطهر او نفاس كذلك وكونها حاملا على مذهب المص وغير ذلك قوله وتصير المرأة ذات عادة بان ترى الدم دفعة ثم ينقطع اقل الطهر فصاعدا ثم تراه ثانيا بمثل تلك العادة العادة ماخوذة من المعاودة وهي هنا رؤية الدم مرة بعد اخرى يتفق فيهما وقت حصول الدم كاول كل شهر هلالي مثلا وعدده كالسبع او احدهما خاصة فالعادة بحسب ذلك ثلاثة اقسام الاول ان يتفق وقتا وعددا كما لو رات اول الشهر سبعة وانقطع الى ان دخل الثاني فرات اوله سبعة فقد تكرر هنا وقته وهو اول كل شهر وعدده وهو السبعة وهذه اقوى الثلاثة واتمها فاذا رات اول الثالث تحيضت برؤيته ولو تجاوز العشرة رجعت الى ما استقر لها من العدد فجعلته حيضا والباقي استحاضة ولو رات هذه الدم الثالث في اخر الثاني تحيضت بالعدد ايضا مع التجاوز لكنها تكون متقدمة على العادة وسيأتي حكمها وقد علم من ذلك انه لا يشترط في تحقق العادة استقرار عدد الطهر الثاني ان يتفق عددا لا غير كما لو رات السبع الاولى من الشهر ثم رات سبعا في اخر الشهر بعد مضي اقل الطهر فقد استقرت العادة بالعدد المذكور لكنها بحسب الوقت كالمضطربة فاذا رات الدم الثالث بعد مضي اقل الطهر فصاعدا وتجاوزت العشرة رجعت الى السبعة ويكون حكمها في العادة الى مضي ثلاثة من اوله كالمضطربة وهذان القسمان داخلان في تعريف المص الثالث ان يتفق وقتا لا غير كما لو رات سبعة من اول الشهر ثم ثمانية من اول الاخر وهذه تحيض برؤيته بعد ذلك في وقته لكن هل يحكم لها بكون اقل العددين او تكون مضطربة في العدد مع الظام الثاني لعدم صدق الاستواء والاستقامة قوله وذات العادة تترك الصلوة والصوم برؤية الدم اجماعا هذا انما يتم في القسم الاول من اقسام العادة بالنسبة الى ما يدخل في تعريف المص وفي القسم الثالث بشرط ان تراه فيهما في ايام العادة كما لا يخفى اما القسم الوسط وما تراه متقدما عنها فهو كرؤية المبتدئة والمضطربة ولو رات متاخرا احتمل كونه كذلك استظهارا والالحاق في الحاقه برؤيته في العادة لان تاخره يزيده انبعاثا قوله وفي المبتدئة تردد لا ريب ان الاحتياط للعبادة اولى لكن لو ظنت الحيض جاز لها ترك العبادة قبل مضيها او كذا ما تقدم من اقسام المعتادة التي يقع فيها التردد قوله والثاني يمكن ان يكون حيضا فهو حيض قوله لو انقطع لدون عشرة فعليها الاستبراء بالقطنة فان خرجت نقية اغتسلت الاستبراء طلب براءة الرحم من الدم وكيفيته على ما ورد في بعض الاخبار عن الصادق حين سئل كيف تعرف الطامث طهرها قال تعمد برجلها اليسرى على الحائط وتستدخل الكرسف بيدها اليمنى فان كان مثل راس الذباب خرج على الكرسف الاستبراء واجب عليها كما صرح به غير هذا الكتاب وفي التعبير بعليها هنا اشارة اليه قوله وذات العادة تغتسل بعد يوم او يومين ولها الصبر الى تمام العشرة مع استمرار الدم وهذا الصبر على طريق الاستحباب فلو اغتسلت اخر العادة صح ويفهم من تخصيص الحكم بذات العادة عدم استظهار المبتدئة والمضطربة بالصبر كذلك وهو احوط قوله وان تجاوز كان ما اتت به مجزيا لظهور كونها طاهرا في وقته وكذا في ايام الاستظهار بالصبر فيقضي صومه وصلوته اما الصوم فظ لوجوب قضائه على التقديرين واما الصلوة فلتبين كونها طاهرة وقيل لا يقضيها لامرها بالترك فلا يستتبع القضاء وهو ضعيف قوله اذا دخل وقت الصلوة فحاضت وقد مضى مقدار الطهارة والصلوة المعتبر وجوب الصلوة في اول الوقت مضي مقدار الصلوة بتلك الافعال ومقدار ما يفعل فيه الشرائط المفقودة طاهرة فان كانت متطهرة قبل الوقت واتت بعده لم يعتبر مضي مقدارها ولو كانت لابسة ثوبا نجسا او غيره مما لا يصح فيه الصلوة فلا بد من مضي مقدار ما يتمكن فيه من لبس ما يصح فيه الصلوة وكذا القول في اخر الوقت الا انه يكفي بعد ذلك ادراك ركعة من الصلوة لعموم من ادرك من الوقت ركعة مقدار ركعة الصلوة قوله لا يصح منها الصوم انما غير اسلوب العبارة وحكم في الصلوة بالتحريم وفي الصوم بعدم الصحة للتنبيه على اختلاف هذه الغايات بالنسبة الى الحائض فان غاية تحريم الصلوة الطهارة وكذا ما اشبهها من الطواف ومس كتابة القران ودخول المساجد وقراءة العزائم وغاية تحريم الطلاق انقطاع الدم وان لم تغتسل واختلف في غاية تحريم الصوم فقيل غايته الاولى وقيل الثانية فلذا غاير بينها قوله لا يجوز لها الجلوس في المسجد ويكره الجواز فيه المراد به غير المسجدين وقد تقدم ان المراد اللبث فيه ان كانت واثقة او ما شيته وكراهة الجواز مشروطة بالامن من التلويث قوله ويكره لها ما عدا ذلك مقتضاه كراهة السبع المستثناة للجنب وهو حسن لانتفاء النص المقتضي للتخصيص قوله وكذا ان استمعت على الاظهر المراد بالاستماع الاصغاء الى القارئ وهو جائز لها وان اوجب السجود وكذا السجود لو سمعت من غير اصغاء لعموم النص قوله ويحرم وطئها مع تحريم وطي الحائض ثابت بالاجماع المسلمين فمستحله كافر ان كان قد ولد على الفطرة فهو مرتد عنها وان كان اسلامه عن كفر فارتداده عن ملة كل ذلك اذا لم يدع شبهة محتملة في حقه كقرب عهده من الاسلام ونشوه في بادية بعيدة عن العلم بالشرائع ولو كان غير مستحل عزر بما يراه الحاكم مع علمه بالتحريم والحيض وتقبل منها لو اخبرت به قوله وجبت عليه الكفارة ولا تجب على المرأة وان عزرت بل تعزر كالرجل قوله في اوله دينار المراد بالدينار هنا المثقال من الذهب الخالص المضروب وقد كانت قيمته في صدر الاسلام عشرة دراهم ولا اعتبار بقيمته الان بل يجب في ذلك بالغا ما بلغ وقيل يجزي الاقتصار على ما قيمته ذلك وعلى كل حال فلا يجزي القيمة ولا التبر وهو غير المضروب منه والمراد باول الحيض ووسطه واخره اجزاء مدته الثلاثة

في الحيض

١٠ ويختلف ذلك باختلاف العادة فالثاني وسط ذات الثلاثة واول ذات الستة وهكذا قوله ولو تكرر منه الوطي في وقت لا يختلف فيه الكفارة لم يتكرر بل يتكرر بل الاصح تكررها بتكرر الوطي مطلقا لاصالة عدم تداخل المسببات عند اختلاف الاسباب ويصدق تكرر الوطي بالادخال بعد النزع وان كان في وقت واحد ويتحقق الادخال بما يوجب الغسل لانه مناط الوطي شرعا ومثله القول في تكرر الافطار في رمضان قوله وزوجها حاضر معها وفي حكم الحاضر وهو الغائب دون المدة المسوغة للطلاق كما ان الحاضر الذي لا يمكنه العلم بحالها كالمحبوس في حكم الغائب قوله وقضاء الصوم دون الصلوة المستند النص وفي بعض الاخبار تصريح بعدم التعليل وان ذلك مما يدل على بطلان القياس وروى الحسن بن راشد عن الصادق حين سئل عن الوجه في ذلك فقال ان اول من قاس ابليس ولا معنى لتمحل الفرق بعد ذلك قوله يستحب لها ان تتوضأ وتنوي بهذا الوضوء القربة لا غير ولو اضافت اليها غاية الكون والذكر صح والاخبار خالية عن تعيين المكان وفي بعضها جلسة في موضع طاهر ولتكن مستقبلة للقبلة في حال الذكر والوجه في ذلك مع النص استحباب التمرين على العبادة فان الخير عادة قوله في الاغلب التقييد بالاغلبية لادخال ما يوجد بغير هذه الصفة بعد العادة متجاوزا للعشرة ونحوه في الاستحاضة ولاخراج ما يوجد بهذه الصفة في ايام العادة وشبهها مما يحكم بكونه حيضا وان لم يكن بصفته كما نبه عليه بقوله الصفرة والكدرة اه والمراد بخروجه بفتور خروجه بتثاقل وهو يقابل خروج دم الحيض بحرقة قوله في ايام الحيض حيض المراد بايام الحيض ما يحكم على الدم الواقع فيها بانه حيض سواء كانت ايام العادة ام غيرها فيدخل المبتدئة ومن تغير عادتها دم بعد اقل الطهر وضابطه ما امكن كونه حيضا وبما فسرت ما بايام العادة قوله او يكون مع الحمل على الاظهر الاصح ان الحيض يمكن مجامعته للحمل لضعف الرواية الدالة على امتناعه قوله هي اما مبتدأة بكسر الدال اسم فاعل وهي التي ابتدأت الحيض ويجوز فتحها البصر اسم مفعول بمعنى التي ابتدأ بها الحيض والمراد بها هنا من لم يستقر لها عادة وان تكرر لها الحيض والمراد بذات العادة المستقرة احد الاقسام المتقدمة وبالمضطربة ذات العادة المنسية باحد الوجوه الآتية ويظهر من المص في المعتبر ان المبتدئة هي التي رأت الدم اول مرة والمضطربة من لم يستقر لها عادة والمشهور الاول ويظهر الفائدة في عدم رجوع المضطربة بالمعنى الذي فسره به الى عادة نسائها فمن لم يستقر لها كذات الدور الثاني يرجع الى نسائها على الاول دون الثاني قوله ترجع الى اعتبار الدم هذا هو المعنى المسمى بالتميز وهو مصدر قولك ميزت الشيء اميزه تمييزا اذا فرزته وعزلته والمراد هنا ان يوجد الدم المتجاوز العشرة على نوعين او انواع بعضها اقوى من بعض واشبه بدم الحيض فتجعله المرأة حيضا والباقي استحاضة بالشرطين المذكورين في العبارة وتعتبر المشابهة بثلث اللون فالاسود اشبه من الاحمر والاحمر اشبه من الاشقر والاشقر اشبه من الاصفر والاصفر اشبه من الاكدر والرائحة فذو الرائحة الكريهة اشبه به مما لا رائحة له وما نقص فيها عنه والقوام فالثخين اشبه به من الرقيق ولا يشترط في الالحاق به اجتماع الثلاث بل ان اجتمعت في واحد فهو اشبه من ذي الاثنين كما ان ذا الاثنين اشبه من ذي الواحدة ولو استوى العدد وان كان مختلفا فلا تميز قوله ولم يحصل فيه شرطا التميز هما عدم نقصان المشابه عن ثلثة وعدم زيادته عن عشرة لانه لا يجعل حيضا بوجه ذلك ويشترط ايضا كون الضعيف لا ينقص عن اقل الطهر ويضاف اليه ايام النقصان ان اتفق لانه لا يجعل القوي حيضا يجب جعل الضعيف طهرا قوله الى عادة نسائها المراد بهن اقاربها من الطرفين او من احدهما كالاخت والعمة والخالة وبناتهن ولا فرق بين الاحياء منهن والاموات ولا بين المساويات لها في السن والبلد والمخالفات للعموم وتتخير في وضع العدد حيث شاءت من ايام الدم وان كان جعله في اولها اولى قوله وقيل او عادة ذوات اسنانها المراد به مع فقد الاقارب او اختلافهن على احد القولين والمراد باسنانها المساويات لها في السن عرفا وان اتفق اختلاف يسير لا ينافيه هذا اذا كن من اهل بلدها وهذا هو المشهور بين الاصحاب ولا نص عليه ظاهرا ومن ثم اسنده هنا الى قائل وانكره في المعتبر مطالبا بالدليل وفارقا بينهن وبين الاهل بمشاكلة الاهل لها في الطباع والجنسية والاصل بخلاف الاقران والعمل على المشهور قوله فان كن مختلفات اه الضمير يعود الى النساء باعتبار مذهبه او اليهن والى الاسنان على القول الآخر والاجود رجوعها مع الاختلاف الى الاكثر ان اتفق قوله تحيضت في كل شهر بسبعة ولها ان تتحيض بستة كذلك والتخيير اليها في الروايات وان الافضل اخذ ما يوافق مزاجها فتأخذ ذات المزاج الحار السبعة والمتوسطة العشرة والثلثة والبارد الستة ولها وضع ما اخذته حيث شاءت من ايام الدم وان كره الزوج كما تقدم ومتى اخذت برواية استمرت عليها قوله فان اجتمع لها مع العادة تميز اه المراد اجتماعهما على وجه لا يمكن الجمع بينهما فلو امكن كما لو تخلل بينهما من الدم الضعيف اقل الطهر فصاعدا حكم بالحيض فيهما معا لامكانه والمشهور ان الترجيح مع التعارض للعادة مط قوله فرأت ذلك العدد متقدما اه لكن الاولى لها في صورة التقدم العبادة الى اقرب الامرين مضي ثلثة ايام او وصول العادة وقد تقدم الكلام في ذلك قوله والمضطربة ترجع الى التميز يطلق المضطربة على ناسية وقت الحيض وعدده وناسية احدهما خاصة ويتحقق رجوعها الى التميز في ناسيتهما وناسية الوقت اما ذاكرة الوقت وناسية العدد فانما ترجع الى التميز مع عدم معارضته بما يمكن فرضه حيضا في الوقت الذي علمته كما لو ذكرت اوله في وقت معين ووجدت فيه تميزا اما لو وجدت التميز مخالفا له على وجه لا يمكن الجمع بينهما فيشكل الرجوع الى التميز عند من قدم العادة عليه كالمص لان تحيضها في الوقت المذكور كتحيض ذات العادة فيها قوله ولا تترك هذه الصلوة الا بعد مضي ثلثة ايام اه ضمير هذه يعود الى المضطربة وهي شاملة لاقسامها الثلثة ولا يتم اشتراط صبرها بالعبادة ثلثة في الجميع فان بعض افراده ذاكرة الوقت وهو ذاكرة اوله تترك العبادة برؤية الدم قطعا وما ذكره من الصبر عن هذا الفرد هو الاحوط ولو ظنت الحيض جاز لها البناء عليه ابتداء قوله قيل تعمل في الزمان كله اه هذا قول الشيخ ره وهو احوط غير ان الاصح جواز اقتصارها على العدد وتخصيصه بما شاءت من الوقت قوله وتغتسل للحيض في كل وقت يحتمل انقطاع الدم فيه ذاكرة العدد ان حفظت قدر الدور وابتدائه كما لو قالت حيضي سبعة في كل شهر هلالي فقدر العدد من اوله لا يحتمل الانقطاع بل يحتمل الحيض والطهر والانقطاع فتغتسل هنا قبل كل صلوة الى اخر الشهر ان لم يتفق سلامة بعضه كالعشرة الاخيرة من الشهر مثلا وان لم تعرف قدر الدور وابتدائه كما لو قالت حيضي سبعة لكن لا اعلم في كم اضللتها فاحتمال الانقطاع قائم في كل وقت فتغتسل في جميع الاوقات كذلك واطلاق الاغتسال في كل وقت مجاز فان الواجب الغسل في بعضه وهو لكل صلوة وعبادة مشروطة به لا مط قوله وتقضي صوم

١١ عادتها وهو العدد الذي حفظته ان علمت عدم الكسر والا لزمها الزيادة في القضاء عنه بيوم قوله فان ذكرت اول حيضها اكملته ثلثة اه لتيقن كونها حيضا وبقي الزائد عنها الى تمام العشرة مشكوكا فيه بين الحيض والطهر فعلى القول الاول يحتاط فيه بالجمع بين التكاليف الثلثة وعلى المختار ترجع الى الروايات كناسية الوقت والعدد غير انها تخصصها بما يطابق الوقت قبلا او بعدا واختار المص في المعتبر للمضطربة غير ذاكرة العدد الاقتصار على ثلثة والتعبد في باقي الشهر اخذا بالمتيقن قوله وعملت في بقية الزمان ما تعمله المستحاضة اه وهو سبعة بعد الثلاثة في الاول وسبعة قبلها في الثاني فتجمع فيها بين تكليفي الحائض والمستحاضة و وتغتسل للحيض في الاول لكل صلوة لاحتمال انقطاعه قبلها بغير فصل فيجب عليها كل يوم خمسة اغسال وفي السبعة المتقدمة تقتصر على اغسال المستحاضة لعدم امكان انقطاع الحيض قبل الوقت ولو علمت وسط الحيض وهو ما بين الطرفين فان ذكرت يوما واحدا احتفته بيومين حيضا متيقنا وان ذكرت يومين حفتهما باخرين وهكذا او لو ذكرت وقتا في الجملة فهو الحيض المتيقن فعلى الاحتياط تكمل ما علمته عشرة تجمع فيها كما تقدم وعلى المختار تكمله احدى الروايات ان تقضي عنها قبله او بعده او بالمتفرق بحسب ما يتصور وان تساوى احدها او زاد اقتصرت عليه قوله وتقضي صوم عشرة ايام احتياطا هذا اذا علمت عدم الكسر والا قضت احد عشر لاحتمال التلفيق فيفسد اليومان قوله ما لم يقصر الوقت الذي عرفته كما لو تيقنت ان حيضها تكون في كل شهر التسعة الاولى منه لا غير فانه لا يجب عليها الاحتياط في العاشر او في الثامنة فلا احتياط في التاسع وهكذا لقطعها بعدم الزيادة على ما علمته من الوقت واما الثلث في استحبابه بالاحتياط قوله نسيتهما جميعا فهذه اه هذه هي المشهورة بين الفقهاء بالمتحيرة بفتح الياء وكسرها والمتحيرة بالكسر وذلك لتحيرها وتحير الفقيه في حكمها وما تقدم من القول بالاحتياط ات هنا في جميع الاوقات ورجوعها الى الروايات هو المعروف في المذهب وتعمل فيما زاد عليها من الوقت ما تعمله المستحاضة قوله ان لا ينقب الكرسف المراد بثقب الدم الكرسف غمسه له ظاهرا وباطنا فلو بقي منه شيء من خارج وان قل فالاستحاضة قليلة وبالسيلان خروجه من القطنة الى غيرها بنفسه عند عدم المانع قوله يلزمها تغيير القطنة وتجديد الوضوء وكذا يلزمها غسل ما ظهر من الفرج وهو ما يبدو منه عند الجلوس على القدمين ان اصابه الدم ولا فرق في الصلوة بين النافلة والفريضة قوله ولا تجمع بين صلوتين بوضوء واحد رد بذلك على المفيد ره حيث اكتفى بوضوء واحد للظهرين وضوء للعشائين كالغسل وهو كالتكرار لقوله وتجديد الوضوء عند كل صلوة وكان اعادته لزيادة التنبيه على الوجوب ولدفع توهم ان لزوم الوضوء لكل صلوة اعم من جواز الصلوة بدون الوضوء فان مطلق اللزوم لا يقتضي الشرطية واشتهار ارادة الشرط في الطهارة الواجبة لا يدفع اصل الاحتمال قوله والغسل لصلوة الغداة بعد طلوع الفجر ان لم تكن صائمة والا قدمته على الفجر بمقدار فعله يقينا او ظنا ان كان الغمس سابقا على ذلك وكذا تقدمه مريد التهجد ليلا بالصلوة وتجتزي به للفجر قوله تجمع بينهما الافضل كون الجمع في وقت الفضيلة بان تؤخر الاولى الى اخر وقت فضيلتها وتقدم الثانية في اول وقت فضيلتها ويجب عليها المبادرة الى الثانية بحسب الامكان فلو اخلت بها اي بالمبادرة اعادت الغسل قوله واذا فعلت ذلك كانت بحكم الطاهرة بمعنى استباحتها ما يتوقف على الطهارة من الصلوة والصوم والطواف وغيرها وانما لم تكن طاهرة بل بحكمها لان حدثها مستمر فلا تكون طاهرة حقيقة بل بحكم الطاهر في استباحة ما استباحه قوله وان اخلت بالاغسال لم يصح صومها المراد بها الاغسال النهارية او مط بالنسبة الى الصوم المستقبل اما الماضي فلا يتوقف على غسل العشائين لسبق الحكم بصحته قبل الحكم بوجوبه ويعلم من ذلك عدم توقف الصوم على الوضوء وهو ظاهر اذ لا اثر للحدث الاصغر في الصوم و ربما يحتمل اشتراطه به بناء على كون الوضوء والغسل معا علة تامة في رفع الحدث الاكبر قوله دم الولادة المراد بدم الولادة الدم الخارج مع خروج جزء مما يعد ادميا او مبدء نشو ادمي وان كان مضغة مع اليقين او بعده الى تمام عشرة ايام قوله فجاز ان يكون لحظة تقدير القلة باللحظة لا ينافي الحكم بعدم تحديد جانب القلة لعدم انضباط زمانها والحد في جانب القلة هو المنضبط شرعا على وجه مخصوص واللحظة انما ذكرت مبالغة في القلة كقولهم تصدق ولو بتمرة ولو بشق تمرة فان ذلك ليس لتقدير الصدقة المندوبة اذ لا تقدير لها شرعا وانما هي مبالغة في قبول الكثير والقليل قوله ولو رات قبل الولادة كان طهرا بناء على عدم حيض الحامل او على اتصاله بالولادة او انفصاله بدون عشرة ايام او على عدم جمعه لشرائط الحيض وعلى القول بامكان حيض الحبلى يمكن كون المتقدم حيضا مع اجتماع شرائطه وتخلل اقل الطهر بينه وبين النفاس قوله واكثره عشرة ايام مع انقطاعه عليها ولو تجاوزها رجعت ذات العادة المستقيمة في الحيض اليها وغيرها الى العشرة وحكمها في الاستظهار مع رؤيته بعد العادة كالحائض قوله ولو كانت حاملا باثنين الى قوله كان ابتداء نفاسها من الاول وعدد ايامها من الاخير هذا مبني على الغالب مع عدم تراخي ولادة احدهما عن الاخر باكثر من عشرة ايام فلو اتفق كان الزائد طهرا والتحقيق ان لكل واحد نفاسا مستقلا فان وضعت الثاني لدون عشرة امكن اتصال النفاسين ولو تراخت ولادة الثاني بحيث يمكن فرض استحاضة بين النفاسين حكم به بل يمكن فرض حيض ايضا وان بعد قوله ثم رات العاشر كان ذلك نفاسا اي كان العاشر لا غير نفاسا وهذا مع انقطاعه على العاشر او كانت عادتها في الحيض عشرة ايام او مبتدأة او مضطربة والا فلا نفاس لها قوله ولو رات عقيب الولادة الى قوله وما بينهما نفاسا هذا ايض مع انقطاعه على العاشر او كانت عادتها عشرة او مبتدأة او مضطربة والا فنفاسها الاول لا غير الا ان يصادف الدم الثاني جزءا من العادة فجميع العادة نفاس ويجب عليها عند انقطاع الدم الاول الاستبراء بالقطنة ثم الاغتسال مع النقاء كما تقدم في الحيض وان تبين بطلان ما فعلته مع عوده على الوجه المذكور قوله ويحرم على النفساء ما يحرم على الحائض اه هذا نقله المص ره عن قول الاصحاب ان حكم النفساء حكم الحائض الى ما ذكر لعدم صحة اطلاق ما ذكروه لمخالفة النفاس للحيض في امور كثيرة كالاقل والاكثر على وجه وانقضاء العدة بالحيض دون النفاس غالبا ورجوع الحائض الى عادتها في الحيض وعدم رجوع النفساء الى عادتها فيه ورجوع الحائض الى اهلها واقرانها على وجه دون النفساء وعدم اشتراط اقل الطهر بين النفاسين كما في التوامين بخلاف الحيض وغير ذلك واما ما ذكره المص من مساواتها لها في المحرمات والمكروهات فجار على اطلاقه قوله ولا يصح طلاقها على الوجه المتقدم في الحيض لا مط فلو كان غائبا او في حكمه بالشرط المعتبر فيها صح قوله وهو فرض كفاية على جميع المكلفين فيجب على من علم باحتضاره ذلك

١٢ ويستوي فيه القرابة وغيرها من حضره وغيره ممن علم بحاله ولا فرق في الميت بين الصغير والكبير وغيرهما من اصناف المسلمين والاولى بقاء الاستقبال به على الحالة الاولى
الى ان ينقل للغسل ويسقط الاستقبال مع اشتباه القبلة قوله تلقينه الشهادتين المراد بالتلقين التفهيم يقال غلام لقن اي سريع الفهم وليكن ذلك للمحتضر بقطع
منه الكلام كما ورد في الاخبار ولسائر المرض لسانه وقلبه ان امكن والا عقد بذلك قلبه قوله ونقله الى مصلاه وهو الموضع الذي اعده في بيته للصلوة او الذي
كان يكثر الصلوة فيه او عليه هذا ان تعسر عليه الموت واشتد به النزع لا مطلقا وان كانت العبارة محتملة قوله ويكون عنده مصباح ان مات ليلا ذكره الشيخان
وعلله في بابه انه لما قبض الباقر ع امر ابو عبد الله ع بالاسراج في البيت الذي كان يسكنه حتى قبض ابو عبد الله ع ثم امر ابو الحسن موسى ع بمثل ذلك في بيت ابي
عبد الله حتى خرج به الى العراق فيدخل في ذلك المدعى ان كان مغايرا لما وجه فان الخبر يشمل موته بالليل والنهار ويقتضي دوام الاسراج والمدعى خلاف
ذلك قوله وتقرأ القرآن للتيمن به والاستدفاع عنه وقد ورد في خبر ان الصافات لم تقرأ عند مكروب من موت قط الا عجل الله راحته وعن النبي ص اقرؤا عند
موتاكم يس قال في الذكرى ويستحب قراءة القرآن بعد خروج روحه كما يستحب قبله استدفاعا عنه قوله ويعجل تجهيزه فانه من كرامة الميت كما ورد في الخبر
وقد ورد استحباب ايذان اخوان الميت بموته وان كان في قرية حوله كما فعل الصحابة في ابدان قرى بالمدينة وينبغي مراعاة الجمع بين السنتين فيؤذن من المؤمنين
والقرى من لا ينافي حضوره التعجيل عرفا قوله فيستبرئ بعلامات الموت مثل انخساف صدغيه وميل انفه وامتداد جلدة وجهه وانخلاع كفه من ذراعه واسترخاء
قدميه وتقلص انثييه الى فوق مع تدلي الجلدة قوله ويكره ان يطرح على بطنه حديد ذكره جماعة من الاصحاب قال في التهذيب سمعناه مذاكرة وكذا يكره طرح غير
الحديد خلافا لابن الجنيد قوله واولى الناس به اولاهم بميراثه الاضافة بيان الاولوية ووجوبه على الكفاية فان توقف فعل غير الولي على اذنه لا ينافي اصل الوجوب
عليه والمراد بالاولوية المذكورة ان الوارث اولى من غيرهم ويترتبون في الولاية بترتيبهم في الارث واما تفضيل الوراث في انفسهم ففيما قوله واذا كان الاولياء
رجالا ونساء فالرجال اولى فيباشرون الميت او يأذنون ان كان الميت مماثلا في الذكورة والا ففائدة الاولوية توقف الفعل على اذنهم وان لم يمكنهم المباشرة
ومهما امتنع الولي او غاب سقط اعتبار اذنه فيستأذن الحاكم ان امكن والا لم يتوقف على اذنه قوله والزوج اولى بالمراة من كل احد لا فرق في الزوجة بين الامة و
الحرة ولا بين المدخول بها وغيرها ولا بين الدائمة وغيرها والمطلقة رجعية زوجة بخلاف البائن والمشهور ان يغسل كل واحد من الزوجين صاحبه من
وراء الثياب قوله ويغسل الرجل محارمه من وراء الثياب المراد بالمحرم من يحرم نكاحه مؤبدا بنسب او رضاع او مصاهرة فاخت الزوجة وبنت غير المدخول
بها ليستا من المحارم قوله الا ولها دون ثلث سنين الظاهر ان منتهى التحديد بالموت ويظهر من بعضهم ان غايته التغسيل وكما يجوز تغسيلها مجردة لا يجب ستر
العورة لانتفاء الشهوة في جانبها غالبا وكذا العكس بطريق اولى وظاهر المعتبر اختصاص الجواز بالصبي لا غير فلو قدم هنا حكمه كان اولى قوله عدا الخوارج
والغلاة وكذا النواصب والمجسمة وكل من انكر ما علم ثبوته من الدين ضرورة وان كان على ظاهر الايمان لانه مرتد فهو بحكم الكافر فلا بد من الاحتراز عنه قوله والشهيد
الذي قتل بين يدي الامام لا يشترط في الشهادة المسقطة للغسل حضور الامام المعركة كما يقتضيه ظاهر العبارة بل يكفي امره به ويشترط فيه الاسلام او حكمه
واحترز بقوله عما لو مات في المعركة حتف انفه فانه ليس بشهيد في هذه الاحكام وكذا لو اصيب بالمعركة ثم نقل منها وبه رمق ثم مات ولو كان الجهاد سائغا
في حال الغيبة او الحضور مع عدم الامر به او من نائبه الخاص كما لو دهم على المسلمين من يخاف منه على الاسلام فاضطروا الى جهاده بدون الامام او نائبه
فان المقتول لا يعد شهيدا بالنسبة الى الاحكام وان شارك الشهيد في الفضيلة وكذا المقتول دون ماله او اهله قوله وكذا من وجب عليه القتل
يؤمر بالاغتسال قبل قتله ثم لا يغسل بعد ذلك الغسل المامور به هنا هو غسل الاموات وان كان حيا فيجب مزج الماء بالخليطين وكذا يؤمر بالتحنيط و
التكفين وانما لا يغسل بعده للنص فلو قتل بالسبب الذي اغتسل له فلو سبق موته قتله او قتل بسبب اخر غسل قوله واذا وجد بعض الميت فان كان فيه
الصدر فما علا او الصدر وحده غسل بالخليطين ويكفن بثلث لفائف ويجب تحنيط ما فيه من مواضعه لا غير وحكم القلب حكمه وكذا عظام الميت
بلحمها دون الراس وابعاضها لعدم النص قوله وكذا السقط اذا كان له اربعة اشهر اي حكمه حكم ما فيه الصدر فيجب تغسيله ثلثا وتكفينه وتحنيطه لكن
لا تشرع الصلوة عليه لان شرطها كون المولود حيا ففي العبارة التباس في الحكم والعطف قوله وان لم يكن فيه عظم لف في خرقة ودفن لا فرق في القطعة بقسميها
المبانة من الميت والحي على اشهر القولين وقطع المص في المعتبر بدفن المبانة من الحي بغير غسل وان كان فيها عظم والاول اولى قوله وكذا السقط اذا لم تلجه الروح
المراد من قصر سنه عن اربعة اشهر كما صرح به الاصحاب قوله ويجب ازالة النجاسة عن بدنه اولا المراد بها النجاسة الخبيثة العرضية اذ النجاسة المستندة
الى الموت لا تزول بدون الغسل قوله بماء السدر المراد به الماء المطروح فيه شيء من السدر وان قل بحيث يصدق مسماه ولا يخرج الماء بمزجه عن الاطلاق ولا
من يحقق الممازجة فلا يكفي مطلق الوضع ولا فرق بين الورق الاخضر واليابس فيمرس بالماء ما لا يطحن قوله وبعده بماء الكافور على الصفة وهي كون الغسل
كما ذكر وكون الموضوع من الكافور ما يصدق عليه الاسم ولا يخرج الماء بكثرته عن الاطلاق قوله وبماء القراح اخيرا القراح بفتح القاف لغة هو الماء الذي
لا يشوبه شيء والمراد به هنا هو الخالي من السدر والكافور لا من كل شيء بل يعتبر فيه مع خلوه عنهما اطلاق اسم الماء عليه وقد روى عن الص ع في خبر
سليمان بن خالد يغسل بماء سدر ثم بماء كافور ثم بماء على الاثر فالغسلة الثالثة على الماء المطلق وهو صادق مع ممازجة ما لا يخرجه عن اسمه من التراب
ونحوه واطلاق اسم القراح عليه باعتبار قسميه حيث يعتبر فيهما المزج دونه ووجه اختياره على المطلق دفع توهم خروج الماء في قسميه عن الاطلاق بمزجه
بالسدر والكافور وبناء على ان قسم الشيء خارج عنه ومغاير له وربما توهم بعضهم من اسم القراح عدم جواز تغسيل الميت بالماء المشوب بالطين كماء
السيل ونحوه اعتبارا لمفهوم الاصل وهو مندفع بما قلناه وبانه يطهر في باب النجاسات ويزيل الاحداث التي هي اقوى حدثية وخبثية عن الميت
فيجزي فيه بطريق اولى قوله كما يغسل من الجنابة فيجب في كل غسل مراعاة الترتيب بين الاعضاء الاربعة والنية لكل غسل ولا تجزي نية واحدة لها و
يسقط الترتيب بغمسه في الكثير وعلى ما بيناه من وجوب نيات ثلث تحصل المغايرة بين الاغسال الثلثة وعلى القول باجزاء نية واحدة لها

١٢ لا بد من تميز الغسلات بوضع الخليط مرتبا ليتحقق التعدد والترتيب قوله وتوضئة الميت تردد المشهور استحبابه ومحله قبل الشروع في الغسل الاول وبعد تقدم
الغسل الاتية ولا مضمضة فيه ولا استنشاق قوله ولا يجوز الاقتصار على اقل من الغسلات الا عند الضرورة فيجب منهما ما امكن مقدما للاول فالاول
ويسقط المتأخر فلو وجد ماء غسلة واحدة مع وجود الخليط قدم السدر فان وجد الاثنين فالكافور وفي الذكرى قدم القراح في الواحدة وثنى بالسدر
في الثانية واحتمل تقديم الكافور وعلى القولين فيجب ان يتيمم عن الفائت خلافا للذكرى قوله ولو فقد السدر والكافور غسل بالماء وقيل لا يسقط اراد
تغسيله بالماء مرة واحدة كما يستفاد من حكاية التعدد قولا والعمل على القول المذكور ولان الواجب تغسيله بالماء والخليط فلا يسقط احدهما بفوات
الاخر كما لا يسقط احد الغسلات بفوات الاخرى فيغسل ثلاثا بالقراح ولا بد من تمييز كل غسلة من غيرها بالنية فيقصد تغسيله بالقراح في موضع ماء
السدر وكذا في ماء الكافور قوله تيمم بالتراب كما يتيمم الحي العاجز المراد به العاجز بكل وجه بحيث لا يقدر على مسح جبهته بيديه واحديهما بالاخرى ولو بالاستعانة
فانه يتيمم بيد المعين وعلى كل حال فالتميز بينهما حاصل بالنية فان المتولي لها في الحي المتيمم لا المعين بخلاف الميت ويجب ان يتيمم عن كل غسلة
تيمما بنيته وضربتين وليغسل الماسح يده بعد كل مسح على يدي الميت ان امكن قوله ان يوضع على ساجة وهي لوح من خشب مخصوص والمراد هنا مطلق الخشب
فان الغرض حفظ جسده عن التلطخ والمحافظة على التنظيف وليكن ذلك على مرتفع لئلا يعود اليه الماء ومكان الرجلين منحدرا قوله مستقبل القبلة بل يجب
يجب الاستقبال كالاحتضار قوله ولا باس بالبالوعة المراد بها بالوعة الماء كالمطر ونحوه لا بالوعة البول فانها كنيف قوله وان تفتق قميصه المراد بها شقه
واخراجه من تحته برفق حذرا من تلطخه بالنجاسة فانه مظنتها وليكن ذلك باذن الوارث البالغ الرشيد قوله ويستر عورته انما يستحب ستر العورة مع وثوق
الغاسل من نفسه بعدم النظر او كونه غير مبصر او كونه زوجا او زوجة على القول بجواز غسل احدهما الاخر مجردا او كون الميت طفلا له دون ثلث سنين فان
الستر في جميع ذلك مستحب استظهارا وحذرا من الغلط والسهو وخروجا من الخلاف في بعضها وفي غير ذلك يجب الستر قوله ويغسل فرجه بالسدر والحرض
بان يمزجهما معا في الماء ويغسل به فرجيه قبل الغسل بالسدر والحرض بضم الحاء المهملة واسكان الراء او ضمها الاشنان بضم الهمزة سمي به لانه يهلك الوسخ
قوله ويغسل يداه اي يد الميت ثلاثا الى نصف الذراع قبل كل غسلة قوله في الغسلتين الاولتين وليكن قبلهما ولا يستحب في الثالثة قوله ويغسل الغاسل
يديه مع كل غسلة الى المرفقين قوله وان يرجل شعره اي يسرحه فان فعل وانفصل منه شيء وجب وضعه معه في الكفن قوله وان يغسل مخالفا مع امكان تغسيل
غيره والا تعين عليه من غير كراهة وظاهره تغسيله غسل اهل الخلاف تعين ذلك فلا يجوز تغسيله غسل اهل الحق وذلك يتم مع علم الغاسل بكيفيته عليهم
والا جاز تغسيله بغيره ولا يخفى ان المراد بالمخالف كونه من غير الفرق المحكوم بكفرها كالنواصب ونحوهم قوله مئزر وقميص وازار المئزر بكسر الميم ثم الهمزة الساكنة
ثوب ساتر لوسط الانسان ويشترط فيه ان يستر ما بين السرة والركبة ويجوز زيادته الى القدم باذن الوارث او وصية الميت النافذة ويستحب كونه بحيث
يستر ما بين صدره وقدميه ويشترط في القميص وصوله الى نصف الساق لانه المتعارف ويجوز الى القدم كما تقدم والازار بكسر الهمزة ثوب شامل لجميع البدن
ويستحب زيادته على ذلك طولا بحيث يمكن شده من قبل راسه ورجليه وعرضا بحيث يجعل احد جانبيه على الاخر ويراعى في جنسها التوسط بحسب اللائق
بحال الميت فلا يجب الاقتصار على الادنى منه ان ماكس الوارث حملا لاطلاق اللفظ على المتعارف قوله ولا يجوز التكفين بالحرير لا فرق في ذلك بين الصغير
والكبير والذكر والانثى والمراد به المحض فيجوز التكفين بالممتزج به بحيث لا يستهلكه الحرير كما يجوز الصلوة فيه ويعتبر فيه ايضا كونه مما يصح فيه الصلوة
فلا يجوز كونه من شعر ووبر ما لا يؤكل لحمه ولو كان ذلك مما يؤكل لحمه فالمشهور الجواز اما الجلد فلا يجوز التكفين به مطلقا قوله الا ان يكون الميت محرما
فلا يقربه لانه طيب وكذا لا يوضع في ماء غسله وكذا يحرم تطييبه بغيره من انواع الطيب فقد ورد انه يحشر يوم القيمة ملبيا ولا يمنع من المخيط ولا يكشف راسه
ولا ظاهر قدميه وان اعتبر ذلك في المحرم ولو افسد حجه فكالصحيح لوجوب الاتمام ولا يلحق به المعتدة والمعتكف قوله واقل الفضل فيه مقدار درهم والمراد
كافور الحنوط والسابق ذكره العلية واما كافور الغسل فلا تقدير للفضل فيه ومستند افضلية الثلثة عشر وثلث ما روي من ان جبرئيل ع نزل على النبي ص
باربعين درهما من كافور الجنة فقسمه النبي بينه وبين علي وفاطمة اثلاثا قوله ويعتبر الكافور والذريرة اختلف عبارات الاصحاب في الذريرة اختلافا
كثيرا واضبطه ما ذكره المص في المعتبر والعلامة في كره انها الطيب المسحوق وقال الشيخ هي فتات قصب الطيب وهي قصب يجاء به من الهند كانه قصب النشاب
ويعرف بالقمحة بضم القاف وتشديد الميم المفتوحة والحاء المهملة او بفتح القاف وتخفيف الميم كواحدة القمح وقيل فيها غير ذلك قوله وحبرة عبرية بكسر الحاء
المهملة وفتح الباء ثوب يمني والعبرية بكسر العين منسوبة الى بلد باليمن او جانب واد وفي بعض الاخبار افضلية الحمراء ولو تعذر بعض الاوصاف كفت
الحبرة المجردة وفي حكم التطريز بالذهب تطريزها بالحرير قوله وخرقة لفخذيه انما كان تحديد العرض بالشبر تقريبا للتحديد وفي بعض الاخبار شبر وفي بعضها
شبر ونصف فيحمل الخلاف فيهما على ارادة التقريب وان الاقل مجزي والاكثر اكمل وينبغي ان لا ينقص عن شبر وان كان العبارة باطلاقها تدل على الجواز
وكيفية شدها ان يربط احد طرفيها على وسطه اما بشق راسها او بان يجعل فيه خيط ونحوه ثم يدخل الخرقة بين فخذيه ويضم بها عورته ضما
شديدا ويخرجها من الجانب الاخر ويدخلها تحت الشداد الذي على وسطه ثم يلف حقويه وفخذيه بما بقي منها لفا شديدا فاذا انتهت ادخل طرفها تحت الجزء الذي
انتهى عنده منها قوله وعمامة يعمم بها محنكا لا تقدير لها شرعا فيعتبر في طولها ما يؤدي هيئة المهيئة وفي عرضها ما يطلق معه عليها اسم العمامة قوله وتزاد المراة
على كفن الرجل مقتضى الزيادة انها تكفن بجميع ما سبق من كفن الرجل وتزيد عنه بما ذكره وكذلك غير ان العمامة خارجة من البين اما لانها لا تدخل في مسمى
الكفن كما ذكره بعض الاصحاب وورد في بعض الاخبار بذلك ثم فرعوا عليه ان سارقها لا يقطع بناء على ان القبر حرز للكفن وهي ليست منه واما المرأة فيها تعوض
يوضع لها بدلا عن العمامة قناع فانه في قوة الاستثناء مما تقدم او التفسير لما اطلق منه قوله لفافة لثدييها لا تقدير لهذه اللفافة طولا وعرضا بل ما
يتادى به الغرض المطلوب منها قوله ونمطا هو لغة ضرب من البسط والجمع انماط قال الجوهري وعند بعض اهل اللغة انه لا يكون نمطا حتى يكون له خمل

ومع عدمه يجعل بدله لفافة اخرى كما يجعل بدل الحبرة فيكون للمراة ثلث لفائف قوله ويكتب على الحبرة اه اختلف كلام الاصحاب في تقدير ما يكتب عليه من قطع الكفن فاقتصر المصنف على الاربع وزاد بعضهم العمامة والاخرون جنس اللفافة واضاف الشهيد الى ذلك المئزر والكل جائز بل لو كتب على جميع القطع فلا باس لثبوت اصل الشرعية ولنبرع بادونها الا زيادة الخير ان شاء الله قوله فان لم يوجد فبالاصبع بل يقدم على الكتابة بالاصبع الكتابة بالماء والطين الابيض وليكن الكتابة بتربة مع الامكان قوله ويجعل معه جريدتان ولحيد تهما جريدة وهي العود الذي يجرد عنه الخوص وقبل التجريد يسمى سعفا وعلى استحبابهما اجماعا وقد ورد به الخبر من طرق العامة مع انكارهم لها والاصل في شرعيتهما مع ذلك ان ادم ع لما هبط من الجنة خلق الله من فضل طينته النخلة لان يانس بها فحين اوصى بنيه بان يشقوا منها جريدا بنصفين ويضعوه معه في اكفانه وفعله الانبياء بعده الى ان درس في الجاهلية فاحياه نبينا صلى الله عليه واله وروى صحاح العامة حديث القبرين المعذبين وانه ع اخذ جريدة فشقها بنصفين وغرس في كل قبر واحدة وقال يخفف عنهما العذاب ما لم ييبسا وقال المرتضى تعجب العامة منها كتعجب الملاحدة من الطواف والرمي وتقبيل الحجر وغير ذلك من الاحكام المجهولة العلل قوله فمن الخلاف بكسر الخاء وتخفيف اللام فان فقد فمن الرمان ومع فقده ينتقل الى الشجر الرطب والمشهور كون طول كل واحد قدر عظم ذراع الميت ولو زادت الى ذراع او نقصت الى ذراع اصابع فلا باس ومقتضى الخبر شقهما ولو لم تشق فلا باس واستحب الاصحاب جعلهما في قطن محافظة على الرطوبة ولو تعذر وضعها معه على الوجه المعين للتقية وغيرها وضعت حيث يمكن القبر ولا فرق في الميت بين الصغير والكبير فانه للشعار قوله وان يسحق الكافور بيده قبل صونا له عن الضياع قال المص في المعتبر بعد ان اسنده الى الشيخين لم احقق مستنده قوله على صدره لانه من مساجد سجدة الشكر قوله ويكره تكفينه بالكتان هو بفتح الكاف قال الصادق ع الكتان كان لبني اسرائيل يكفنون به والقطن لامة محمد صلى الله عليه واله قوله وان تعمل للاكفان المبتداة اكمام احترز بالمبتداة عما لو كفن في قميصه فانه لا يقطع كمه بل يقطع منه الازرار خاصة قوله ان يكتب عليها بالسواد وكذا بغيره من الالوان غير الابيض قوله الا ان يكون بعد طرحه في القبر فانها تقرض هذا مع عدم تفاحش النجاسة بحيث يؤدي الى افساد الكفن وهتك الميت ومعه قال في الذكرى فالظ وجوب الغسل مط استيفاء للكفن لامتناع اتلافه على هذا الوجه ومع التعذر يسقط الحرج انتهى ومتى قرضت وامكن جمع جوانب الكفن بالخياطة وجب والا مد احد الثوبين على الاخر ليستر المقطوع ان امكن قوله كفن المراة على زوجها وان كانت ذات مال لا فرق في الزوجة بين الدائم والمتمتع بها ولا بين المطيعة والناشزة ولا بين الحرة والامة والمطلقة رجعية زوجة بخلاف البائن والتعليل بوجوب الانفاق لم يثبت ويجب عليه ايضا مؤنة التجهيز من الحنوط وغيره هذا كله مع يساره بان يملك الكفن زيادة عن قوت يوم وليلة له ولعياله وما يستثنى في الدين ولو اعسر عن البعض سقط خاصة ولو اوصت به سقط عنه مع نفوذ الوصية ولو ماتا معا لم يجب عليه كفنها بخلاف ما لو مات بعدها نعم لو لم يخلف من المال الا كفنا واحدا او قيمته اختص به ولا يلحق واجب النفقة بالزوجة ويلحق بها المملوك وان كان مدبرا او ام ولد او مكاتبا مشروطا او مطلقا لم يتحرر منه شيء ولو تحرر بعضه فبالنسبة ولو كان مال الزوج او المولى مرهونا سقط قوله وكفن الرجل من اصل تركته المراد به الكفن الواجب وكذا مؤنة التجهيز من سدر وكافور وغيرهما قوله دفن عاريا ولو كان للمسلمين بيت مال اخذ منه وجوبا وكذا باقي المؤنة ويجوز تحصيله من الزكوة او من الخمس مع استحقاقه لهما قوله وجب ان يطرح معه في كفنه ولكن بعد غسله ان لم يكن غسل معه ويقبل التطهير كاصله قوله وان تربع الجنازة هو حملها من جوانبها الاربع باربعة رجال وافضله التناوب فيحمل كل واحد من الجوانب الجميع ليشتركوا في الاجر وقد روي عن الباقر ع من حمل جنازة من اربع جوانبها غفر الله له ذنوبا بعين كبيرة وافضل هيئات التربيع ما ذكره المص وهو البداءة بمقدم السرير الايمن ثم يمر عليه من خلفه الى الاخر حتى يرجع الى المقدم كذلك دور الرحى رواه العلاء بن سيابة عن الص ع وفي اخلاف يبدء بالجانب الايسر من السرير فيحمله بكتفه الايمن ثم يمر عليه الى الجانب الرابع والمشهور الاول والكل تربيع قوله وان يقول المشاهد للجنازة الحمد لله الذي لم يجعلني من السواد المخترم السواد الشخص ومن الناس عامتهم وكل منهما محتمل على الاول يراد به الجنس والمخترم بالخاء المعجمة والراء المهملة الهالك والمعنى الحمد لله الذي لم يجعلني من الهالكين ولا منافاة بين هذا وبين ما روي عنه ع ان من احب لقاء الله احب الله لقائه ومن كره لقاء الله كره الله لقائه من حيث ان الحمد لا يكون الا على المحبوب المستلزم لحب البقاء الموجب لكراهة اللقاء لان المراد بحب اللقاء وكراهته عند حضور الموت ومعاينة المحتضر ما يحب كما روي انه قيل له ع عقيب قوله ذلك انا لنكره الموت فقال ليس ذلك ولكن المؤمن اذا حضره الموت بشر برضوان الله وكرامته فليس شيء احب اليه مما امامه فاحب لقاء الله واحب الله لقائه على ان الكافر وكيف يكون حب البقاء مكروها اذا كان موجبا لزيادة الثواب وعظيم القرب والزلفى وبغيته عمر المؤمن لا ثمن لها كما ورد عنه ع مع ان الحمد على ما هو الواقع رضى بقضاء الله كيف كان وتعويذ البعد الا مكانا قوله وان ينقل في ثلاث دفعات ظاهره ان النقل للثلث بعد وصوله الى القبر فيقتضي ان يكون ترك الى الثالثة ثلاث دفعات وبه صرح في القواعد والذي ذكره جماعة من الاصحاب منهم المص في المعتبر انه يوضع قريبا من القبر وينقل الى قدر ثلاث دفعتين ويتنزل في الثالثة وروي عن الص ع انه يوضع دون القبر هنيئة ثم رواية ورد ايضا بوضعه دون القبر بذراعين او ثلثة حتى ياخذ اهبته ثم يضعه في لحده ولم يرد ان يجعل في وضعه على مرة ونبه في المعتبر بعد ما ذكر ما عليه الاصحاب اقتصارا على ما دل عليه الخبر قوله ويكره ان يتولى ذلك الاقارب لا فرق في ذلك بين الولد والوالد وان كان تولي الولد اخف كراهة قوله الا في المراة فانه لا يكره نزول الرحم معها بل يستحب لانها عورة وروى السكوني عن الص ع عن امير المؤمنين ع مضت السنة من رسول الله ص ان المراة لا يدخل قبرها الا من كان يراها في حياتها ولا يجب ذلك للاصل وضعف الخبر بالسكوني والزوج اولى بذلك من المحرم كما في غيره من الاحكام ولو تعذر الرحم فامراة صالحة ثم اجنبي صالح وان كان شيخا فهو اولى قاله في الذكرى قوله ثم يواريه في الارض مع القدرة فلا يجزي جعله في تابوت من صخر وغيره وان كان مطليا وكذا لا يجزي البناء عليه على وجه الارض وان حصل الغرض المطلوب من الدفن من حرسه من نبش السباع وكتم الجثة عن الظهور واحترز بالقدرة عما لو تعذر الحفر لصلابة الارض او تحجرها او كثرة الثلج ونحو ذلك فانه يجزي فعل تلك الامور السابقة وغيرها بحسب الامكان ويجب مراعاة تحصيل الغرض من الدفن بجمع الوصفين ان امكن والا

بعضا

10 سقط قوله ولو كان في البحر يلقى فيه المراد بالبحر ما يعم الانهار العظيمة كالنيل وشبهه ويشترط في الساتر كونه ثقيلا بحيث ينزل في عمق الماء ليحصل مناسبة الدفن فلا يكفي نحو الصندوق من الخشب الذي يبقى على وجه الماء ويجب الاستقبال به حين القائه على حد ما يعتبر في الدفن المعهود والمراد بتعذر البر ما يشق معه الوصول اليه عادة قبل فساد الميت قوله فيستدبر بها انما يستدبر بها ليصير الولد مستقبلا لما قيل من ان وجه الولد الى ظهر امه والمقصود بالذات انما هو دفنه قوله ويجعل له لحد مما يلي القبلة المراد باللحد ان يحفر في حائط القبر الذي يلي القبلة بعد الوصول الى منتهى القبر مكانا مستطيلا بحيث يمكن وضع الميت فيه على الوجه المعتبر ويستحب توسيعه بقدر ما يمكن الجلوس فيه هذا كله في الارض الصلبة اما في الرخوة فالشق افضل خوفا من انهدامه والمراد بالشق ان يحفر في قعر القبر شقا يشبه النهر يوضع الميت فيه ويسقف عليه بشيء ولو عمل له شبه الشق من بناء تادت به الفضيلة خصوصا مع خلوة الارض عن احتمال التسقيف والجزء المصحح في المعتبر مط قوله ويجعل معه شيء من تربة الحسين ع مختلطة او في وجهه او تلقائه او في كفنه ذكر كل واحد منها بعض الاصحاب والكل حسن قوله ثم يشرج اللبن هو تنضيده وتسويته ولو بالطين بحيث لا يدخل اليه التراب قوله ويهيل الحاضرون اليه التراب بظهور الاكف وليكن باليدين جميعا واقله ثلث حثيات لفعل النبي ص ذلك فقد روي عن النبي ص من حثى على ميت وقال ايمانا بك وتصديقا ببعثك هذا ما وعدنا الله ورسوله اعطاه الله بكل ذرة حسنة قوله ويرفع مقدار اربع اصابع مفرجات ولا باس برفعه شبرا ويكره الزائد قوله ويلقنه الولي او من يامره وليكن مستقبل القبلة والميت قريبا من الراس قوله والتعزية مستحبة هي تفعلة من العزاء وهو الصبر يقال عزيته تعزية اي صبرته فصبر والمراد بها التسلية عن المصاب والتصبر عن الحزن والاكتئاب بتذكير المعزى بان الامر مستند الى عدل الله وحكمته وما وعد الله على المصاب من انواع الثواب وقد ورد عن النبي ص من عزى مصابا فله مثل اجره قوله ويكره فرش القبر بالساج وكذا بغيره من انواع الفرش الذي لا يعد اسرافا والا حرم لانه اتلاف غير ماذون فيه ومن الضرورة المبيحة للفرش نداوة الارض قوله وتجصيص القبور لا فرق بين فعل ذلك ابتداء وبعد حين من دفنه كما صرح به المص في المعتبر وذهب الشيخ الى اختصاص الكراهة بفعل ذلك بعد الاندراس لا في الابتداء لما روي من امر الكاظم ع بتقبيل ابنة له واختاره بعض الاصحاب لما فيه من حفظ القبر الموجب لتعاهد زيارته ويمكن الجمع بين الاخبار بحمل الجواز من غير كراهة على قبور اهل الشرف والفضل الذين يتوجه القلوب الى زيارتهم ويتوفر الدواعي على صلواتهم والتبرك بهم كما دل عليه الخبر قوله وتجديدها بالجيم بعد اندراسها اما رسمها من غير اندراس فلا باس به والمراد بالاندراس انمحاء اثره عن وجه الارض او اشرافه عليه لا اندراس عظامه فان تجديد القبر في الارض المسبلة محرم لسقوط حقه من المكان واستلزامه منع الغير من الدفن وقد نقل الصدوق عن علي ع من جدد قبرا او مثل مثالا فقد خرج عن الاسلام وروي بالحاء المهملة وهو تسنيمها وبالخاء المعجمة وهو الشق والمراد شق القبر ليدفن فيه اخر قوله ودفن ميتين في قبر واحد اذا كانا ابتداء او كان بعد الدفن جماعة ابتداء كالاخ والاخرم قوله وان ينقل الميت من بلد الى اخر الا الى احد المشاهد والحق بها في الذكرى مقبرة فيها قوم صالحون او شهداء لتنال بركتهم وهذا في غير الشهيد واما هو فيدفن حيث قتل وانما يكره النقل قبل الدفن اما بعده فيحرم الى غير المشاهد اجماعا والبها على المشهور قوله ولا يجوز نبش القبور استثني من ذلك مواضع الاول اذا صار الميت رميما ويختلف ذلك باختلاف الترب والاهوية ومع الشك يرجع فيه الى اهل الخبرة ولا فرق حينئذ بين نبشه لدفن غيره او لغيره ولا بين الارض المسبلة وغيرها ثم يحرم تصويره بعد ذلك بصورة المقابر في الارض المسبلة لاستلزامه منع الغير من الانتفاع به الثاني اذا دفن في ارض مغصوبة ولو بكونها مشتركة بغير اذن الشريك فان للمالك قلعه وان ادى الى هتك الميت الثالث لو كفن في مغصوب جاز نبشه لاخذ المغصوب ولا يجب على المالك اخذ القيمة وانما استحب الرابع لو وقع في القبر ماله قيمة عادة جاز النبش لاخذه الخامس نبشه لاجل الشهادة على عينه للامور المرتبة على موته من اعتداد زوجته وقسمة تركته وحلول ديونه المؤجلة هذا اذا كان النبش محصلا للتعيين فلو علم تغير صورته بحيث لا يعلم حرم وفي جواز نبشه لتدارك الاستقبال به او الغسل او الكفن او الصلوة عليه او نزع الحرير عنه وبيع الارض التي دفن فيها وجهان وحكم ايضا في غير الاخير والتحريم فيه اقوى قوله ولا يشق الثوب على غير الاب والاخ ظاهره عدم الفرق بين المراة والرجل في ذلك خلافا للعلامة في النهاية فانه جوزها الشق على جميع الاقارب قوله ينزع عنه الخفان وكذا سائر الجلود لامر النبي ص بذلك في قتلى احد ولعدم دخولها في مسمى الثياب وذهب بعض الاصحاب الى دفنها معه مع اصابة الدم لها استنادا الى رواية يمنع ضعفها من العمل بها ومن الثياب العمامة والقلنسوة والسراويل على المشهور قوله اذا ماتت ولدها حي اه هذا اذا تعذر اخراجه بدون القطع والا حرم ويجب مراعاة الارفق في اخراجه كالعلاج ونحوه ويشترط العلم بموت الولد ولو شك وجب الصبر ويتولى ذلك النساء او الزوج ثم محارم الرجال ثم الاجانب ويباح هنا ما يباح للطبيب قوله وان مات دونها شق جوفها وليكن ذلك من الجانب الايسر نسبه في الذكرى الى علمائنا والاخبار خالية عنه ويشترط في ذلك كون الولد بحيث يعيش عادة ويتولاه النساء والزوج مرتبا كما سبق قوله ثمانية وعشرون غسلا اي التي اقتضى الحال ذكرها هنا والا فقد ذكر الشهيد في النفلية انها خمسون قوله لمن خاف عوز الماء لا يختص استحباب التقديم بخوف عوز الماء يوم الجمعة بل يسوغ مع خوف فواته مط وانما خص عوز الماء بالذكر لورود النص به في اصل الشرع فيه وهو امر الكاظم ع امرأته في طريق مكة بالغسل للاخبار بقلة الماء يوم الجمعة ولينوا التقديم ليتميز عن الاداء والقضاء قوله وقضاؤه يوم السبت مقتضاه انه لا يقضي بعد زوال الجمعة الى دخول السبت والاصح مشروعية قضائه بفوات وقت الاداء في وقته والقضاء بعده ولو ترك ذلك لم يضر قوله وسبع عشرة روى محمد بن مسلم عن احدهما ع الغسل ليلة سبع عشرة وهي ليلة التقى الجمعان وتسع عشرة فيها يكتب وفد السنة وليلة احدى وعشرين وهي التي اصيب فيها اوصياء الانبياء وفيها رفع عيسى بن مريم وقبض موسى ع وثلث وعشرين فيها يرجى ليلة القدر قوله وغسل التوبة سواء كان عن فسق او كفر التوبة انما يكون عن ذنب والذنب قد يوجب الفسق او الكفر وقد لا يوجبهما كالصغيرة التي لا يصر عليها ومقتضى العبارة عدم الاستحباب للتوبة عن ذنب لا يوجب فسقا والنص يشمله وانما قيد العبارة هكذا للتنبيه

١٦ على خلاف بعض العامة حيث اوجب غسل التوبة عن كفر ولو قال عن كفر او غيره حصل المراد قوله وصلوة الحاجة المراد بها الصلوة المخصوصة التي ورد النص باستحبا
الغسل قبلها لا مطلق صلوة الحاجة لورود النص فيها بانواع منها ما يستحب له الغسل ومنها ما لم يرد فيه وكذا القول في صلوة الاستخارة قوله ما يستحب للفعل
والمكان يقدم عليهما يستثنى منه الغسل التوبة لوجوب المبادرة بها والسعي الى رؤية المصلوب فان الرؤية مع السعي سبب الاستحباب فيتاخر عنهما الا
وما غسل المفرط في صلوة الكسوف فانه متوسط بين جزئي السبب وهما التفريط والقضاء فلا يصدق عليه انه متاخر عن الفعل فاستثناؤه ايضا غير جيد
بل هو بالمقدم اشبه قوله اذا اجتمعت اغسال مندوبة الاصح تداخلها مطلقا وخصوصا مع انضمام الواجب اليها والرواية نادرة قوله لرؤيته عامدا ليس بمجرد
السعي لرؤيته كما يقتضيه اطلاق العبارة بل السعي مع الرؤية والمشهور استحباب الغسل ولا فرق بين مصلوب بالشرع وغيره
قوله غلوة سهمين الغلوة مقدار الرمية من الرامي المعتدل بالالة المعتدلة والسهلة بسكون الهاء وكسرها الخالية من الاحجار والاشجار والعلو والهبوط
وغيرها مما يمنع نفوذ البصر واطلاعه على ظاهر الارض والحزنة بسكون الزاء المعجمة خلاف السهلة ويجب مراعاة هذا القدر من كل جانب بحيث يستوعب
الارض التي حوله وهو المراد من الجهات الاربع ولو اختلف الارض بالسهولة والحزونة توزع الحكم بحسبها ولو علم عدم الماء في بعض الجهات سقط الطلب فيه
او مطلقا فلا طلب ويجوز الاستنابة فيه بل قد يجب ولو باجرة ويشترط عدالة النائب ان كان الاستنابة اختيارية والا فبحسب الامكان ويحتسب لهما ويجب
طلب التراب لو فقده حيث يجب التيمم قوله ولو اخل بالطلب حتى ضاق الوقت اخطا وصح تيممه وصلاته المراد ضيق الوقت عن تحصيل الماء والطهارة به
والصلوة ولو ركعة فلو امكنه تحصيل الماء وادراك ذلك لم يصح صلاته وهذا اذا لم يجد الماء بعد ذلك في محل وجوب الطلب كالغلوات او مع صحبه
الباذلين او في رحله والا وجب القضاء للرواية وان كان عدم القضاء لولاها متوجها مع عدم امكان تحصيل الماء حين التيمم قوله ولا فرق بين عدم الماء اه
ردّ بذلك على بعض العامة حيث حكم بتبعيض الطهارة المائية والتيمم في الاعضاء المتخلفة قوله بثمن يضر به في الحال يمكن ان يريد بالحال ما يقابل المال
فلا يجوز ترك الشراء خوفا من الضرر المتوقع لعدم العلم بالبقاء الى وقته ولامكان حصول ما لا فيه على تقدير البقاء ولانتفاء الضرر والاولى ان يريد
به حال المكلف فيكون اللام عوضا عن المضاف اليه لعدم الاستقبال بحيث لا يرجو حصول ما فيه عادة قوله ولو باضعاف ثمنه المعتاد مقتضاه عدم الفرق
بين المجحف وغيره فيجب الشراء بما هو ممكن ومعوك لوجوب تحصيل شرط الواجب المطلق من غير تقييد ولامر الرضا بشراء ماء الوضوء بالف درهم قوله ان
ان يخاف لصا او سبعا او يخاف من وقوع الفاحشة سواء في ذلك الذكر والانثى وكذا الخوف على العرض وان لم يخف على البضع ولو تجرد الخوف
عن سبب موجب له بل مجرد الجبن فكذلك للاشتراك في الضرر بل ربما ادى الجبن الى ذهاب العقل الذي هو اقوى من كثير مما يسوغ التيمم لاجله اما الوهم الذي لا
ينشأ عنه ضرر فلا قوله وكذا لو خاف ضياع المال بسبب السعي وان لم يكن من اللص او السبع ويمكن ان يريد بالخوف من اللص والسبع في الاول على النفس
وفي الثاني على المال وكلاهما مسوغ للتيمم ولا فرق بين كثير المال وقليله والفارق بينه وبين الامر ببذل المال الكثير لشراء الماء النص ولكون الحاصل في
مقابلة المال في الاول هو الثواب لبذله في عبادة اختيارا وفي الثاني العوض وهو منقطع لان تارك المال للص وغيره طلبا للماء لعله موجب للثواب
ايضا قوله او الشين هو ما يعلو البشرة من الخشونة المشوهة للخلقة الناشئة من استعمال الماء في البرد الشديد وربما بلغت تشقق الجلد وخروج الدم ويعتبر
تقييده بكونه فاحشا لا يتحمل مثله عادة والمرجع فيه وفي باقي المرض الى ما يجده من نفسه او الى اخبار عارف ثقة او من يظن صدقه وان كان فاسقا
او كافرا لا يتهم على دينه ولا يشترط التعدد قوله او خاف العطش ان استعمله في الحال او في زمان لا يحصل فيه الماء عادة والمراد عطشه او عطش غيره من النفوس
المحترمة التي لا يهدر اتلافها انسانية كانت ام حيوانية له او لغيره وان كان معدا للذبح اذا لم يرد ذبحه في الحال قوله ولا بالرماد سواء كان رماد الشجر ام الترا
قوله بارض النورة والجص قبل الاحراق لا بعده لانتفاء اسم الارض به قوله وترابا لقبر وهو الملاصق للميت لاصالة عدم مخالطته شيئا من النجاسات نعم
لو علم ذلك كما لو كان الميت نجسا لم يجز ولا يضر اختلاطه بالعظم واللحم الطاهرين بالغسل مع استهلاكهما قوله وبالتراب المستعمل المراد به التراب الممسوح به
او المتساقط عن محل الضرب بنفسه او بالنفض لا المضروب عليه اجماعا فانه كالماء المغترف منه قوله فان استهلكه التراب جاز حد الاستهلاك ان لا يتميز
الخليط بحيث يصدق على الممتزج اسم التراب الصرف قوله ويكره بالسبخة بسكون الباء وكسرها الارض المالحة النشاشة بشرط ان لا يعلوها الملح والا لم يجز
من يلزمه ربما قرب بالارض التي لا تنبت ولعل بعيد قوله وبالارض بضم الراء جمع ربوة وهو ما علا من الارض وعطفها لعوالي عليها تفسير وتاكيد
قوله بغبار ثوبه او لبد سرجه او عرف دابته التمثيل بالثلثة لكونها مظنة للغبار لا لبيان الانحصار فلو كان معه بساط ونحوه مما يجمع الغبار تيمم به ويجب تحري
اكثرها غبارا مع الاجماع واستخراج الغبار بحيث يعلو وجهها الان يتلاشى بالضرب فيقتصر على الضرب عليه ولو فرض عدم الغبار على المذكورات اصلا
لم يجز التيمم عليها ويشترط كون الغبار من جنس ما يصح التيمم به كغبار التراب قوله ومع فقد ذلك تيمم بالوحل اذا لم يمكن تجفيفه ثم الضرب عليه والا
قدم على غبار المذكورات ويشترط كون اصل الوحل مما يصح التيمم عليه قوله الاحوط المنع المشهور المنع مطلقا بل ادعى عليه الشيخ والمرتضى الاجماع والمعتمد في الضرب
الظن فلو تبين السعة لم يجب الاعادة قوله ثم يمسح الجبهة من قصاص شعر الرأس الى طرف انفه المراد به قصاص شعر مستوى الخلقة فغيره يحال عليه والمراد
بطرف الانف الاعلى ويمسح الجبينين وينبغي مسح الحاجبين ولا بد من مسح جزء من غير محل الفرض من باب المقدمة وكذا في اليدين قوله ظاهر الكفين حد
الزند بفتح الزاء وهو موصل طرف الذراع في الكف قوله ولو تيمم وعلى بدنه نجاسة صح تيممه لا منافاة بين جواز التيمم قبل ازالة النجاسة وبين مراعاة ضيق الوقت
في جوازه لان المراد بضيقه عدم زيادته على الصلوة وشرائطها المفقودة التي من جملتها التيمم وازالة النجاسة فلا فرق بين تقديم التيمم على الازالة وتاخيره
وقيل لا يجوز التيمم حتى يزيل النجاسة بناء على الضيق والعمل على ما ذكر قوله ويتيمم من زحام الجمعة عن الخروج المقيد بتعذر الخروج للاختلال على كان المانع
من الخروج خوف فوت الجمعة مع امكان الخروج لسهولة الزحام وضيق الوقت فانه لا يجوز التيمم بل يخرج ويصلي الظهر بالطهارة المائية ان فاتته الجمعة

١٧ قوله وان وجده وهو في الصلوة قيل يرجع الى قوله وهو الاظهر هذا هو المشهور ولا يجوز له العدول الى النفل لانه في معنى الابطال المنهي عنه خصوصا مع ضيق الوقت
ولو اتفق عدم الماء قبل الفراغ من الصلوة فالاصح عدم وجوب اعادته لعبادة اخرى ما لم يحدث اذ لا يستقيم الجمع بين اكمالها ونقض التيمم بمجرد وجود الماء
ولا فرق في ذلك بين الفرض والنفل قوله ويستبيح ما يستبيحه المتطهر بالماء خالف في ذلك بعض الاصحاب فمنع من استباحة اللبث في المساجد للجنب
لعموم قوله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل ويلزم ايضا تحريم الطواف له بل لاستلزامه اللبث في المسجد ويرده قوله ع يكفيك الصعيد عشر سنين من غير
تقييد بعبادة معينة فلولا ارادة العموم لزم الاجمال بالخطاب الموجب للاغراء وقول الص ان الله جعل التراب طهورا كما جعل الماء طهورا وغيرهما
ولان اباحة الصلوة المشروطة بارتفاع الاصغر والاكبر يستلزم اباحة غيرها بطريق اولى قوله فالافضل تخصيص الجنب به ولو كان الماء مبذولا للاحوج
بنذر وشبهه تعين صرفه للجنب فلو دفع الى غيره لم يجز ولو امكن الجمع بان يتوضأ المحدث ويجمع الماء ثم يغتسل الجنب الخالي بدنه عن نجاسة ثم يجمع ماؤه
ويغسل به الميت جاز وقد يجب الجمع ولو لم يكف الماء الا للمحدث خاصة فهو اولى لعدم تبعض الطهارة ولو لم يكن جنب فالميت اولى ولو جامعهم
ماس ميت لم يتغير الحكم لان حدثه ضعيف بالنسبة الى حدث الجنب وفي تقديم ذات الدم على الجنب لو جامعته نظر من عدم النص وضعف حدثها
وقطع في الذكرى بتقديمه وكذا الاشكال لو جامعت الميت ومزيل الخبث عن البدن اولى وكذا مزيل الطيب للاحرام اولى من الجميع والعطشان اولى مطلقا قوله اذا
تمكن من استعمال الماء انتقض تيممه في ظاهر الحال ويراعى في استقرار النقض مضي زمان يتمكن فيه من فعل الطهارة المائية فلو تلف الماء او منع من استعماله قبل
مضي زمان يتمكن فيه من فعل الطهارة تبين عدم التكليف باستعماله فيكشف ذلك عن بقاء التيمم لاشتراط نقضه بتمكنه من المبدل ولم يتحقق قوله ومن كان
بعض اعضائه مريضا اه الى قوله ولا يتبعض الطهارة معنى التبعيض المنفي ان يغسل بعض الاعضاء للوضوء ويمسح البعض للتيمم ورد بذلك على بعض العامة
القائلين بذلك واعلم انهم ذكروا في باب الجبيرة انها لو عمت عضوا كاملا مسح عليه ولا ينتقل الى التيمم والجمع بينه وبين ما هنا بتعذر مسح العضو المريض
هنا ولو على الجبيرة كما دل عليه قوله ولا مسح وان كان اللفظ محتملا معنى اخر وهو تعذر مسح العضو المريض اذا كان ممسوحا في الوضوء كمقدم الراس وظاهر
القدمين وقرروا هناك ايضا انه لو لم يكن بالكسر والجرح جبيرة او لصوق يغسل ما حوله اذا انضر بالماء ولا ينتقل الى التيمم والجمع بينه وبين ما هنا يحمل ما
تقدم على ان الكسر والجرح لم يستوعب عضوا كاملا بخلافه هنا بدليل قولهم هناك غسل ما حوله قوله يجوز التيمم لصلوة الجنازة مع وجود الماء اه قيده في
المعتبر بما اذا فاجأته الجنازة وخشي فوتها مع الطهارة المائية والمشهور عدم اشتراط ذلك بل ادعى عليه الشيخ الاجماع اصحهما من دون الطهارة والرواية
ولا ينوي في هذا التيمم البدلية قوله اذا كان للحيوان نفس سائلة المراد بالنفس هنا الدم الذي يجتمع في العروق ويخرج اذا قطع شيء منها بسيلان وقوة وتبا
ما لا نفس له سائلة وهو الذي يخرج دمه ترشحا كدم السمك قوله كالجلال هو الحيوان الذي اغتذى عذرة الانسان محضا حتى نبت عليها لحمه واشتد عظمه
والمرجع في ذلك الى العرف وفي حكمه موطوء الانسان قوله وما كان منه لا تحله الحيوة جملته عشرة اشياء العظم والسن والظفر والظلف والقرن و
الحافر والشعر والوبر والصوف والريش والبيض اذا اكتسى القشر الاعلى والحق بها الانفحة بكسر الهمزة وفتح الفاء مخففة وهي كرش السخلة قبل ان تاكل قوله
قبل تطهيره هذا ان توقف تطهيره على الغسل ولو كان طاهرا بدونه كالشهيد والمعصوم لم يجب بمسه غسل وكذا من قدم غسله في حال الحيوة ليقتل
مع قتله بالسبب الذي اغتسل له ويندرج في قبلية التطهير من لم يكمل غسله وان كمل غسل عضو فمس ذلك العضو على الاصح ومن نقص اغساله الثلثة
ولو في بعض الاوصاف كالخليط وان تيمم عن بعضها ومن غسله كافر او سبق موته قتله او قتل بغير السبب الذي اغتسل له واحترز بعد برد عما لو مسه قبله
بعد الموت فانه لا يوجب الغسل بل غسل العضو اللامس لا غير قوله وكذا لو مس قطعة منه لا فرق في القطعة بين كونها مبانة من حي او ميت وفي حكمها العظم
المجرد منه اذا لم يطهر ولو بحسب الظاهر فلو مس عظما من مقبرة المسلمين فلا غسل له بخلاف مقبرة الكفار ولو جهلت تبعت الدار كالقرد الشيخ وهو احوط قوله او
من ميتا له نفس سائلة لا فرق في وجوب غسل العضو اللامس لميتة ما له نفس بين كونه برطوبة او لا لاطلاق النص ومن ثم اطلق المص وبعض العلماء والاقوى
اختصاصه بحال الرطوبة قوله ولو نزى كلب على حيوان فاولده روعي في الحاقه باحكامه اطلاق الاسم هذا اذا كان الحيوان مخالفا للكلب في الحكم وحينئذ
فيراعى في تبعيته لاحدهما او لغيرهما اطلاق الاسم فان لم يصدق عليه اسم شيء منهما ولا من غيرهما فالاقوى فيه الطهارة والتحريم ولو اتفقا في الحكم تبعهما
فيه وان باينهما قوله المسكرات المراد بها المائعة بالاصالة فالخمر المجمد نجس كما ان الحشيشة ليست بنجسة وان عرض لها الذوبان والقول بنجاسة المسكرات
هو المذهب بل ادعى عليه المرتضى الاجماع قوله وفي حكمها العصير اذا غلا واشتد المراد به العصير العنبي وبغليانه ان تصير اعلاه اسفله بنفسه او بغيره
وباشتداده ان يحصل له ثخانة وهي مسببة عن مجرد الغليان عند الشهيد والذي صرح به المص في المعتبر انه يحرم بالغليان ولا ينجس الا مع الاشتداد
فاحدهما ينفك عن الاخر وهذا هو الحق والقول بنجاسة العصير هو المشهور بين المتاخرين ومستنده غير معلوم بل النص انما دل على التحريم وقال لم
اقف على نص يقتضي تنجيسه قوله الفقاع بضم الفاء والاصل فيه ان يتخذ من ماء الشعير كما ذكره المرتضى في الانتصار لكن لما كان النهي عنه معلقا على التسمية
ثبت له ذلك سواء عمل منه ام من غيره فما يوجد في اسواق اهل الخلاف مما يسمى فقاعا يحكم بتحريمه تبعا للاسم الا ان يعلم انتفاؤه قطعا قوله ودخول المساجد
جعل دخول المساجد غاية لازالة النجاسة عن الثوب والبدن وعطفه على الصلوة يقتضي عدم الفرق بين استلزام ذلك تلويثها وعدمه وتخصيص الدخول
لمناسبة الثوب والبدن والا فتنجيس المسجد حرام وان لم يستلزم الدخول كما لو القى النجاسة فيه من خارج والاصح ان التحريم مختص بخوف تلويث المسجد او شيء
من فرشه او الاته مطلقا ويجب ازالة النجاسة عنها وان لم يكن من فعله وهو فرض كفاية ويلحق بالمساجد الضرائح المقدسة والمصاحف والاتها الخاصة بها
كالجلد فيجب ازالة النجاسة عنها كما يحرم تلويثها بها قوله وعن الاواني لاستعمالها هذا اذا كان الاستعمال يوجب تعدي النجاسة كما لو استعملت بما
يقع وكان مشروطا بالطهارة كالاكل والشرب اختيارا قوله وعفي عن الثوب عما يشق التحرز منه من دم القروح والجروح التي لا ترقى المراد برقوته سكونه

١٨ وانقطاعه ومقتضاه انه لو انقطع لم يعف عنه وان لم يبرء الجرح والقرح خصوصاً اذا كان بمقدار زمان الصلوة والرواية تدل على خلاف ذلك وان الرخصة
باقية الى ان يبرء سواء لزم من الازالة مشقة ام لا قوله وعما دون الدرهم البغلي سعته من الدم المسفوح الذي ليس احد الدماء الثلثة البغلي باسكان الغين
وتخفيف اللام او بفتحهما مع تشديد اللام تقرب سعته من اخمص الراحة وهو ما انخفض من باطن الكف وقدر بعقد الابهام وبعقد السبابة والمراد
بالمسفوح الخارج من البدن واستثنى منه الدماء الثلثة المغلظة نجاستها والحق بها دم نجس العين ودم الميتة قوله وما زاد عن ذلك يجب ازالته بدليل
فيما زاد قدر الدرهم وفي العفو عنه قول والمشهور العدم قوله وان كان متفرقاً قيل هو كمساواه الاصح انه يعتبر مجتمعاً فان كان لا يبلغ قدر الدرهم عفي عنه
والا فلا ولا فرق في ذلك بين المتفرق على الثوب الواحد او الثياب او على البدن او على الجميع ولو اصاب وجهي الثوب فان كان بالتفشي فواحد والا فدرهمان
اصابه مائع طاهر فالاصح بقاء العفو قوله ويجوز الصلوة فيما لا يتم الصلوة فيه منفرداً المراد به ما لا يمكن ايقاع صلوة فيه اختياراً لا كل صلوة فلو امكن
صلوة الرجل فيه لم يعف عنه نجساً وان لم يمكن فيه صلوة المراة ولا فرق في ذلك بين المتنجس بنجاسة مغلظة وغيرها ولا يعفى عنه لو كان نفسه نجاسة
كجلد الميتة وكذا لا فرق بين كونه من الملابس وغيرها ولا في الملابس بين كونها في محالها او في غيرها لعموم الخبر في كل ما على الانسان او معه قوله وتعصر
الثياب من النجاسات كلها الا من بول الرضيع فانه يكفي صب الماء عليه اذا غسلت بغير الكثير والا لم يفتقر الى عصر والمراد بالرضيع الذي لم يغتذ بغير
اللبن في الحولين بحيث تساوي اللبن والمراد بصب الماء عليه استيعاب الماء للمحل النجس مع عدم الانفصال ولا يلحق به الصبية للامر بغسله قوله واذا علم
موضع النجاسة غسل وان جهل غسل كل موضع يحصل فيه الاشتباه لتوقف اليقين بالطهارة عليه هذا اذا كان محصوراً والا سقط الغسل للحرج قوله
ويغسل الثوب من البول مرتين انما خصها لاشتراطها بهما في صحة الصلوة والا فغيرهما مما ينفصل عنه الغسالة وليس باناء كذلك وانما خص البول للنص
عليه فيلحق غيره كذلك بطريق اولى للموافقة وليس بواضح فان البول اغلظ من بعض النجاسات كالدم ومن ثم عفي عن قليله ولم يعف عن البول مطلقاً
ما فيه ان يساويه وهو قياس لا نقول به ولا ريب ان الحاق باقي النجاسات بالبول احوط ثم ان انفصلت الغسالة عنه بنفسها كالحجر ذي المسام والبدن
الخالي عن الشعر الذي يمسك الماء لم يفتقر الى عصر وان لم ينفصل به ونحو كالثوب افتقر التطهير اليه وان لم ينفصل بها كالعجين والمايعات لم يطهر بالقليل
وفي طهرها بالكثير مع امتزاجها به وجه ضعيف قوله وقيل يعيد في الوقت هذا هو الاجود جمعاً بين الاخبار وجاهل حكم النجاسة عامد لان الناس
كالعامد في عدم الاثم قوله فان امكنه القاء الثوب وستر العورة بغيره وجب واتم بناء على عدم الاعادة في الوقت والا استانف مطلقاً مع سعة الوقت بحيث
يدرك منها ركعة فيه والا استمر هذا اذا علم سبق النجاسة على الصلوة ولو احتمل حدوثها في الرؤية تعين مع الامكان كما ذكر قوله والمربية للصبي اذا
لم يكن لها الا ثوب واحد غسلته كل يوم مرة لا فرق هنا بين الصبي والصبية لان مورد الرواية المولود وهو شامل لهما والحق به الولد المتعدد والمربية المربي
والمربية الثوب الواحد عن المتعدد فانه يجب الغسل حينئذ بحسب الامكان كما يجب غسل البدن هذا اذا لم يحتج الى لبسها دفعة والا فكالمتحد والرخصة مقصورة
على نجاسته بول الولد وقيل او بغايطه لا بغيرهما من النجاسات وان كان من الولد اقتصاراً بالرخصة على مورد النص قوله على الصلوة الواحدة في كل واحد
منهما منفرداً على الاظهر خالف في ذلك ابن ادريس فمنع من الصلوة فيهما وحتم الصلوة عارياً لاشتراط الجزم في النية وهو غير حاصل في كل واحد على انفراده
واجيب بان الجزم حاصل بهما لان يقين البرائة لما توقف على صلوتين لحصول الستر الواجب فكل منهما واجبة وان كان ذلك من باب المقدمة وهو كاف حيث
لا يوجد ثوب منه فلو امكن الستر بثوب طاهر غيرهما تعين ولو تعددت الصلوة فيهما وجب مراعاة الترتيب فيصلي الظهر في احد الثوبين ثم في الآخر ثم يصلي في
الآخر ثم يصلي العصر ولو في الثاني ثم يصليها في الآخر ولو تعددت الثياب النجسة واشتبهت وجب تكرير الصلوة بحيث يزيد على عدد النجس بواحد
الصلوة في ثوب طاهر قوله الا ان يضيق الوقت فيصلي عارياً بل الاصح تخيره الصلوة في احدها لامكان كونه الطاهر رعاية لفقد وصف الساتر وهو اولى
من فوات الساتر نفسه هذا اذا لم يسع الوقت الا الواحد والا وجب الصلوة في الممكن قوله ويجب ان يلقي الثوب النجس عرياناً ويصلي اذا لم يكن هناك غيره
هذا هو المشهور والاصح التخيير بين الصلوة فيه وعارياً والصلوة فيه افضل لرواية علي بن جعفر عن اخيه موسى عليهما السلم قوله والشمس اذا جففت البول
وغيره من النجاسات عن الارض والبواري والحصر طهر موضعه المراد بغير البول من النجاسات ما شابه البول في عدم الجرمية كالماء النجس والدم الذي قد ازيل
جرمه والا لم يطهر بتجفيفه مع بقاء جرمه ويشترط كون التجفيف باشراق الشمس على النجاسة فلا يكفي جفافها بالحرارة او بالهوى المشارك لها نعم لو شاركت اشراق
لم يضر لعدم الانفكاك عنه ومتى اشرقت الشمس على النجس مع رطوبة المحل طهر الظاهر والباطن اذا جف الجميع بها مع اتصال النجاسة واتحاد الاسم
التي دخلت فيها النجاسة دون وجهي الحائط اذا كانت النجاسة فيهما غير خارقة لم واشرقت على احدهما خاصة ودون الارض والحائط اذا اشرقت على احدهما
وان كانا متصلين قوله وكذا كل ما لا يمكن نقله المراد عدم الامكان عادة لا مطلق الامكان وهو ضابط الطهارة وعدمها سواء قطعت النباتات ام لا
قوله ويطهر النار ما احالته رماداً او دخاناً لا خزفاً وآجراً قوله والتراب باطن الخف واسفل القدم والنعل المراد بالباطن والاسفل ما يستر بها
الارض حال الاعتماد فلا يطهر حافاتها ويدخل في حكم التراب الحجر والرمل وغيرهما من اصناف الارض ولو عبر بها كان اولى ولا يشترط المشي بل المعتبر زوال النجاسة
عنها ولو بالمسح ويشترط طهارة الارض وجفافها والقبقاب من اصناف النعل وخشبة الاقطع ملحقة بالرجل او النعل ولا يلحق به اسفل العصا ورأس
الرمح وما شاكل ذلك قوله وماء الغيث لا ينجس في حال وقوعه ولا حال جريانه من ميزاب وشبهه الا ان تغيره النجاسة اشار بذلك الى الرد على الشيخ
حيث شرط في عدم تنجسه بالنجاسة جريانه من ميزاب ونحوه وكما لا ينجس ماء الغيث بغيره مع عدم تغيره كذا يطهر كالكثير لكن يشترط في تطهيره للماء النجس
صدق اسمه ولا يكفي نحو القطرات اليسيرة وفي تطهيره للارض النجسة ونحوها استيعابه للمحل كما يشترط ذلك في الكثير قوله والماء الذي يغسل به
النجاسة نجس سواء كان في الغسلة الاولى او الثانية رد بذلك على الشيخ حيث حكم بطهارة ماء الغسلة الثانية فيما يفتقر الى الغسل مرتين بناء على

ماء كل غسلة كمغسولها بعدها وبقوله سواء كان ملوناً بالنجاسة او لم يكن تنبيه على خلاف المرتضى حيث حكم بطهارة جميع ماء الغسالة مع عدم تغيرها بالنجاسة وفي المسئلة ١٩
اقوال اخر وحكم المصيب بنجاسة الماء المذكورة يعلم منه حكم ما اصابه من انه هل يغسل كما يغسل المحل الاول قبل هذه الغسلة او قبل الغسل بأسره والذي اختاره
جماعة من المتاخرين الاول وعليه العمل قوله وكذا القول في الاناء على الاظهر الخلاف راجع الى اصل المسئلة لا الى الاناء اذ لا خصوصية له في الخلاف قطعاً
قوله وقيل في الذنوب التي على نجاسة على الارض او الذنوب بفتح الذال المعجمة الدلو الملأ ومستند القول قصة الاعرابي الذي بال في المسجد بحضرة النبي
فامر بالقائه والمشهور عدم الطهارة به الا ان يكون كرا وحملت الرواية على ذلك وعلى ان الراحة وعلى اعدادها بالازالة بالشمس قوله وقيل يجب اجتناب
موضع الفضة نسبه الى القول لعدم حكمه به وقد صرح في المعتبر باستحبابه والاصح الوجوب والمراد بالاجتناب عزل الفم عن موضع الفضة في الاكل والشرب
لقوله واعزل فاك عن موضع الفضة والامر للوجوب قوله وفي جواز اتخاذها لغير الاستعمال تردد والاظهر المنع هذا هو المشهور ولا فرق في ذلك بين اتخاذها
للقنية او لتزيين المجالس او لغيرهما قوله ولا يحرم استعمال غير الذهب والفضة من باقي المعادن كالفيروزج والياقوت والزبرجد للاصل وخفاء نفاستها
ذلك على اكثر الناس ولا يلزم منه ما يلزم من النقدين من الخيلاء وكسر قلوب الفقراء قوله واواني المشركين طاهرة حتى تعلم نجاستها وكذا سائر ما بايديهم
مما لا يشترط فيه ولا في اصله التذكية لقول الصادق ع كل شئ طاهر حتى تعلم انه قذر وليس العلم مقصوراً على الادراك بالحواس بل ما يحصل به العلم من طرقه
الموجبة له كالخبر المحفوف بالقرائن ونحوه قوله ولا يجوز استعمال شئ من الجلود الا ما كان طاهراً في حال الحيوة ذكياً هذا اذا قبل الذكاة بان كان له نفس
فلو لم يكن له نفس فهو طاهر ولا ينجس بالموت فيجوز استعمال جلده كالسمك قوله ويستحب اجتناب ما لا يؤكل لحمه حتى يدبغ بعد ذكاته خروجاً من خلاف القائل
بتوقف استعماله على الدبغ قوله ويغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثاً اولاهن بالتراب على الاصح ولوغ الكلب لغة شربه مما في الاناء بطرف لسانه ويلحق به
لطعه بطريق اولى دون مباشرته بباقي اعضائه ووقوع لعابه في الاناء بل هو كسائر النجاسات على المشهور ويشترط طهارة التراب لا مزجه بالماء بل لو خرج
به عن مسمى التراب لم يكف ولو فقد التراب قيل باجزاء مشابهه كالاشنان والاولى بقاؤه على النجاسة كما لو عدم الماء ولو خيف فساد المحل باستعمال التراب
فكالمفقود ولو تكرر الولوغ قبل التطهير تداخل وفي الاثناء يستانف ويكفي في تطهير الاناء في القليل ان يصب فيه الماء ثم يحرك حتى يستوعب العدد ولو
غسل في الكثير كفت المرة بالماء بعد التعفير ونبه بالاصح على خلاف المفيد حيث جعل التعفير وسطاً وعلى ابن الجنيد حيث اوجب غسله سبعاً وعلى ابن
ادريس حيث اوجب مزج التراب بالماء قوله ومن الخمر والجرذ ثلثاً الجرذ بضم الجيم وفتح الراء كبير الفار ولا فرق هنا بين انواع الفار والاحوط الغسل منهما
سبعاً وموضع الخلاف نجاستها المستندة الى الموت اما غيره فكباقي النجاسات ويجب ايضاً الغسل من ولوغ الخنزير سبعاً

كتاب الصلوة

قوله والكسوف والزلزلة والآيات في جعل الكسوف والزلزلة قسيمين للآيات اشكال لان الآيات تشملها فيكونان قسمين لا قسيمين فان قسم الشئ داخل
فيه وقسيمه خارج عنه مندرج معه تحت شئ آخر فالاصوب جعل الاقسام سبعة كما صنع الشيخ ره وفي ادخال الصلوة الاموات فيها اشعار باختيار
وقوع الصلوة عليها بطريق الحقيقة وفيه بحث والمراد بالملتزم النذر والعهد واليمين والتحمل عن الغير ولو باستيجار واما الاحتياط والقضاء فا
لاولى كونهما من اقسامه مع احتمال دخولهما في اليومية ودخول القضاء لا غير قوله ويسقط من كل رباعية في السفر ركعتان وكذا في الخوف قوله اربع و
ثلثون ركعة على الاظهر الاشهر اي في الروايات وروي في غير المشهور انها ثلث وثلثون باسقاط الوتيرة وتسع وعشرون باسقاط ركعتي الوتيرة
وست من نافلة العصر والركعتين من نافلة المغرب وزيادة ركعتين للظهر بعدها وركعتين للعشاء قبلها وروي سبع وعشرون باسقاط ركعتي
العشاء الكاينة قبلها واختلاف الاخبار منزل على الاختلاف في المؤكد لا في اصل الاستحباب قوله وعقيب العشاء ركعتان من جلوس تعدان بركعة
من قيام ويجوز فعلهما من قيام لخبر سليمان بن خالد عن الصادق ع ويصليان ركعتين ايضاً وعدهما بركعة باعتبار كون ثوابها ثواب ركعة من قيام وغيرها
او لانهما بدل عن ركعتين من جلوس اذ هو الاصل فيهما والركعتان من جلوس تعدان بواحدة من قيام ومحلهما بعد التعقيب بعد كل صلوة يريد فعلها بعد
العشاء وفي تقديمهما على نافلة شهر رمضان او تاخيرهما عنها وجهان قوله والوتيرة على الاظهر هذا هو المشهور بل ادعى عليه ابن ادريس الاجماع وفي حكم
السفر الخوف قوله الا الوتر وصلوة الاعرابي صلوة الاعرابي عشر ركعات كالصبح والظهرين كيفية وترتيباً ووقتها يوم الجمعة عند ارتفاع النهار ولم يثبت
لها طريق في اخبارنا الا ان احاديث السنن يتسامح فيها قوله ويختص الظهر من اوله بمقدار ادائها المعتبر في ادائها بحالة المصلي في ذلك الوقت باعتبار
كونه قوياً وضعيفاً بطيئاً وسريعاً حاضراً ومسافراً الى غير ذلك من الاحوال ككونه عند دخول الوقت محدثاً عارياً او متطهراً مستتراً فالمعتبر من الوقت المختص
بالفريضة الاولى مضي مقدار ادائها للمصلي المعين مع اداء شرائطها المفقودة حتى لو فرض كونه في حال شدة الخوف وقد دخل عليه الوقت جامعاً
للشرائط فوقت الاختصاص بالنسبة اليه مقدار صلوة ركعتين عوض كل ركعة تسبيحات اربع مع ما يضاف اليها ووقت تلافي ما يجب تلافيه من
الاجزاء المنسية من وقت الاختصاص في كون وقت الاحتياط وسجود السهو من وقت الاختصاص نظر قوله وما بينهما مشترك معنى الاشتراك امكان
وقوع كل واحدة منهما في الوقت المشترك على وجه وان كانت الاولى قبل الثانية مع العلم ويظهر فائدة الاشتراك مع الظن والنسيان كما سياتي قوله
بمقدار اربع على تقدير كونه حاضراً ولو كان مسافراً فقدر اثنتين كما مر ولو قال بمقدار ادائها كما صنع في غيرها كان اولى قوله المستطير في الافق
اي المنتشر الذي لا يزال في زيادة والمراد بالافق هنا دائرة عظيمة موهومة تفصل بين الظاهر والخفي من الفلك وقطباها سمت الراس والرجل
وانتشار الفجر فيه مجاز تسمية لمجاوره باسمه اذ الانتشار فوقه لا فيه قوله ويعلم الزوال بزيادة الظل بعد نقصه بناء على ما هو الواقع في البلاد الم
بالميل قوله بعد او بميل الشمس الى الحاجب الايمن او مبني على الغالب في الربع المسكون ولو اريد تعميم الفائدة زيد او حدوثه بعد عدمه كما صنع في غيره

العلامة ظهور الظل في جانب المشرق عند انحراف خط نصف النهار واعلم ان حدوث الظل بعد عدمه يتفق في بلاد التي عرضها الميل الاعظم او ينقص عنه لا في اطول ايام السنة في مكة وصنعاء كما قيل فتامل قوله او بميل الشمس الى الحاجب الايمن لمن يستقبل القبلة اي قبلة اهل العراق سواء في ذلك الركن العراقي وغيره لكن لا يعلم الزوال بهذه العلامة الا بعد مضي زمان طويل من اول الوقت فان قبلة العراق تميل عن خط الجنوب نحو المغرب كما سيأتي والاضبط من ذلك ان يستقبل نقطة الجنوب باخراج خط نصف النهار فيكون ميل الشمس الى الحاجب الايمن علامة الزوال قوله وقيل بذهاب الحمرة المشرقية يتحقق ذهابها بتجاوزها عما المشرق وحده قمة الراس وهو دائرة نصف النهار وهذا هو علامة سقوط القرص في الافق الحقيقي كما ان طلوعها فيه يكون قبل بروزها الى العين بيسير وقد نبه على ذلك في الاخبار قال الباقر اذا غابت الحمرة من هذا الجانب يعني المشرق فقد غابت الشمس من شرق الارض وغربها ومثله عن الصادق قوله والمماثلة بين الفيء الزائد والظل الاول وقيل بل مثل الشاخص المراد بالفيء ما يحدث من ظل الشمس بعد الزوال وبالظل ما يحدث منه قبله والمراد بالظل الاول الباقي منه عند الزوال فان البلد متى زاد عرضها عن ميل الشمس او كانت الشمس في البروج الجنوبية يبقى للشخص عند الزوال ظل شمالي فاذا زالت الشمس اخذ في الزيادة واعتبار المماثلة بين الفيء الزائد والباقي من الظل مع مخالفته للنصوص مستبعد جدا فان ذلك يوجب اختلاف الوقت على وجه لا يكاد ينضبط الاختلاف لاختلافه بالزيادة والنقصان كل يوم وقد يتفق عدمه اصلا فلا يتحقق المماثلة فالحكاه المص قولا هو الاجود والمراد بمماثلة الفيء للشخص زيادة على الظل الاول الذي كان عليه الشمس وكذا القول في المثلين والاقدام قوله وقيل اربعة اقدام للظهر وثمان للعصر المراد بالقدم هنا سبع الشخص والمراد ان الزائد متى صارت بمقدار اربعة اسباع الشخص خرج وقت الاختيار للظهر ومتى صار بقدر الشخص وسبعه خرج وقت العصر قوله هذا للمختار وما زاد على ذلك حتى تغرب وقت لذوي الاعذار كالمريض والمسافر وذي الحاجة الذي يضر فوتها ومقتضى هذا القول ان الصلوة بعد الوقت المذكور للمختار يصير قضاء وهو ضعيف قوله وعندي ان ذلك كله للفضيلة اشار بذلك الى جميع ما تقدم من قوله وقال اخرون الى اخره وهذا هو المشهور واعلم ان حاصل التفصيل بالفضيلة وغيرها ان الظهر لا يؤخر عن المثل اختيارا والعصر لا يؤخر عن المثلين ولا يضر جمعهما قبل فوات المثل اجماعا نعم الافضل تاخير العصر الى مضي المثل واما المغرب فلا يؤخر عن ذهاب الشفق كما لا يقدم العشاء عليه ولا يجمع بينهما في وقت واحد كما امكن ذلك في الظهرين فتامل قوله وقيل ما دام وقت الاختيار باقيا المراد بوقت الاختيار ما مر من المثل للظهر او الاربعة الاقدام والمثلين للعصر او الثمان وظاهر الاصحاب ان هذا الوقت باجمعه للنافلة فيبقى اداء ولا يزاحم الفريضة شيئا منه ويحتمل استثناء قدر الفريضة من اخره ايثارا لفضيلة الواجب فيحرز وجا من خلاف المانع من تاخيرها عنه اختيارا ولان الخطب في النافلة اسهل قوله فان خرج وقد تلبس ولو بركعة زاحم بها الفريضة مخففة يتحقق الركعة باكمال سجودها وان لم يرفع راسه منه والمراد بتخفيفها الاقتصار على اقل ما يجزي فيها كقراءة الحمد وحدها وتسبيحة واحدة للركوع والسجود ولو تادى التخفيف بالصلوة جالسا ففي ايثاره على القيام نظر من اطلاق الامر بالتخفيف وعدم النظر الى كمال الفضيلة وزيادة الافعال فضلا عن الهيئة ومن الحمل على المعهود وكون الجلوس اختيارا على خلاف الاصل قوله ولا يجوز تقديمها على الزوال الا يوم الجمعة ويزاد في نافلتها اربع ركعات فيصير نافلة الجمعة عشرين والافضل تفريقها ستا عند انبساط الشمس وهو انتشارها على وجه الارض وكمال ظهورها وست عند ارتفاعها وست عند قيامها قبل الزوال وركعتان بعده ودون تاخير الست الاولى وجعلها بين الفرضين ويجوز تقديمها باسرها على الزوال وتاخيرها عنه مقدمة على الفريضتين او مؤخرة عنهما او متوسطة او بالتفريق ويتوخى الجميع نوافل يوم الجمعة ولا يختص زيادة الاربع بالاصلية للجمعة بناء على ان الساقط ركعتان فيستحب الاتيان بدلهما والنافلة ضعف الفريضة لاطلاق الاصحاب والاخبار قوله ولو لم يكن صلى النافلة اجمع بدأ بالفريضة هذا اذا كان الخروج قبل الشروع بان لا يكون قد صلى منها شيئا او صلى ركعتين ولم يشرع في الاخريين اما لو خرج في اثناء ركعتين اتمهما سواء في ذلك الاوليان والاخريان للنهي عن ابطال العمل قوله ولا يجوز تقديمها على الانتصاف الا لمسافر يصده جده او لشاب يمنعه رطوبة راسه ومثلهما خائف البرد والجنابة ومن يصعب عليه الغسل وغيرهم من ذوي الاعذار والمراد بنافلة الليل هنا الاحدى عشر وتقصد في نية التعجيل ولو نوى الاداء صح واولى وقتها بعد صلوة العشاء قوله ولو لم يكن تلبس منها باربع يحصل الاربع باكمال السجدة الاخيرة من الرابعة قوله وان كان تلبس باربع تممها مخففة بالحمد وحدها مقتصرا على الاقل في الاذكار ولا فرق في الاتمام بين ان يكون التاخير لضرورة وغيرها ومن جملتها الشفع والوتر كاملة قوله ويجوز ان يصليهما قبل ذلك بعد صلوة الليل ويسميان لذلك بالدساستين لدسهما في صلوة الليل قوله ويصلي النوافل ما لم يدخل وقت فريضة بناء على عدم جواز النافلة لمن عليه فريضة والاصح الجواز ما لم يضر بالفريضة ويستثنى من حكم المصنف نافلة الراتبة قبل الفريضة كنافلة الظهرين قوله وقد مضى مقدار الطهارة واداء الفريضة وجب عليه قضاؤها هذا مبني على الغالب من وجود باقي الشرائط غير الطهارة كالستر وتحصيل القبلة وغيرهما والا فالشرط ادراك قدر الصلوة وشرايطها المفقودة بعد دخول الوقت فلو لم يكن مستترا بما يجمع معه الصلوة فلا بد من مضي قدر ما يستتر به مضافا الى ما ذكر كما انه لو كان متطهرا لم يعتبر مضي مقدار الطهارة والمعتبر في اداء الفريضة فعل اخف صلوة يمكن الاجزاء بها في تادية الواجب في ذلك الوقت فلو كان في مواضع التخيير بين القصر والاتمام كفى في الوجوب مضي مقدار الصلوة قصرا فلو طول زيادة على ذلك فعرض المانع من الاكمال وجب القضاء وحكم وسط الوقت حكم اوله وكان عليه ان يذكره لتصير الاقسام ثلثة قوله وان ادرك الطهارة وركعة من الفريضة لزمه اداؤها الحكم هنا كما تقدم من ان المعتبر قدر ركعة بعد حصول الشرائط المفقودة سواء في ذلك الطهارة وغيرها ويشترط في استقرار الوجوب خلو ما يسع باقي الصلوة من المانع فلو عرض الجنون مثلا بعد مضي مقدار ركعة من اخر الوقت بحيث لا يمكن اكمالها قبله لم يجب القضاء كما في عروضه اول الوقت لاستحالة التكليف بعبادة في وقت يقصر عنها وبهذا يحصل الفرق بين اول الوقت واخره قوله ويكون مؤديا في الجميع على الاظهر لعموم قوله من ادرك ركعة من الوقت فقد ادرك الجميع ولا شك ان

مدركا للجميع مؤداة فكذا ما هو بحكمه وقيل يكون قاضيا للجميع اما ما زاد عن الركعة الاولى فظاهر لوقوعه في غير الوقت واما الركعة الاولى فلوقوعها في الجزء المختص بالوقت وهو وقت الركعة الاخيرة فقد وقعت في غير وقتها ايضا وقيل بالتوزيع اعطاء لما وقع في الوقت وبعده حكمه والخبر حجة عليهما قوله ولو ادرك خمس ركعات قبل الغروب لزمه الفريضتان ومثله ما لو ادرك قدرها قبل الانتصاف لا اذا ادرك قدر اربع وان كان للعشاء منها ركعة لاختصاص العشاء من اخره بقدر ادائها قوله الصبي المتطوع بوظيفة الوقت المراد لم يستانف بناء على ان عبادته تمرينية لا شرعية فلا يوصف بالصحة والفساد ولا فرق في ذلك بين الطهارة والصلوة ولا بد من ادراك قدر الطهارة وركعة والا بنى على نافلته استحبابا ولا يرد خروجه عن اهلية التمرين بالبلوغ فيشكل اتمامها لانتفاء التمرين والتكليف لانه بالنسبة الى هذا الوقت في حكم الصبي والنهي عن قطع العمل الذي افاد استحباب المضي عليه قوله فان فقد العلم اجتهد في تحصيل الوقت بالامارات المفيدة له ولو ظنا كالاوراد لذي الصنعة والدرس وغيرها ولا فرق في ذلك بين الاعمى والممنوع من العلم بحبس او غيم او غيرها ويجوز لمن هذه حالته العلم الرجوع الى العدل العارف المخبر عن علم والى المؤذن العدل ولا يجوز مع امكان العلم على المشهور قوله ولو قبل التسليم لم يعد على الاظهر خالف في ذلك جماعة من الاصحاب حيث شرطوا في صحة الصلوة مع الاجتهاد وقوع جميعها في الوقت والمشهور ما اختاره المص ويجب تقييده بالقول بوجوب التسليم والا فلا من تقييده بدخول الوقت قبل اكمال التشهد قوله عدل بنيته ما دام العدول ممكنا يتحقق الامكان بعدم الركوع لركعة زائدة على عدد المعدول اليها فلو كانتا متفقتين صبحا عدل اليها ما لم يركع في الثالثة او مغربا ما لم يركع في الرابعة ولو كانتا متساويتين عددا عدل مطلقا ما لم يتم الصلوة ومعنى العدول ان ينوي بقلبه ان هذه الصلوة بمجموعها ما مضى منها وما بقي هي السابقة المعينة مؤداة او مقضية الى اخر ما يعتبر في النية واحترز باليومية عن غيرها من الصلوة الواجبة حاضرة كانت او فائتة ام بالنذرين كالعيد والايات والجنازة فانها لا يترتب بعضها على بعض بالاصالة وكذا لا ترتيب بينها وبين اليومية على المشهور قوله والا استانف المرتبة اي السابقة بعد اكمال ما هو فيها ان لم يكن اكملها ويتفق الترتيب للنسيان وفي تسميته السابقة مرتبة تجوز قوله وتكره النافلة المبتداة فالمراد بالمبتداة ما يخترعه الانسان من النوافل التي لا سبب لها متقدما ولا مقارنا لهذه الاوقات ومعنى كراهة العبادة في هذه المواضع ونظائرها كونها خلاف الاولى فينقص ثوابها عن فعلها في غير هذه الاوقات لا الكراهة المتعارفة واعلم ان الكراهة عند الطلوع يمتد الى ان ترتفع وتذهب الحمرة ويستولي شعاعها والمراد بغروبها ميلها الى الغروب وهو اصفرارها ويمتد الكراهة الى ذهاب الحمرة المشرقية والمراد بقيامها ارتفاعها ووصولها الى دائرة نصف النهار المعلوم بانتهاء نقصان الظل وهذه الثلثة تعلق النهي فيها بالوقت قوله وبعد صلوة الصبح والعصر يمتد الكراهة بعد صلوة الصبح الى طلوع الشمس وبعد العصر الى الغروب فيفصل الكراهة من الفعل الى الوقت قوله ولو صلى الى ربع الليل بل يجب المتاخر ولو صار ثلث الليل المسمى محمد بن مسلم الافضل المغرب حتى تاتي جمعا وان ذهب ثلث الليل وجمع بفتح الجيم واسكان الميم المشعر قوله حتى يسقط الشفق وكذا يستحب تاخير العصر حتى يصير ظل كل شيء مثله قوله حتى ياتي بنافلتها وكذا يؤخر الصبح حتى ياتي بنافلتها ان لم يكن قدمها على الفجر قوله والمستحاضة تؤخر الظهر والمغرب الى اخر وقت فضيلتهما وتقدم العصر والعشاء في اول وقت فضيلتهما فيحصل الجمع بين الصلوتين في وقت الفضيلة بغسل واحد وذلك حيث يجب عليها الغسل لهما قوله فان ذكر وهو فيها عدل بنيته لا فرق في جواز العدول بين وقوع الثانية في الوقت المختص بالاولى او في المشترك ومن ثم اطلق هنا وفصل بعد ذلك قوله فان كان صلى في اول وقت الظهر اه انما قيد بالظهر لان العشاء لا ياتي فيها ذلك لدخول المشترك وهو فيها نعم لو فرض سهوه عن بعض الافعال التي لا يبطل تداركها بحيث يساوي ركعة فما زاد امكن وقوعها في المختص ومساواتها للظهر ولو فرض تطويله العصر عن المعتاد بالاذكار المندوبة والطمأنينة الزائدة عن الواجب امكن صحتها وان وقعت في اول الوقت واعلم ان فرض وقوع العصر في اول وقت الظهر مع ظنه انه صلى الظهر مستبعد لان ظن الصلوة يقتضي مضي زمان بعد الظهر ويمكن فرض ذلك فيما لو كان مستند تحصيل الوقت الظن لغيم ونحوه فانه يمكن خلاف ما ظنه ولو فرض انه صلى العصر ناسيا في المختص بالظهر كان الفرض سهلا وينبه بالاشتراك على خلاف ابن بابويه القائل باشتراك الصلوتين في الوقت بالجملة وخلاف بعض الاصحاب حيث شرط في الصحة وقوع مجموع الثانية في المشترك قوله القبلة وهي الكعبة لمن كان في المسجد اه هذا قول اكثر الاصحاب ومستنده اخبار ضعيفة السند او مرسلة والذي اختاره المتاخرون ان القبلة هي عين الكعبة لمن امكنه مشاهدتها ولو بمشقة يمكن تحملها عادة كمن في بيوت مكة او بالابطح وما جاز مع عدم المانع ومع البعد او تعذر المشاهدة او مشقتها بحيث لا يتحمل كمن كان مريضا في بيوت مكة او محبوسا فالقبلة هي جهة الكعبة والمراد بالجهة القدر الذي يجوز على كل جزء منه كون الكعبة فيه ويقطع بعدم خروجها عنه لامارة يجوز التعويل عليها شرعا واحترز بالقيد الاخير عن فاقد الامارات بحيث يكون فرضه الصلوة الى اربع جهات فانه يجوز على كل جزء من الجهات الاربع كون الكعبة فيه ويقطع بعدم خروجها عنه لكن لا لامارة شرعية وكذا ضال الكعبة في جهتين او ما زاد وهذه الجهة المذكورة يختلف سعة وضيقا بحسب البعد عن الكعبة والقرب اليها فان الجرم الصغير كلما ازداد الشخص بعدا عنه اتسعت جهة محاذاته ومن ثم يشترك اهل الجهة الواحدة كالشام والعراق في سمت واحد ولا بد في تحقق ذلك من ضرب من الاجتهاد فان العلامات ليست ضوابط لاهل الجهات كلها مستفادة من الهيئة الا بعض علامات العراق كما ذكره الاصحاب وغيرهم قوله وجهة الكعبة هي القبلة لا البنية المراد ان القبلة تمتد محاذية للكعبة علوا وسفلا من عنان السماء الى تخوم الارض ولا عبرة بالبنية فلو صلى على مرتفع عنها كجبل ابي قبيس او في سرداب استقبل هذا المقدار المساوي لجرم الكعبة وكذا القول فيما لو زالت البنية والعياذ بالله قوله على كراهية في الفريضة انما كرهت الصلوة في جوف الكعبة مع ان المعتبر في الصلوة اليها الصلوة الى جزء من اجزائها وهو حاصل للخروج من خلاف القائل بالمنع استنادا الى ان المصلي فيها ليست اليها والمامور به الصلوة اليها وقد عرفت ان المراد بالصلوة اليها الصلوة الى جزء من اجزائها وعللت الكراهية ايضا بجوار الجماعة فيها فربما ادى الى كثرة المستدبر لها وهو علة نادرة قوله وقيل يستلقي على ظهره القائل بذلك الشيخ رحمه في الخلاف وفرضه الايماء للركوع والسجود كالمريض المستلقي وهو ضعيف قوله

٢٢ ولو استطال صف المأمومين حتى خرج بعضهم عن سمت الكعبة بطلت صلوة ذلك البعض لوجوب استقبال العين للقريب بخلاف البعيد فان الجهة متسعة كما
قوله واهل العراق الى العراقي هذا على سبيل التقريب والا فمن اهل العراق انما يستقبلون الباب وما قاربه واهل الشام يستقبلون ما بين الميزاب والركن ومع ذلك
فالمعتبر عند المص في البعيد استقبال الحرم وعند غيره الجهة وهي اوسع من ذلك قوله واهل العراق ومن والاهم يجعلون الفجر على المنكب الايسر المراد بمن
والاهم من كان في جهتهم بحيث يقاربهم في طول بلدهم وهم اهل خراسان ومن ناسبهم كما ذكره جماعة من الاصحاب وان كان التحرير التام يقتضي احتياجهم الى زيادة
انحراف يسير نحو المغرب وينبغي ان يراد بالفجر والمغرب ما بين الاعتدالين ليمكن موافقته لباقي العلامات بحمل العموم على بعض الافراد الخاصة فان جعل مشرق
الاعتدال او مشرقه كلاً يوجب استقبال نقطة الجنوب واستدبار نقطة الشمال وذلك لا يطابق جعل الجدي طالعا خلف المنكب الايمن بل يوجب كونه
بين الكتفين وتحرير المحل ان العلامات الثلاث لقبلة العراق ليست على وتيرة واحدة فان الاولى اذا اخذت عامة امكن تطابقها لنقطة الجنوب وما مال
عنها الى المشرق والمغرب لاختلاف مطالع الفجر وهذا غير مراد قطعا وان حملت على الاعتدالين وافقت الثالثة لان الشمس عند الزوال يكون على دائرة
نصف النهار المتصلة بنقطتي الجنوب والشمال فيكون ح لمستقبل نقطة الجنوب بين العينين فاذا زالت مالت الى طرف الحاجب الايمن واما جعل الجدي محاذي
المنكب الايمن فانه يقتضي انحرافا بينا نحو المغرب كما يقتضي جعله خلف المنكب الايسر الانحراف نحو المشرق وذلك لان الجدي حال طلوعه وهو غاية ارتفاعه يكون على
دائرة نصف النهار كما ان كل كوكب يكون عليها عند غاية ارتفاعه وهي متصلة بنقطتي الجنوب والشمال كما مر فيكون جعل الجدي بين الكتفين باليقين موجبا
لاستقبال نقطة الجنوب وجعله على احد المنكبين موجبا للتشريق او التغريب كما لا يخفى والتحقيق في هذا المقام المستند الى مقدمات ان اطراف العراق
الغربية كالموصل وما والاها تماما قبلتهم نقطة الجنوب تقريبا وعلامتهم جعل المشرق والمغرب على اليمين واليسار كما ذكر واوساط العراق كبغداد والمشهدين
يميلون الى المغرب قليلا وعلامتهم جعل الجدي طالعا خلف المنكب الايمن واطرافه الشرقية كالبصرة وما والاها يحتاج فيها الى زيادة انحراف نحو المغرب فا
لعلامات المذكورة كلها صحيحة في الجملة ويحتاج تحقيقها الى ضرب من النظر قوله والجدي محاذي المنكب الايمن الجدي مكبرا وربما صغر ليتميز عن البرج وهو
نجم مضيء يدور مع الفرقدين حول قطب العالم الشمالي والمراد بالقطب نقطة مخصوصة يقابلها مثلها من الجنوب انخفاضها في الارض بمقدار ارتفاع الشمالية
عنها واقرب من الكواكب اليها نجم خفي لا يكاد يدركه الا حديد البصر يدور حولها كل يوم وليلة دورة لطيفة لا يكاد يدرك ويطلق على هذا النجم القطب مجازا
لمجاورته للقطب الحقيقي وهو علامة لقبلة العراقي اذا جعله المصلي خلف منكبه الايمن ويخلفه الجدي في العلامة اذا كان في غاية الارتفاع او الانخفاض
وانما اشترط ذلك لكونه في تلك الحال على دائرة نصف النهار وهي مارة بالقطبين وبنقطتي الجنوب والشمال فاذا كان القطب ساميا لنصف المصلي
كان الجدي مسامتا له لكونهما على دائرة واحدة بخلاف ما لو كان منحرفا نحو المشرق والمغرب قوله ويستحب لهم التياسر الى يسار المصلي منهم قليلا بناء على ان
توجههم الى الحرم وانصاب الحرم مختلفة عن يمين الكعبة وشمالها فانه كما ورد في الخبر ثمانية اميال عن يسارها واربعة عن يمينها فامروا بالتياسر ليتوسطوا الحرم
والجهة محصلة على التقديرين فان التياسر منها اليها ومستند الحكم اخبار ضعيفة ومبنى على قول لا عمل عليه والقول بالاستحباب ضعيف قوله مع العلم بجهة القبلة
فان جهلها عول على الامارات المفيدة للظن ليس المراد بالامارات هنا ما هو مذكور في كتب الفقه لتحصيل الجهة كالجدي ونحوه فان تلك مفيدة العلم بالجهة
اذا حررت على وجهها بل المراد بالامارات المفيدة للظن الرياح الاربع ومنازل القمر ونحوها مما لا ينضبط غالبا فانهم جوزوا التعويل عليها عند تعذر غيرها
من الامارات المفيدة للعلم بالجهة كالكواكب اما الرياح فانما يكون علامة عند تحققها ولا يكاد يتفق لغير الماهر في معرفة طبائعها ومثارها الا مع العلم
بالجهات الاربع ومعه يستغنى عن الاستدلال بها واما القمر فانه يكون ليلة السابع من الشهر في قبلة العراقي او قريبا منها عند المغرب وليلة الرابع عشر منه
نصف الليل وليلة الحادي والعشرين عند الفجر الا ان ذلك كله تقريبي لا يستمر على وجه واحد لاختلاف حركات القمر ولذلك اشترط التعويل عليها بفقد العلامات
الثابتة كالجدي قوله وقيل يعمل على اجتهاده ويقوى عندي ان المراد بالمجتهد هنا العارف بادلة القبلة المذكورة في كتب الفقه وغيرها ووجه القوة رجحان خبر
الغير في نفسه فيكون المصير اليه اولى من الطرف المرجوح ويضعف بان الرجوع الى الغير تقليد لا يجوز المصير اليه مع امكان الاجتهاد نعم لو كان المخبر عدلا عن علم
اتجه تقديمه على اجتهاده قوله فاخبره كافر وقيل لا يعمل ويقوى انه بل الاصح وجوب الصلوة الى اربع لفقد شرط التقليد ووجوب التثبت عند خبر الفاسق
فضلا عن الكافر قوله ويعول على قبلة البلد اذا لم يعلم انها بنيت على الخطاء قبلة البلد تشمل المنصوبة في المساجد والقبور والطرق وغيرها ولا فرق بين البلد
الكبير والصغير واللام فيه للعهد الذهني وهي بلاد المسلمين فلو وجد محرابا في بلد لا يعلم اهله لم يجز التعويل عليه كما لا يجوز التعويل على القبور المجهولة والمحاريب
المنصوبة في الطرق النادر مرور المسلمين عليها ونحو القبر والقبرين للمسلمين ويتخير المصلي مع وجود قبلة البلد بين تقليده واجتهاده فان اجتهد فاداه
اجتهاده الى خطاء القبلة في التيامن والتياسر وجب المصير اليه لامكان الغلط اليسير على الخلق الكثير كما وقع في كثير وان اداه الى المخالفة في جهة كاملة
لم يجز المصير اليه هذا كله في غير محراب صلى فيه معصوم كمسجد النبي ص ومسجد الكوفة ومسجد البصرة وان كان ناصبه غير امير المؤمنين ع لان صلوته فيه كافية
فلا اجتهاد في هذه المساجد ونظائرها لعدم جواز الخطاء على المعصوم قوله ومن ليس متمكنا من الاجتهاد كالاعمى يعول على غيره مقتضى الاطلاق عدم
الفرق بين من كان عالما بالامارات لكنه ممنوع منها بالعارض كغيم ونحوه او جاهلا بها مع عدم القدرة على التعلم كالعامي عند ضيق الوقت او لا يقدر عليه
اصلا كالاعمى فيجوز التقليد للجميع مع تعذر الاجتهاد والحكم في الاعمى جيد في محله وفي غيره خلاف والذي ذهب اليه الاكثر وجوب صلوة الاول الى اربع
جهات والمشهور في الجاهل غير القادر على التعلم جواز التقليد كما ذكر وحيث سوغ التقليد وجب تقليد العدل العارف بادلة القبلة المخبر عن يقين
او اجتهاد سواء كان المخبر رجلا او امرأة حرا ام عبدا فان ذلك من باب الاخبار لا الشهادة ولو امكن تحصيل القبلة بمحراب ونحوه قدم على التقليد وكذا
لو قدر على المخبر بكون الجدي منه على الموضع المعتبر قدم على المقلد في اصل القبلة قوله ولو فقد العلم والظن اه يدخل في ذلك الاعمى اذا لم يجد من يرجع

لم تقابله

٢٣ لتقليده والمراد بالصلوة الواحدة ما لو اجتمع فرضان في وقت كالظهرين لم يجز الشروع في الثانية حتى يصلي الاولى الى اربع ليحصل يقين البراءة من الاولى عند الشروع
في الثانية كالصلوة في الثوبين احدهما نجس مشتبه فيصير المصلي الى الاربع جهات بمنزلة فعلها مرة عند انضاح القبلة ويجب في الاربع كونها على خطين مستقيمين
وقع احدهما على الاخر بحيث يحدث عنهما زوايا قائمة لانه المفهوم منها مع احتمال الاجتزاء بما هو اوسع من ذلك ويطرد الصلوة الى اربع في جميع الصلوة حتى
الجنازة وكذا تغسيل الميت دون احتضاره ودفنه وكذا الذبح والتخلي قوله على الراحلة الا عند الضرورة كما في صلوة المطاردة او المرض المانع من النزول
او الخوف وغيرهما من الاعذار ويجب تحري الاقرب الى القبلة فالاقرب عند تعذرها ومراعاة باقي الشرائط والاركان بحسب الامكان والانحراف بالدابة عن
القبلة في حقه بمنزلة الانحراف عنها لغيره فيبطل مع التعمد او مط مع الاستدبار كما سياتي تفصيله الا ان كان لجماحها وان طال الانحراف مع تعذر استقبالها
ولو بالركوب مقلوبا ولو تعارض الركوب والمشي قدم اكثرهما استيفاء للشرائط والاركان فان تساويا رجح المشي قوله وكذا المضطر الى الصلوة ماشيا
ويجب عليه الاقتصار على ما يتادى به الحاجة كما يجب في تلك في الراكب والتحرز عن ملاقاة النجاسة غير المعفو عنها ثوبا او بدنا بحسب الامكان قوله وهل يجوز
الفريضة على الراحلة اختيارا قيل نعم وقيل لا وهو الاشبه هنا هو الاجود لصحيحة عبد الرحمن عن الصادق ع لا يصلي على الدابة الفريضة الا مريض ولا فرق بين
المعقولة والمطلقة وفي حكمها السفينة المتحركة مع التمكن من مكان مستقر في غيرها ولو اضطر الى الصلوة فيها فكالدابة في وجوب مراعاة الاستقبال
واستيفاء الافعال بحسب الامكان قوله واما النوافل فالافضل استقبال القبلة بها ظاهره جواز فعلها الى غير القبلة اختيارا مطلقا والاصح انه مقصور
على الماشي والراكب لا غير ولا فرق فيهما بين الحاضر والمسافر ويوميان للركوع والسجود برأسهما او بالعين مع امكان بما هو اتم منه قوله فان عول على امارة ثم
وجدها والاشتباه لا اعادة لا فرق في وجوب الاعادة بين كون الصلوة واقعة الى القبلة او الى غيرها لدخوله فيها دخولا منهيا عنه والمراد بالامارة نحو ليله
على ما يظنه محراب مسجد او على شيء يضعه لم يبصر فتبين خلافه قوله فان كان منحرفا يسيرا فالصلوة ماضية والا اعاد في الوقت وقيل ان بان انه استدبرها
اعاد اه المراد بالاستدبار ما قابل جهة القبلة بمعنى ان كل خط يمكن فرض احد طرفيه جهة لها فالطرف الاخر استدبار ولو فرض وقوع خط مستقيم على هذا الخط
بحيث يحدث عنهما اربع زوايا قائمة فالخط الثاني خط اليمين واليسار فلو فرض خط اخر على الخط الاول بحيث يحدث عنهما زوايا منفرجة وحادة فما كان منه
بين خط اليمين واليسار وخط القبلة فهو الانحراف المغتفر وما كان منه بين خط الاستدبار وخط اليمين واليسار فهو بحكم اليمين واليسار لا الاستدبار وانما كان
كذلك لان الخبر الدال على اعادة المستدبر مط عبر فيه بلفظ دبر القبلة وهو لا يتحقق الا بما ذكر وما اختاره المص من الاعادة خاصة في الوقت مط هو الاجود لضعف
الرواية الدالة على التفصيل قوله فاما ان تبين الخلل وهو في الصلوة فانه يستانف على كل حال لوجوب الاعادة في الوقت مط وينبغي ان يقيد ذلك بكون
الاستيناف يوجب ادراك ركعة فصاعدا والا استقام متمما لاستلزام القطع القضاء والمفروض عدم وجوبه قوله اذا اجتهد لصلوة ثم دخل وقت
اخرى فان تجدد عنده شك استانف وقيد بذلك على الشيخ حيث اوجب تجديده مطلقا لم يعلم بقاء الامارات والقولان اتيا في طلب المتيمم الماء عند
حضور صلوة اخرى والمجتهد اذا سئل عن مسئلة اجتهد فيها واعلم ان موضع الخلاف هنا تجديد الاجتهاد لصلوة اخرى سواء كان وقتا لثانية قد دخل
ومنها الاجتهاد للاولى كالظهرين ام لا فالعبارة عنه بقوله ثم دخل وقت اخرى اخص من المدعى ولو قال لا يتعدد الاجتهاد بتعدد الصلوة كما صنع غيره كان
اشمل والامر سهل قوله وهل يفتقر استعماله الى الدبغ اه الاجود عدم الافتقار مط وان كره الصلوة فيه بدونه قوله ولا يصح الصلوة في شيء من ذلك
اذا كان مما لا يؤكل لحمه سياق البحث عن اللباس يقتضي كون المنع من ذلك مخصوصا بكونه لباسا فلو كان غيره كالشعرة الملقاة على الثوب لم يمنع الصلوة فيه
وربما قيل بالمنع مط وعلى كل حال فيستثنى من ذلك شعر الانسان لجواز الصلوة فيه متصلا وكذا منفصلا لعموم البلوى به ولحكم الكاظم ع بجواز الصلو
فيه والظاهر الفرق بين شعر المصلي وغيره لاطلاق الخبر قوله الا الخز الخالص الخز دابة ذات اربع تصاد من الماء اذا فارقته ماتت كالسمك وذكاتها
اخراجها من الماء وقد اجمع الاصحاب على جواز الصلوة في وبرها الخالص من الامتزاج بوبر الارانب والثعالب ونحوهما مما لا يصح الصلوة فيه لا مطلق الخلو
وفي جوازها في جلدها وجهان اصحهما الجواز لقول الرضا اذا حل وبره حل جلده وفائدة ذكاتها المتقدمة تظهر في الجلد لا في الوبر للاجماع على جواز الصلو
فيه مط قوله يجوز الصلوة في فرو السنجاب فانه لا ياكل اللحم التعليل بكونه لا ياكل اللحم موجود في الخبر عن الكاظم ع وكان المراد انه ليس سبعا ياكل اللحم فيمنع
الصلوة في جلده ويشترط في جواز الصلوة فيه تذكيته لانه ذو نفس والدباغ غير مطهر عندنا قال في الذكرى وقد اشتهر بين التجار والمسافرين انه غير
مذكى ولا عبرة بذلك حملا لتصرف المسلمين على ما هو الاغلب انتهى ولانه شهادة على غير محصور فلا يسمع قوله لا يجوز لبس الحرير المحض للرجال الحرير ما
لحمه عن الممتزج بغيره مما يجوز الصلوة فيه بحيث لا يطلق عليه بذلك اسم الحرير فان لبسه والصلوة فيه جائز وان كان الخليط عشرا كما صرح به المص
في المعتبر ما لم يضمحل الخليط بحيث يصدق على الثوب انه ابريسم لقلة الخليط لا اقل اجامع وجود ما يعتبر من الخليط ولا يتحقق المزج بخياطته بغيره
ولا بجعل بطانته منه وظهارته من غيره او بالعكس او يجعلهما معا من غيره وحشوهما به فان ذلك كله يلحق بالمحض واحترز بالرجل عن الصبي والمرأة و
الخنثى كالرجل هنا والقز نوع من الحرير وان غايره في الاسم قوله وافتراشه على الاصح وفي حكم الافتراش التدثر به اذ لا يعد ذلك لبسا وكذا التوسد
عليه قوله ويجوز الصلوة في ثوب مكفوف به بان يجعل في رؤس الاكمام والذيل وحول الزيق والخف بالبنية منه وهي الجيب لما روي من ان النبي ص كان له
جبة كسروانية لها لبنة ديباج وفرجاها مكفوفان بالديباج وقدرها بعض بقدر ذلك باربع اصابع مضمومة من مستوي الخلقة قوله الثوب المغصوب
لا يجوز الصلوة فيه مع ستر العورة به ومثله ما لو قام فوقه او سجد عليه اما لو لم يكن ساترا او كان المغصوب غير ثوب كالخاتم فالاولى انه كذلك واختار المص في
المعتبر الصحة لتعلق النهي بامر خارج عن الصلوة ومن شرطها قوله ولو اذن مط جاز لغير الغاصب على الاظهر اراد بالمطلق هنا ما يشمل العام كاذنت
لكل من يصلي فيه وانما لم يدخل الغاصب في الاطلاق والعموم لظاهر الحال المستفاد من العادة بين غلبة الناس من الحقد على الغاصب وحب مؤاخذته ومثله

النفوس مساعدة في مثل ذلك فيكون هذا الظاهر بمنزلة المخصص المتصل للعموم وقد تقرر في الاصول جواز التخصيص بمنفصل عقلي قوله لا يجوز الصلوة فيما
٢٤ ظهر القدم كالشمشك هو بضم الشين وكسر الميم نعل مخصوص والمراد بالساتر ما يغطي المفصل الذي بين الساق والقدم وشيئا من الساق وان قل بحيث يظهر الصلوة
في ذلك هو المشهور بين الاصحاب واستندوا في ذلك الى فعل النبي والصحابة والتابعين والائمة الصالحين فانهم لم يصلوا في هذا النوع ولا نقله عنهم ناقل
اذ لو وقع لنقل مع عموم البلوى به ولا يخفى عليك ضعف هذا المستند فانه شهادة على النفي غير المحصور فلا تسمع ومن الذي احاط علما بانهم كانوا لا يصلون
فيما هو كذلك ولو سلم لم يكن دليلا على عدم الجواز لجواز كونه غير معتاد لهم ولو تم ذلك لم تجز الصلوة في كل ما لم يصل فيه النبي والائمة فالقول بالجواز
اوضح نعم يكره خروجا من خلاف الجماعة قوله ان يكون مملوكا او ماذونا فيه يتحقق ذلك بملك العين او المنفعة كالمستاجر والموصى له بمنفعة توصيه ونحوها
كذا يتحقق الاذن بالتصريح في لبسه للصلوة او في اللبس مطلقا ولا يكفي شاهد الحال هنا كما في المكان اقتصارا فيما خالف الاصل وهو التصرف في مال الغير بغير اذنه
على محل الوفاق قوله ولا يجوز للمراة الا في ثوبين درع وخمار الدرع لغة هو القميص والخمار ما تغطي به راسها وما يوجد في كلام بعض الاصحاب من الجمع بين الدرع
القميص المقتضي للمغايرة ضعيف يجوز وفي حكم الثوبين المذكورين الثوب الواحد الذي يحصل به الغرض من ستر الراس والرقبة والبدن عدا ما استثني وقصر
الجواز على الثوبين في العبارة مبني على الغالب قوله على بدنها الا الوجه والكفين والقدمين المشهور استثناء القدمين وحدهما مفصل الساق والظاهر عدم الفرق بين ظاهرهما
وباطنهما والاولى ستر العقب فقد اوجبه بعض الاصحاب لعدم دخوله في مسمى القدم وحد اليدين مفصل الزند ولا فرق ايضا بين ظاهرهما وباطنهما ويجب ستر شيء
من الوجه واليدين والقدم من باب المقدمة لعدم المفصل المحسوس قوله اذا استتر قبله ودبره المراد بالقبل القضيب والبيضتان دون العانة وبالدبر نفس المخرج
دون الاليتين بفتح الهمزة والياء بغير تاء تثنية الالية بالفتح ايضا ودون الفخذين فانهما ليسا من العورة على المشهور قوله واذا لم يجد ثوبا سترهما بما
وجده ولو بورق الشجر مفهوم الشرط توقف الاجزاء بالورق على فقد الثوب وهو كذلك وفي حكم الورق الحشيش الذي يمكن شده على العورة ولو بغيره ولو تعذر
جميع ذلك استتر بالطين الساتر للون والحجم فان تعذر فبالوحل الساتر للون خاصة ثم بالماء الكدر ان تمكن من استيفاء الافعال فيه ولو لم يتمكن ووجد حفيرة
يتمكن فيها منه قدمها عليه وكذا لو تمكن فيهما على الظ واولى من الحفيرة الفسطاط الضيق الذي لا يمكن لبسه اما الحب بالمهملة وهو الخابية والتابوت فقربهما من
الحفيرة قوله قائما ان كان يامن ان يراه احد الى قوله يومي في الحالين الايماء هنا بالراس لهما قائما في الاول وجالسا في الثاني ويجب الانحناء بحسب الممكن بحيث لا
تبدو العورة ووضع اليدين والركبتين وابهامي الرجلين في السجود على المعهود مع الامكان ورفع شيء يسجد عليه بجبهته كما في المريض قوله والامة المراد بها
المحضة فلو انعتق بعضها فكالحرة والمدبرة وام الولد والمكاتبة المشروطة والمطلقة التي لم تؤد شيئا كالامة المحضة قوله فان اعتقت في اثناء الصلوة استانفت
مع اتساع الوقت بحيث يدرك ركعة والا استمرت لتعذر الشرط حينئذ اما الصبية فالاصح انها تستانف مطلقا الا ان يقصر الباقي من الوقت عن قدر
الطهارة وركعة فتستمر وكلام المص مبني على ان افعالها شرعية قوله ويكره الصلوة في الثياب السود وكذا المصبوغة بغير السواد من الالوان والعمامة والخف
مستثنيان من الاسود لا غيرهما وفي حكمهما الكساء بالمد وهو ثوب من صوف ومنه العباءة قاله الجوهري فهذه الثلثة خارجة من الكراهة لا بمعنى كونها سودا
قوله وان يشتمل الصماء المشهور في تفسيره ما ذكره الشيخ وهو ان يلتحف بالازار فيدخل طرفيه تحت يده ويجمعهما على منكب واحد قوله وان يصلي في عمامة لا حنك
لها المراد بادارة جزء من العمامة تحت الحنك ولا يتادى السنة بادارة غيرها وان حصل منه حفظ العمامة وقوفا مع النص ولعدم العلم بالتعليل قوله وفي قباء
مشدود وذكر ذلك الشيخان واكثر الاصحاب مستنده على الخصوص غير معلوم قال في الذكرى ذكره علي بن بابويه وسمعناه من الشيوخ مذاكرة ولم اجد به خبرا
مسندا وقد روي عن النبي لا يصلي احدكم وهو متحزم ويمكن دلالته عليه وعلى ما هو اعم منه كشد الوسط قوله وان يؤم بغير رداء وهو ثوب او ما يقوم مقامه
يجعل على المنكبين ثم يرد ما على الجانب الايسر على المنكب الايمن ويكره سدله وهو ارسال طرفيه من الجانبين والرداء مستحب للامام وغيره لكن تركه مكروه
للامام خاصة ولغيره خلاف الاولى قوله وفي ثوب يتهم صاحبه بالتساهل في النجاسة او بالمحرمات في الملابس قوله وفي خلخال له صوت لا فرق في ذلك بين
كونها مبهمة او صماء لاطلاق الخبر وتعلل باشتغال المراة به المنافي للخشوع فيتعدى الى كل مصوت بحيث يشغل السر قوله فيها تماثيل او خاتم فيه صورة
المراد بالتماثيل والصور ما يعم مثال الحيوان وغيره كما اطلقه الاصحاب وخص ابن ادريس الكراهة بتماثيل الحيوان وصورها لا غيرها من الاشجار والمشهور
الاول ولا فرق في ذلك بين الرجل والمراة قوله اما صريحة كقوله صل فيه او بالفحوى كالاذن في الكون فيه فيدخل الاذن في الكون من باب الالتزام الفحوى نظر
بل الاولى الحاقها بالصريحة او الضمنية لان الصلوة داخلة في ضمن الكون فيه والمناسب مثالا للفحوى ادخال الضيف منزله كما صنع الشيخ رحمه قوله او
بشاهد الحال كما اذا كان هناك امارة اه ويوجد ذلك في الصحاري الخالية من امارات الضرر ونهي المالك وفي الاماكن الماذون في غشيانها على وجه
مخصوص كالحمامات والارحية والخانات وان لم يعلم مالكها او العلم بذلك الشرع على القرائن فلو فرض انتفاؤها في بعض الاشخاص على بعض الوجوه في هذه
المواضع انتفت الاباحة ولا يتبدع في الجواز كون الصحراء للمولى عليه فان الولي يقوم في الاذن المشهود عليها بالقرائن مقامه ولا بد من ولي ولو انه الامام
قوله واذا ضاق الوقت وهو آخذ في الخروج الى قوله ولو حصل في ملك غيره اه في الحكمين اجمال وقصور وتفصيل الحال وصورة المسئلة ان من دخل ارض
غيره فلا يخلو اما ان يكون بصريح الاذن في الصلوة والكون او بالفحوى او بشاهد الحال او بغير اذن لكن دخل المغصوب جاهلا بالغصب ثم علم وعلى التقادير
الخمسة فلا يخلو اما ان يكون الرجوع في الاذن او النهي او العلم بالغصب قبل الشروع في الصلوة او بعده مع سعة الوقت او ضيقه ومضروب الاربعة في
الخمسة عشرون والاجود في حكمها مع الاذن في الصلوة ثم الرجوع بعد التلبس لا التفات الى الرجوع بل يستمر على الصلوة حتى يفرغ سواء كان الوقت واسعا ام
ضيقا وان كان بغير الصريح في الصلوة او كان الرجوع قبل التلبس وجب الخروج على الفور مطلقا ثم ان كان الوقت واسعا اخر الصلوة الى ان يخرج او
قطعها وان كان ضيقا تشاغل بالخروج والصلوة جامعا بين الحقين موميا للركوع والسجود بحيث لا يتشاغل في الخروج عن المعهود مستقبلا ما امكن قاصدا

اقرب الطرق

٢٥ اقرب الطرق متخلصا من حق الادمي المضيق بحسب الامكان قوله ولا يجوز ان يصلي والى جانبه امراة تصلي الى قوله ومثل ذلك مكروه وهو الاشبه الحكم بالتحريم او
الكراهة ليس مقصورا على الرجل بل هو شامل لكل من الرجل والمراة ويشترط صحة كل من الصلوتين لولا الاجتماع المذكور ولا تؤثر الفاسدة في صحة الاخرى والا لا
منزل على الصحيحة وان لم يخبر بصحتها ثم لو اخبر بفسادها قبل التحريمة فمشاركة في الحكم وان تعاقبا فالاجود اختصاصه بالمتاخرة قوله اذا كان بينهما حائل
او مقدار عشرة اذرع المعتبر في الحائل كونه جسما كالحائط والستر فلا يبعد نحو الظلمة مع احتمال نحو فقد البصر منهما بمنزلة الظلمة لا مراد بهما خاصة ولا بتغميض
الصحيح بينه واعلم ان الذراع مؤنث سماعي فكان الاجود ترك الحاق التاء بعشرة وفي بعض النسخ عدم الحاق التاء فكان المصنف لحظ الروايتين قوله ولو كانت وراءه
بقدر ما يحصل موضع سجودها محاذيا لقدمه المعتبر تاخرها كون جزء ما المتقدم في جميع الاحوال متاخرا من جزئه المتاخر بحيث لو فرض بينهما خط موهوم من اليمين
الى اليسار كانت وراءه والرجل امامه فلا يكفي محاذاة موضع سجودها لقدمه كما هو ظاهر العبارة وهذا البحث كله في حال الاختيار فلا كراهة ولا تحريم مع الاضطرار
وضيق الوقت قوله ولو حصلا في موضع لا يتمكنان من التباعد صلى الرجل اولا هذا اذا كان في موضع مباح او وقف عام كالمساجد اما لو كان المكان ملكا لها
لم يجب عليها التاخر لتسلطها على ملكها ويمكن القول باستحبابه ولو كان مشتركا بينهما في العين او المنفعة ففي اولويته نظر هذا كله مع سعة الوقت
اما مع ضيقه فيصليان جميعا كما مر مع احتمال عموم المنع قوله اذا كانت نجاسته لا تتعدى الى ثوبه وكان موضع الجبهة طاهرا رد بذلك على ابي حنيفة حيث
اشترط طهارة جميع مكان المصلي وعلى ابي الصلاح حيث اشترط طهارة مساقط الاعضاء السبعة والمراد بالثوب ما يستقل المصلي بحمله ويستبد
بنقله فلو كانت النجاسة في طرف ثوب طويل كطرف العمامة الملقاة على الارض لم يضر وان كان ذلك الطرف يتحرك بحركته وينبغي تقييد النجاسة
المتعدية الى ثوب المصلي وبدنه بكونها غير معفو عنها فلو تعدت ما يعفى عنه كدون الدرهم او الى ما لا يتم الصلوة فيه لم يضر الا مع العفو عنه ابتداء
وكذا في الاثناء وربما نقل بعض الاصحاب الاجماع على عدم العفو عن ذلك هنا وان عفي عنه لو كان على المصلي وهو غير واضح والاجماع ممنوع والمراد بمحل
موضع الجبهة القدر المعتبر في السجود منها فلا يقدح نجاسة ما زاد على ذلك منها فلو قال بدل موضع الجبهة مسجدها لكان اوضح قوله ويكره الصلوة في
الحمام الظاهر ان الكراهة مختصة ببيت يغتسل فيه فلا يكره في المسلخ ولا على السطح قصرا للكراهة على موضع اليقين وهو موضع الاتفاق ولا يخفى ان
المراد مع كونه طاهرا فلو كان نجسا على الوجه المتقدم لم يصح والتعليل بكونه ماوى الشياطين او موضع كشف العورة او محل النجاسة غير معلوم قوله
مبارك الابل ومعاطن الابل مباركها جمع مبرك يشمل مقلها بالليل ومعاطنها بحول الماء لتشرب علا بعد نهل اي ثانيا بعد اولى كما ذكره اهل اللغة فهو اولى من التعبير بمعاطن
الابل لانه اخص والمانع عندنا ليس فضلاتها لانها طاهرة بل النص وعلل فيه بانها جن من جن خلقت الا ترى انها اذا نفرت كيف تشمخ بانفها قوله والارض
السبخة والثلج لعدم كمال تمكن المسجد ويشترط في الجواز حصول اصل التمكن ومثلها الرمل المنهال قوله وبين المقابر الا ان يكون حائل ولو عنزة او
كان بينه وبينها عشرة اذرع لا فرق في الكراهة بين الصلوة بينها واليها ولا بين القبر والقبرين وما زاد وان لم يصدق البينية في الواحد واستثنى
بعض الاصحاب من ذلك قبر النبي والامام فقد وردت رواية بجواز النافلة اليه وفي الفريضة احتمال والعنزة بالتحريك رمح بين العصا والرمح في راسها
زج والبعد بعشرة اذرع معتبر من جميع الجوانب ولا يكفي كون القبر خلف المصلي من دون البعد قوله وبيوت النيران المراد بها ما اعد لاضرامها فيها
عادة وان لم يكن موضع عبادتها ولا فرق بين كون النار موجودة وقت الصلوة وعدمه والظ عدم كراهة الصلوة على سطحها قوله وبيوت الخمور وكذا
غيرها من المسكرات والظ ان الفقاع كذلك قوله وجواد الطرق دون ظواهرها للخبر ولا فرق في الكراهة بين كون الطريق مشغولة بالمارة وعدمه ولا بين
كثرة الاستطراق وقلته ولو فرض تعطل المارة بصلاته فسدت للنهي الراجع الى شرط الصلوة فيقتضي الفساد لانه كغصب المكان لان الطريق موضوع
للسلوك فجوازه للصلوة فيها مشروط بعدم منافاتها او ضعفه قوله ويكره ان يكون بين يديه نار مضرمة على الاظهر رد بذلك على ابي الصلاح حيث
حرم الصلوة اليها وتردد في الفساد وكذا في كثير من هذه المواضع ولا فرق في النار بين القليلة والكثيرة حتى الجمرة والمصباح والمراد بالمضرمة الموقدة فلا يكره
الصلوة الى نحو الجمرة الواحدة والجمر ال[illegible] النار يكره مواجهة ما يطلق عليه اسمها قوله وفي بيت فيه مجوسي ظاهرهم عدم الفرق بين كون البيت
للمجوسي وغيره والخبر يعلل ذلك وخصه بعضهم ببيته قوله او مصحف مفتوح حرمه ابو الصلاح والمشهور الكراهة ويتعدى الى كل منقوش ومكتوب الى القبلة
لاشتراك الجميع في المعنى وهو التشاغل به عن العبادة ولا فرق بين القارئ وغيره ممن يبصر ولا يكره لفاقده قوله او حائط ينز من بالوعة يبال فيها او يتغوط وفي
تعديته الى ما ينز بالماء النجس ونحوه نظر قوله وقيل يكره الى انسان مواجه او باب مفتوح انما نسبه الى القائل لعدم ظفره بمستنده والمشهور الكراهة واطلاق
الباب يقتضي عدم الفرق بين ما يفتح الى داخل البيت او الدار والى الخارج والمواجه بفتح الجيم وكسرها قوله اذا كان معدنا كالملح والعقيق والذهب والفضة
اما العقيق ونحوه فان المعادن التي لا يتوقف اخراجها على العلاج فعدم جواز السجود عليها ظاهر لخروجها عن اسم الارض واما ما يفتقر الى العلاج كالذهب
والفضة فبعد تصفيته لا يجوز السجود عليه واما قبله فان صدق عليه اسم الارض جاز السجود عليه والا فلا قوله اذا كان ماكولا او ملبوسا بالعادة المراد بالماكول
والملبوس هنا ما صدق عليه اسمهما عرفا لكون الغالب استعمالهما كذلك ولو في بعض الاحيان فلا يقدح النادر كاكل المخمصة والعقاقير المتخذة للدواء
من نبات لا يغلب اكله ولا يشترط عموم الاعتياد لهما في جميع البلاد فان ذلك يقل ان يتفق بل لو غلب في قطر عم التحريم والمعتبر في الماكول والملبوس الانتفاع
بالفعل او القوة القريبة منه ولو توقف الاكل على طبخ ونحوه واللبس على نسج وغزل وخياطة وغيرها لم يؤثر في كونه ماكولا او ملبوسا والضابط نوع الماكول
والملبوس ولو كان للشيء حالتان يؤكل في احدهما دون الاخرى كقشر اللوز لم يجز السجود عليه حالة صلاحيته للاكل وجاز في الاخرى اذ ربما صار في تلك الحالة
من جملة الخشب الذي لا يعقل كونه من نوع الماكول قوله وفي القطن والكتان روايتان اشهرهما المنع لا فرق في المنع من السجود على القطن والكتان بين كونه
مغزولا او منسوجا ولا او غيرهما من الحالات قوله ولا يجوز السجود على الوحل المراد بالوحل التراب الممتزج بالماء بحيث يخرج بذلك عن مسمى الارض فيجوز السجود على

الارض الرطبة التى يمكن منها الجبهة ولم يخرج بالرطوبة عن مسمى الارض والمراد بالاضطرار الى السجود على الوحل لا الى مطلق الممنوع منه كالملبوس وغيره فانه حرج لسبد عليه
ويجب فى الايماء بالسجود مراعاة الانخفاض له بحسب مقدوره فيجلس نم ويقرب جبهته الى الوحل بحيث لا يمسه ان امكن والا انحنى بالمقدور ولو وضع الجبهة على الوحل
جاز ايضا بل هو نوع من الايماء وكذا القول فى الماء قوله ويجوز السجود على القرطاس اعلم ان جواز السجود على القرطاس خارج من الاصل ثابت بدليل خاص وهى رواية
صفوان الجمال وداود بن فرقد عن الصادق والكاظم وانما كان الاصل عدم جواز السجود عليه لانه مركب من جزئين لا يجوز السجود عليهما وهما النورة وما خالطها
من القطن او الكتان او الحرير او القنب وكل واحد من هذه الاجزاء لا يجوز السجود عليه فى حالة الانفراد فكذا فى حالة الاجتماع اذ لم يحدث لها ما يوجب الحاقها
بالارض او نباتها الذى يجوز السجود عليه وقيده بعض الاصحاب بكونه متخذا من القنب لعدم اعتبار البشر ورجحه فى الذكرى مع انه منع من السجود على القنب محتجا بانه
لبسه فى بعض البلاد ومع ذلك فهو مخالف لاطلاق النص من غير ثمرة فان ما فيه من اجزاء النورة المنبثة فيه بحيث لا يصدق عليه غيرها ما يحصل معه
مسمى السجود متميز كاف فى المنع نعم على القول بجواز السجود على القطن والكتان قبل غزلهما لو اتخذ منهما فى تلك الحالة فلا اشكال فى الجواز ومثله القنب وبالجملة
فالقول بجواز السجود عليه فى الجملة لازم للنص والاجماع وفرض الجواز على ما اتخذ من غير الملبوس هو الاحوط وعوفا فى الرخصة على موضع اليقين قوله ويكره فيما
اذا كان فيه كتابة مع كون المصلى مبصرا لا مانع له منه والا لم يكره ويشترط فى الجواز وقوع الجبهة من القرطاس الخالى عن الكتابة على ما يتحقق معه السجود لان
الحبر جسم حائل بين الجبهة والقرطاس ومثله ما صبغ من الاجسام بحيث لا يكون الصبغ عرضا محضا كلون الحناء فلو كان كذلك لم يمنع قوله فان لم يكن فعلى
كفه وليكن السجود على ظهره ليحصل الجمع بين السجدتين فلو عكس بطل قوله ان يكون مملوكا او مأذونا فيه ما تقدم فى المكان من اعتبار الاذن باقسامه والاكتفاء
بشاهد الحال هنا اولى لان ما يسجد عليه جزء من المكان المتقدم اذ المكان فى الشرع ما يشغله المصلى من الحيز او يستقل عليه بواسطة او وسائط قوله واذا كانت
النجاسة فى موضع محصور كالبيت وشبهه وجهل لم يسجد على شىء منه ويجوز فى المواضع المتسعة المرجع فى المحصور وعدمه الى العرف فما عد منه محصورا كالثنتين
او الثلثة كان المشتبه منه بحكم النجس فى وجوب الاجتناب حيث يشترط فيه الطهارة كالسجود عليه والصلوة فيه لو كان ثوبا ومصاحبته فيها لو كان مثله
لا يعفى عنه نجسا واكله وشربه لو كان مما يصلح لاحدهما وفى تنجيس الملاقى له رطبا وجهان من كونه بحكم النجس ومن الشك فى النجاسة مع تيقن الطهارة و
اختار العلامة فى المنتهى التنجيس ولا ريب انه احوط نعم لو استوعب ملاقاة جميع الافراد قطع بالنجاسة وما لا يعد محصورا فى العادة كالصحراء والمعتبر
مثلا يمضى تعسر حصره وعده عرفا للكثرة احاده لا يجب اجتنابه لما فى اجتناب ذلك من المشقة والحرج قوله لكن يشترط ان لا تسمعها انما يشترط اسرارها حيث
يستلزم الجهر سماع الاجنبى اما مع عدمه فيتخير بين السر والجهر وان كان السر افضل وحيث كان اذانها اسرارا اعتد بها النساء والمحارم مع سماعهم لو
كالمراة فى ذلك وكالرجل فى عدم جواز تأذين المراة قوله وهما شرطان فى الجماعة القائل بذلك جماعة من اصحابنا منهم الشيخان وابن البراج وفسره الشيخ بانهما
شرط فى حصول فضيلتها لا فى انعقاد اصل الصلوة قوله ويتأكدان فيما يجهر فيه واشدهما فى الغداة والمغرب اوجبهما بعض الاصحاب فى الغداة والمغرب
لرواية ظاهرها الوجوب الا ان حملها على الاستحباب المؤكد طريق الجمع بينها وبين ما هو اصح منها مما هو صريح فى الندب قوله بل يقول المؤذن ثلثا يجوز
نصب الصلوة الاولى والثانية على حذف العامل وهو لحضروا واشهر ورفعهما على حذف المبتدأ او الخبر والثالثة ساكنة قوله وقاضى الصلوات الخمس
يؤذن لكل واحدة ويقيم اه هذا الحكم مخصوص بالفضل عند الاصحاب لقوله من فاتته فريضة فليقضها كما فاتته وقد كان من حكمها استحباب تقديم الاذان
ودلالة الحديث نظر فلو جمع بين صلوتين اداء لم يستحب الاذان للثانية للاخبار الصحيحة الدالة على ايقاع الثانية باقامة لا غير ولا منافاة بين الاداء والقضاء
بعد ورود النص وحمل الاذان الساقط فى الاداء على اذان الاعلام ويبقى اذان الذكر واضح فان الاصل فى الاذان الاعلام والذكر لا ينم فى جميع فصوله فان
الحيعلات لا ذكر فيها ولان الكلام فى اعتباره اذانا لا ذكرا محضا قوله ويصلى يوم الجمعة الظهر باذان واقامة والعصر باقامة وكذا فى الظهر والعصر بعرفة
الضابط انه متى استحب الجمع فالاذان بين الفريضتين ساقط بل يؤذن فى الابتداء ويقيم لها ثم يقيم للثانية لكن ان كان الجمع فى وقت الاولى فالاذان المتقدم
لها وان كان الجمع فى وقت الثانية نوى به للثانية وان كان متقدما على الاولى ثم اقام للاولى ثم للثانية وكذا القول فيما لو ابيح الجمع وحيث استحب الجمع
فالاذان لغير صاحبة الوقت بدعة قوله ولو صلى الامام جماعة وجاء اخرون لم يؤذنوا ولم يقيموا ما دامت الاولى لم تتفرق اه لا فرق فى المصلى الثانى
بعد تمام الجماعة بين كونه يصلى جماعة او منفردا ومن ثم اطلق المصنف وقد ورد الخبر بهما معا ولا بين كون الصلوة فى مسجد وغيره كما يقتضيه اطلاق العبارة
لكن النص هنا انما ورد فى المسجد وجماعة من الاصحاب عدوا الحكم الى غيره لعدم تعقل الفرق نعم يشترط عدم تبدد المحل فلو صلى جماعة فى مسجد ثم جاء
اخرون الى مسجد قريب منه استحب لهم الاذان والاقامة ويشترط كون الاولى جماعة فلا يبنى على اذان المنفرد اذا لم يسمعه وكذا يشترط اتحاد الصلوة او
تغاير الوقت كالظهر والمغرب الا ان اتحد كالظهرين ويتحقق عدم التفرق ببقاء واحد من الجماعة معقبا ولا يشترط فى سقوطهما عن الثانى علمه بوقوعهما من
الجماعة بل يكفى فى السقوط عدم علمه بتركهما او بوقوعهما على غير وجههما بناء على الظاهر نعم لو علم ذلك لم يسقطا ويتحقق الى الثالث والرابع فصاعدا والشرط
واحد وهو عدم تفرق الاولى قوله واذا اذن المنفرد ثم اراد الجماعة اعاد الاذان والاقامة هذا هو المشهور ومستنده رواية عمار عن ابى عبد الله فى الرجل
يؤذن ويقيم وشهرة الرواية وعمل الاصحاب بها يجبر ضعفها بعمار واستشكل المص الحكم فى المعتبر وحكم بعدم الاعادة محتجا بان المصلى يعتد باذان
غيره وان كان منفردا اذا سمعه فكيف لا يعتد باذان نفسه وتجيب بان الاجتزاء باذان الغير لكونه صادف نية السامع الجماعة فكانه اذن للجماعة بخلاف الناوى
باذانه الانفراد وبان الغير اذن للجماعة او لم يؤذن ليصلى وحده بخلاف صورة الفرض ويمكن الجواب بحمل المراد بالمنفرد فى صورة النزاع المنفرد باذانه
بان يقصد باذانه لنفسه خاصة ويظهر ذلك من قوله فى الرواية يؤذن ويقيم ليصلى وحده فانه جعل علة الاذان الصلوة وحده فاذا اراد الجماعة لم
يكف ذلك الاذان المخصوص عن الجميع بخلاف اذان الغير فانه اما مؤذن البلد او الجماعة وان كان لا يصلى معهم فرادهم بالمنفرد هنا فى قولهم يجزى باذان

الغير وان كان منفردا بصلوته لا باذانه جماعة بين الكلامين وعلى كل حال فمذهب المص فى المعتبر متجه لضعف الرواية التى هى مستند الحكم عن تخصيص ادلة
بالطلاقه على الاجزاء بمطلق الاذان من الاخبار الصحيحة قوله والاسلام لا منافاة بين الحكم بالكفر وحكاية الشهادتين فان شرط الاسلام مع التلفظ بهما
اعتقاد معناهما والحكاية اعم من ذلك لامكان صدورهما من عابث ومستهزئ وغافل ومؤول بعدم عموم النبوة وجاهل بمعنى اللفظ كالاعجمى وعلى تقدير
خلوه من الموانع والحكم بالاسلام به فهو لاغ لوقوع ما سبق من فصوله على الحكم بالاسلام فى الكفر قوله ولو صلى منفردا ولم يؤذن ساهيا رجع الى الاذان
لا فرق فى ذلك بين المنفرد والامام لاطلاق النص والاصحاب فتقييده بالمنفرد هنا لا يوجد وكما يرجع ناسى الاذان يرجع ناسيهما بطريق اولى وفى ناسى
الاقامة لا غير على المشهور اقتصارا فى ابطال الصلوة على موضع الوفاق قوله ويعطى الاجرة من بيت المال اذا لم يوجد اه اكثر الاصحاب على تحريم اخذ الاجرة
على الاذان سواء اخذت من بيت المال ام من غيره لقول على آخر ما فارقت عليه حبيبى قلبى ان قال يا على اذا صليت فصل صلوة اضعف من خلفك ولا
تتخذن مؤذنا يأخذ على اذانه اجرا نعم يجوز ان يرزق من بيت المال من سهم المصالح لا من الصدقات ولا من الاخماس لان ذلك مختص بفريق خاص والفرق بين
الاجرة والرزق ان الاجرة يجب كونها مقدرة مضبوطة مجعولة فى عقد اجارة والرزق لا يتقدر بقدر بل يرجع فيه الى راى الامام ونظره ونقل عن بعض الفضلاء
كراهة الاجرة لا تحريمها ثم ونيته او بين الرزق فى المتن فقول المص ويعطى الاجرة اما ان يريد بها الرزق مجازا او مبنى على مذهب بعض واعلم انه لو وجد
متطوع لكن طالب الرزق اشتمل على مرجحات فى احكام الاذان ونحوه ظاهر جاز رزقه ايضا تحصيلا للمصلحة ولو اقتضت المصلحة الزيادة على مؤذن جاز رزق
الزائد واستقرب الشهيد فى الذكرى اشتراط عدالة المرزوق قوله وقد رخص تقديمه على الصبح تأسيا بالنبى فانه كان له مؤذنان احدهما يؤذن لبلال والاخر
بعد الفجر قال ان ابن مكتوم يؤذن بليل فاذا سمعتم اذانه فكلوا واشربوا حتى تسمعوا اذان بلال وليتاهب الناس للصلوة والصوم ولا حد لهذا التقديم بل
ما قارب الفجر وينبغى ان يجعل ضابطا فى ذلك ليعتمد عليه الناس وينبغى معاودة المتقدم للمتأخر ليتم الفائدة وليس بشرط ولا فرق بين شهر رمضان وغيره
عندنا قوله والاذان على الاشهر اه اشار بالاشهر الى ما روى شاذا من تربيع التكبير فى اخر الاذان كاوله وتربيعه اول الاقامة واخرها وتثنية التهليل فى اخرها
وما روى ان الاقامة مرة مرة الا التكبير الاخير فانه مرتان ونقل الشيخ ان من اصحابنا من جعل فصول الاقامة مثل فصول الاذان وزاد فيها قد قامت الصلوة
مرتين وقال ابن الجنيد اذا فرد الاقامة عن الاذان ثنى لا اله الا الله وان اتى بها معه فواحدة وعمل الطائفة على المشهور قوله ثم حى على الصلوة الخ معنى حى
هلم واقبل ويتعدى لغة بعلى والى وهنا تخص على فانها سنة متبعة قوله والترتيب شرط فى صحة الاذان والاقامة المراد بالترتيب بينهما وبين فصولهما
وفائدة الاشتراط عدم اعتبارهما بدونه فلا يعتد بهما فى الجماعة ولا يكتفى به اهل البلد ويأثم ان اعتقدهما اذانا واقامة قوله ان يكون مستقبل القبلة
فى جميع الفصول ويكره الالتفات يمينا وشمالا سواء فى ذلك الحيعلات وغيرها واوجب بعض الاستقبال فى الاقامة قوله وان يقف على اواخر الفصول
المراد بالوقف ترك الاعراب والروم والاشمام والتضعيف لقول الصادق الاذان والاقامة مجزومان وفى خبر موقوفان فلو اعرب ترك الفصل وعند
قوله ويحدر فى الاقامة المراد بالحدر الاسراع مع تخفيفها لوقف مراعيا لترك الاعراب قوله ولا يتكلم فى خلالهما بما لا يتعلق بمصلحة الصلوة ومع الكلام يعيد
الاقامة دون الاذان الا ان يخرج به عن الموالاة قوله وان يفصل بينهما بركعتين او سجدة او جلسة او تسبيحة وعن الصادق يجزيه الحمد لله وعنه من جلس
بين الاذان والاقامة فى صلوة المغرب كان كالمتشحط بدمه فى سبيل الله قوله فى المغرب فان الاولى ان يفصل بخطوة او سكتة او تسبيحة قال الشهيد
ولم اجد بالخطوة حديثا مع ذكر الاصحاب لها قوله وكل ذلك يتأكد فى الاقامة يستثنى من ذلك رفع الصوت فان السنة فى الاقامة جعلها دون الاذان
ويمكن ان يحصل التأكد فيهما برفع الصوت فى الجملة بمعنى ان اظهارهما اكد من اظهاره وان كان رفع الصوت به اقوى قوله ويكره الترجيع الا ان يريد الاشعار
الترجيع تكرار الشهادتين مرتين كما يفعله بعض العامة فى الصبح وانما يكره مع عدم اعتقاد توظيفه والا كان بدعة حراما قوله وكذا يكره قول الصلوة
خير من النوم بل الاصح التحريم لان الاذان والاقامة شيئان متلقيان من الشرع كسائر العبادات فالزيادة فيهما تشريع محرم كما يحرم زيادة محمد وآله خير
البرية وان كانوا خير البرية وما ورد فى شذوذ اخبارنا من استحباب الصلوة خير من النوم محمول على التقية قوله من نام خلال الاذان والاقامة يستحب
له الاستيناف ويجوز البناء مع عدم الاخلال بالموالاة وكذا الحكم لو سكت طويلا او تكلم خلاله بكلام اجنبى محللا او محرما قوله جاز ان يعتد به يجوز
الفصل المعلوم ويعود ضميره الى المرتد بتقدير رجوعه الى الاسلام او الى المصلى والمجهول وهو اولى وانما جاز الاعتداد به لاجتماع شرائط الصحة فيما
فعله قبل ولان الردة لا تبطل العبادات السابقة وفيه بحث كلامى قوله ولو ارتد فى اثناء الاذان ثم رجع استانف مع طول الزمان بحيث يخل با
لموالاة والا فالاجود عدم الاستيناف لعدم ابطال الردة ما مضى من الاذان كما لا يبطله كله قوله يستحب لمن سمع الاذان ان يحكيه اه المراد بالحكاية
ان يقول السامع كما يقول المؤذن فصلا فصلا حتى الحيعلات وروى انه يقول بدلها لا حول ولا قوة الا بالله وينبغى ذلك فى الصلوة ان ارادها
حكايته فلو حيعل ح بطلت لانه ليس بذكر ولا دعاء وانما يستحب حكاية الاذان المشروع فلا يحكى اذان المجنون والكافر والمراة اذا سمعها الاجنبى
ولا الاذان الثانى يوم الجمعة ونظائره بخلاف ما اخذ عليه اجرا لان المحرم اخذ الاجرة لا الاذان وليقطع سامع الاذان كلامه وان كان قاريا للقران
وظاهر النصوص ان المستحب حكاية الاذان فلا يستحب حكاية الاقامة لعدم الدليل قوله اذا قال المؤذن قد قامت الصلوة اه هذا هو المشهور وحرمه
جماعة من الاصحاب لقوله اذا قال المؤذن قد قامت الصلوة فقد حرم الكلام وحمل على الكراهة المغلظة جمعا بين الاخبار والمراد بمصلحة الصلوة
تقديم الامام وتسوية الصف وطلب الساتر والمسجد والرداء ونحو ذلك قوله اذا تشاح الناس فى الاذان قدم الاعلم اه المراد بالاعلم هنا الاعلم با
الاذان التى من جملتها الاوقات لا مطلق العلم وانما يقدم الاعلم على غيره مع تساويهما عدالة او فسقا فلو اختلفا قدم العدل وكذا يقدم المبصر على
المكفوف والاشد محافظة على الاذان فى الوقت ثم الاندى صوتا ثم من يرتضيه الجيران ثم القرعة ويتحقق التعارض لاخذ الرزق من بيت المال

 والاذان لجميع ... سيانا من غير ترجيح قوله لا فصل اذا كان الوقت متسعا ان يؤذن واحد بعد واحد ليس المراد باتساع الوقت هنا المتعارف فان تاخير الصلوة عن اول وقتها المؤكد في الفضيلة لامر غير موظف مستبعد جدا فان تحصيل فضيلة الاذان لكل واحد يحصل بالاجتماع بل المراد به كافرة وبعض الاصحاب عدم اجتماع تمام المطلوب في الجماعة كانتظار الامام او الماموين الذين يعتاد حضورهم فان كثرة الجماعة مطلوبة شرعا او تحصيل ساتر او طهارة حدثية او خبثية ونحو ذلك وينبغي تقييد ذلك كله بعدم فوات وقت الفضيلة فان تحصيل الصلوة فيه اهم من تعدد الاذان ومنع بعض الاصحاب من الزيادة على مؤذنين مط قوله اذا سمع الامام اذان مؤذن جاز ان يجتزي به في الجماعة وان كان ذلك المؤذن منفردا المراد بالمنفرد بصلوته لا باذانه بمعنى انه مؤذن الجماعة او للبلد فلو اذن لنفسه لا لغيره يعتد به وكذا القول في الاقامة وينبغي ترك السامع الكلام بعدها لعدم بها فان الكلام بعدها يبطلها وقد روي عن الباقر انه قال مررت بجعفر وهو يؤذن ويقيم فلم اتكلم فاجزاني ذلك وهل يستحب للسامع تكرار الاذان والاقامة هنا الظاهر ذلك لانه لا ينقص عن تعدد المؤذنين مع اتساع الوقت لكن يستثنى منه المؤذن والمقيم للجماعة فقد حكم الاصحاب هنا بعدم استحباب التكرار معه قوله من احدث في اثناء الاذان والاقامة تطهر وبنى والافضل انه يعيد الاقامة لعدم اشتراط الطهارة فيهما ابتداء فكذا استدامة وانما كان الافضل اعادة الاقامة لتاكد استحباب الطهارة فيها بل قيل باشتراطها فيها قوله ولا يعيد الاقامة الا ان يتكلم كما يستحب اعادة الاقامة بالحدث في اثنائها كذا يستحب اعادتها بالحدث في اثناء الصلوة فان افضلية الطهارة فيها او اشتراطها آتيان فيها وبعدها وانما اطلق عدم اعادتها هنا بناء على الاعتداد بها في الجملة والافضلية حكم آخر قوله من صلى خلف من لا يقتدي به اذن لنفسه واقام يعلم منه عدم الاعتداد باذان المخالف اما لترك بعض الفصول او لغير ذلك وما سيأتي من استحباب التلفظ بما تركه قد يفهم من اطلاقه وسياتي جواز الاكتفاء به ان اتى بما تركه فطريق الجمع اما ان يحمل ذلك استحبابا بالاسرار اذ لا منافاة بين استحباب التلفظ بالمتروك اقامة لشعار الحق وتوطين النفس عليه وبين اعادة الاذان او يحمل الثاني على غير المخالف كناسي فصل او تاركه او الجهر به لتقية او يبادي الوظيفة بكل منهما وان كان الجمع بينهما افضل قوله فان خشي فوات الصلوة اقتصر على تكبيرتين وقد قامت الصلوة المستند رواية معاذ بن كثير عن ابي عبد الله ع قال اذا دخل الرجل المسجد وهو لا يأتم بصاحبه وقد بقي على الامام آية او آيتان فخشي ان هو اذن واقام ان يركع فليقل قد قامت الصلوة قد قامت الصلوة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله وليدخل في الصلوة وعبارة المص قاصرة عن تادية هذا المعنى ترتيبا وفصولا فانها توهم تقديم التكبير على قد قامت وعدم التهليل والاعتذار عن الاول بان الواو لا يقتضي الترتيب يزيل الفساد لكن لا يوجب تحصيل المط ويفهم من هذه الرواية عدم الاعتداد باذان المخالف مضافا الى ما تقدم قوله وهي ركن في الصلوة اختلف كلام المص في تحقيق النية فقطع هنا بكونها ركنا في الصلوة وفي المعتبر بكونها شرطا وفي النافع بانها مترددة بين الركن والشرط وانها بالشرط اشبه ولكل وجه وجه غير ان وجه الشرط واضح والتردد مع مشابهة الشرط اوضح ومما يكشف عن كونها اشتراط الطهارة والستر والاستقبال وغيرها مما يشترط في الصلوة فيها ومقارنتها للتكبير او بسطها عليه ولا شيء من الشروط كذلك وعن الشرطية وجود خواص الشرط فيها وهي توقف تاثير الفعل الذي جعلت عليه ومساوقته له الى الفراغ منه ولو حكما وان اول الصلوة التكبير واستلزام دخولها افتقارها الى نية اخرى ومغايرتها للعمل كما دل عليه الحديث الى غير ذلك وترددها بينهما مستفادة عن وجهها وعلى كل تقدير فالاجماع واقع على توقف الصلوة عليها وبطلانها بتركها عمدا او سهوا فالخلاف نادر الفائدة قوله ولو اخل بها عامدا او ناسيا لم يتعقد صلوته وحقيقتها استحضار صفة الصلوة في الذهن والقصد بها الى امور اربعة اعلم ان النية امر واحد بسيط وهو القصد الى فعل الصلوة المخصوصة والامور المعتبرة فيها التي يجمعها اسم المميز انما هي مميزات المقصود وهو المنوي لا اجزاء النية والقربة غاية الفعل المتعبد به فهي خارجة عنها ايضا ثم لما كانت النية عزما وارادة متعلقة بمقصود معين اعتبر في تحققها احضار المقصود بالبال ولا يجمع مشخصاته كالصلوة مثلا وكونها ظهرا واجبة مؤداة او مقابلاتها او بالتقرب ثم يقصد ايقاع هذا المعلوم على وجه التقرب الى الله تع فلفظة اصلي مثلا هي النية وهي وان كانت متقدمة لفظا فهي متاخرة معنى لان الاستحضار القلبي للفعل يصير المقدم من اللفظ والمتاخر في مرتبة واحدة وقد افصح عن هذا المعنى اجود افصاح الشهيد ره بقوله في دروسه وقريب منه ذكراه لما كان القصد مشروطا بعلم المقصود وجب احضار ذات الصلوة وصفاتها الواجبة من التعيين والاداء والقضاء والوجوب ثم القصد الى هذا المعلوم لوجوبه قربة الى الله تع ولا يخفى ما في عبارة المص من الحزازة والقصور عن تادية المعنى المراد مع ذلك فان صفة الصلوة وهي كونها ظهرا واجبة مؤداة الى غير ذلك فالجمع بين استحضار الصفة والقصد الى الامور الاربعة غير واضح وان اراد بصفة الصلوة امرا اخر كاستحضار افعالها واركانها كما نقل عن بعض الاصحاب فذلك غير جيد ايضا لان الاستحضار المذكور ليس هو حقيقة وانما هو تخصيص المنوي ومع ذلك فهو وجوبه بعيد لما فيه من الحرج والمشقة بل لا يكاد يتفق وعليه الاحاد قوله ووقتها عند اول جزء من التكبير بل الاولى استحضارها الى اخر التكبير مع الامكان قوله ولو نوى الخروج من الصلوة لم تبطل على الاظهر بل الاصح البطلان لمنافاة الاستدامة الحكمية ولان ارادتي الضدين متضادتان وكذا القول فيما لو نوى فعل المنافي وان لم يكن في الحال قوله وكذا لو نوى بشيء من افعال الصلوة الريا او غير الصلوة ويجوز نقل النية في موارد اعلم ان كلا من الصلوة المنقول منها واليها اما ان تكون واجبة او مندوبة ومؤداة او مقضية فالصور ستة عشر حاصلة من ضرب اربعة في اربعة منها النقل من النفل الى الفرض لا يجوز مط وبالعكس يجوز فيمن نسي الاذان والاقامة وفيمن خشي فوت الامام وشبهه ومن الفرض الى الفرض فيمن نوى حاضرة فذكر فائتة ونحو ذلك قوله فان عجز عن النطق اصلا عقد قلبه بمعناها مع الاشارة ليس المراد بمعناها الموضوع لها لغة لان تصور ذلك غير واجب على غير الاخرس بل يكفي قصده كونه تكبير الله وثناء عليه في الجملة والمراد الاشارة بالاصبع ويجب مع ذلك تحريك اللسان لوجوبه مع القدرة على النطق فلا يسقط الميسور بالمعسور وفي حكم الاخرس من تعذر عليه النطق لمانع ولو عجز عن البعض اتى بالممكن وعوض عن الفائت قوله ولو كبر ونوى الافتتاح ثم كبر ونوى الافتتاح ابطلها انما قيد التكبير بنية الافتتاح ليصير ركنا فان التكبير ذكر لله لا يضر في الصلوة الا على تقدير كونه ركنا وانما يتميز بالنية ويكفي في البطلان الاتيان بصورة الركن مع نيته فلا يشترط مقارنة النية للثاني وانما يبطل بالثاني مع عدم نية الخروج من الصلوة قبله والاصح بطلانه مع استحضار النية ولا بد من

 تقييد الصحة بالتكبير الثالث بمقارنة النية له والضابط انه مع عدم نية الخروج يتعقد في كل وتر ويبطل في الشفع لاشتمال الشفع على زيادة الركن وورود الوتر على صلوة باطلة ومع نية الخروج يتعقد بما بعدها قوله ويجب ان يكبر قائما فلو كبر كما يشترط القيام وغيره من شروط التكبير كذا يشترط في النية فاذا كبر قاعدا او هو آخذ في القيام وتعب النية على تلك الحالة بطل لعدم الانعقاد مستند الى كل منهما ولا يضر ذلك لان علل الشرع معرفات لا علل حقيقية فلا يضر اجتماعها وانما خص التكبير بالذكر للرد على الشيخ حيث جوز الاتيان ببعض التكبير منحنيا ولم يعلم ماخذه قوله ان ياتي بلفظ الجلالة من غير مد بين حروفها المراد به مد الالف الذي بين اللام والهاء زيادة على القدر الطبيعي منه فان لم يمد اطبيعيا والزيادة عليه مكروه واما مد همزة الجلالة بحيث تصير بصورة الاستفهام فانه مبطل وان لم يقصد الاستفهام على الاصح لوجهين قوله وبلفظ اكبر على وزن افعل مفهومه جواز الخروج به عن الوزن وهو حق ان لم يصل مد الباء الى وزن اكبار جمع كبر لا يبطل وان لم يقصده كما قطع المص في المعتبر بالصحة مع عدم القصد قوله وان يرفع المصلي يديه بها الى اذنيه وليكونا مبسوطتين مضمومتي الاصابع مفرقتي الابهامين ويستقبل بباطن كفيه القبلة ويبتدئ التكبير في ابتداء الرفع وينتهي عند انتهائه قوله القيام انما اخره عن النية والتكبير ليتمحض جزء من الصلوة ويتحقق وجوبه لانه قبلهما شرط محض ولا يجوز تركه بعد الشروع فيها الا لعاد ومن قدمه نظر الى اشتراطهما به والشرط مقدم على المشروط وربما اخره بعضهم عن القراءة وما هنا اجود قوله وهو ركن مع القدرة اعلم ان القيام ليس بمجموعه من حيث مجموعه ركنا فان ناسي القراءة وابعاضها صلوته صحيحة مع فوات بعض القيام المستلزم لفوات المجموع من حيث هو كك ولا كل جزء من اجزائه بعين ما ذكر بل الركن من القيام هو القدر المتصل منه بالركوع سواء اتفقت فيه القراءة ام لا ولا يختص زيادته ونقصانا الا بزيادة الركوع ونقصانه ولا يضر استثناء البطلان اليهما لان علل الشرع معرفات ولو اتفق زيادته على مسماه كالقيام في حال القراءة كان الركن منه امرا كليا يتادى بكل واحد من جزئياتها والباقي موصوف بالوجوب لا غير فان ناسي القراءة وابعاضها لا يبطل صلوته اذ ليس مخلا بركنية القيام قوله واذا امكنه القيام مستقلا وجب المراد بالاستقلال هنا الاقلال لا الطلب كما هو الغالب في باب الاستفعال والمراد بالاقلال ان يكون غير مستند الى شيء بحيث لو ازيل السناد سقط قوله والا وجب ان يعتمد على ما يتمكن معه من القيام ولو توقف تحصيل ما يعتمد عليه على عوض وجب بذله وان كثر مع الامكان ولا فرق فيه بين كونه آدميا او غيره قوله وروي جواز الاعتماد على الحائط مع القدرة هي رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى ع قال سألته عن الرجل هل له ان يستند الى حائط المسجد وهو يصلي او يضع يده على الحائط وهو قائم من غير مرض ولا علة قال لا باس وعمل بظاهرها ابو الصلاح فجوز الاعتماد على ما يجاور المصلي من الابنية مع كونه مكروها والرواية محمولة على استناد مع عدم اعتماد جمعا بينها وبين ما دل على وجوب القيام مستقلا قوله وقيل حد ذلك ان لا يتمكن من المشي بقدر زمان صلوته هذا الحد للعجز المجوز للصلوة جالسا ان لا يقدر على المشي بقدر صلوته والمستند ما رواه سليمان المروزي عن الفقيه ع المريض انما يصلي قاعدا اذا صار الى الحالة التي لا يقدر فيها على المشي بقدر صلوته وحملت على من يتمكن من القيام اذا قدر على المشي للتلازم بينهما غالبا فان المعتبر العجز عن القيام لا عن المشي والاولى تنزيل الرواية على ان الجلوس انما يجوز مع تعذر القيام ولو لم يكن مستقرا لكن يقدر على المشي ولا يقدر على الاستقرار فيقدم الصلوة ماشيا عليها جالسا فان ذلك هو ظاهر الرواية وايضا فان القيام ماشيا يفوت معه وصف من اوصاف القيام وهو الاستقرار والجلوس يفوت معه اصل القيام وفوات الوصف اولى من فوات الاصل بالكلية وهو اختيار الفاضل ره واختيار الشهيد ره ترجيح الجلوس لان الاستقرار ركن في القيام وقد عرفت ما فيه قوله والا ركع جالسا ويجب فيه مراعاة النسبة بين انتصاب القائم وركوعه فينحني الجالس كك بحيث يجعل المائل من بدنه عند القعود بقدر المائل منه عند الركوع قائما واكمله ان ينحني بحيث يحاذي جبهته موضع سجوده واقله ان ينحني قدر ما يحاذي وجهه ما قدام ركبتيه من الارض ولا يرفع فخذيه وفاقا للشهيد في س قوله واذا عجز عن القعود صلى مضطجعا على جانبه الايمن كالملحود فيستقبل بوجهه القبلة فان تعذر الايمن فعلى الايسر قوله ما الاخر يومي بان لركوعه وسجوده بالراس ان امكن والا فالعينين ولو امكن رفع ما يسجد عليه ليصير بصورة الساجد وجب ان تعذر وضع على جبهته ما يصح السجود عليه وكذا يجب تمكين باقي المساجد مع الامكان قوله انتقل الى ما دونه اتم ما بقي من صلوته من غير استيناف وان كان الوقت واسعا ويمكن ان يريد بالاستمرار على الافعال التي يمكن وقوعها في حالة الانتقال كالقراءة فلا يترك القراءة في حالة الانتقال الى الادنى لانه انتقال الى ما هو ادنى وهو مواضع القوة بخلاف من وجد خفا في حالة الدنيا فانه ينتقل بها الى العليا تاركا للقراءة قوله ان يتربع المصلي قاعدا في حال القراءة الى قوله في حال التشهد المراد بالتربع هنا ان ينصب فخذيه وساقيه وبثني الرجلين ان يفترشهما تحته ويجلس على صدورهما بغير اقعاء وبالتورك ان يجلس على وركه الايسر ويخرج قدميه من تحته كما مر في التشهد قوله وكذا اعرابها المراد بالاعراب عند الاطلاق الرفع والنصب والجر والجزم وفي حكمها صفات البناء وهي الضم والفتح والكسر والسكون وكان المص اطلق الاعراب على ما يشملهما تغليبا او توسعا ولا فرق في البطلان بتغير الاعراب والبناء بين كونه مغيرا للمعنى اولا قوله حتى التشديد الى العطف التشديد على الحرف يجري التنبيه على انه حرف بل هو ابلغ منه فانه مشتمل على حرف مدغم وادغام وكلاهما واجب في القراءة حتى لو فك الادغام الصغير بطلت القراءة وان اتى بالحرف وفي حكم التشديد المد المتصل اما المنفصل فانه مستحب وكذا الاوصاف للقراءة من الهمس والجهر والاستعلاء والاطباق والغنة ونحوها كما نبه عليه الشهيد ره في بعض مصنفاته قوله وان كان ناسيا استانف القراءة انما يستانف القراءة اذا لم يحصل بها ما يمكن البناء عليه وامكن مع الاخلال بالموالاة اما لو انتفى الامران كما لو قرأ آخر الحمد ثم قرأ اولها ثم ذكر بنى على ما قراه اخرا ويستانف ما قبله لحصول الترتيب في الموالاة قوله فان ضاق الوقت قرأ ما تيسر منها فان تعذر قرأ ما تيسر من غيرها انما يقرأ ما تيسر منها مع تسميته قرآنا كالآية ونحوها والا فهو بمنزلة المعدوم ويجب ان يعوض عن الفائت من غيرها مع الامكان ويجب كونه بقدر الباقي منها فما زاد في الحروف لا في الآيات ومراعاة الترتيب بين ما علمه وبين البدل فان علم الاول اخر البدل او الاخر قدمه او الطرفين وسطه ولو لم يعلم شيئا من غيرها كبر ما لم يمنعها قوله او سبح الله وهلله وكبره بقدر القراءة ويجب فيه ما يجزي في الاخيرتين وفاقا للذكرى ويكرره بقدر

٣ الفاتحة وينبغي ان ينوي بها البدلية عن القراءة وكذا ما نقدم من الابدال ولو نقدم تتبع ذلك وجب تعلم تقدير الفاتحة ولو امكن الايتمام وجب مقدما على البدل
كما انه لو امكنه قراءة الفاتحة من المصحف قدم عليه ولو امكن تعيين ما قدم على الذكر ولا يكفي القراءة منه مع امكان التحفظ قوله ويعقد بها قلبه اي بالقراءة بان
ينوي بقلبه ويحرك لسانه كونها بدلا منها وكذا يجب الاشارة بالاصبع ومثله القول في باقي الاذكار والبحث عبارات الاصحاب من عقد قلبه بمعناها من
غير ذكر انه لعدم وجوبه تفهم المعنى على السعي فضلا عن الاخرس قوله لو قدم السورة على الحمد اعادها او غيرها بعد الحمد مع عدم التعمد والا بطلت الصلوة و
لجاهل عامد واعادة السورة بعد الحمد يحتمل كونها مع اعادة الحمد كما ذكره جماعة والاجود الاكتفاء بالحمد لان وقوعها بعد السورة لا يبطلها فلا وجه لاعادتها
مع ابعاد السورة لا غير قوله ولا يجوز ان يقرأ في الفرائض شيئا من سور العزائم فيبطل الصلوة بمجرد الشروع فيها مع العمد والناسي يرجع الى غيرها ما لم يتجاوز
النصف او لم يبلغ كمن قرأ السجدة او مالها ثم قضاها بعد الصلوة واحترز بالفريضة عن النافلة فيجوز قراءة احداها فيها ويسجد لها اذا تلاها كما سيأتي قوله
ولا بما يفوت الوقت بقراءته فيبطل مع العلم بمجرد الشروع وان لم يخرج الوقت نعم لو ظن السعة فتبين الضيق بعد الشروع عدل وان تجاوز النصف قوله وقيل
يكره هذا الرد بتقدير المشروعية والاحرم قطعا ويتحقق القران بقراءة ازيد من سورة وان لم يكمل الثانية بل بتكرار السورة الواحدة او بعضها ومثله
تكرار الحمد واقل الجهر ان يسمعه الصحيح القريب لا بد مع ذلك من اشتمال الصوت على جهرية واظهار ليتحقق الفرق بينه وبين السر عرفا بحيث لا يجتمعان في مادة
ما ذكره جماعة من الاصحاب حقيقتان متضادتان والحوالة بهما على العرف قوله وليس على النساء جهر اي لا يجب ذلك عليهن عينا بل يتخيرن بين الجهر والاخفات
في مواضع الجهر ما لم يسمعهن الاجنبي والا تعين الاخفات والاولى للخنثى الجهر ويجري موضع لا يسمعها الاجنبي فيه وهذا كله في القراءة اما غيرها من الاذكار
فيستحب الجهر به للامام والاسرار للمأموم ويتخير المنفرد في غير القنوت ويجهر به مطلقا قوله الجهر بالبسملة في موضع الاخفات لا فرق في ذلك بين الاوليين والاخيرتين
لاطلاق النص فتخصيص ابن ادريس الاستحباب بالاوليين ضعيف كما ضعف قول ابن البراج بوجوب الجهر بها في الاخفاتية مطلقا واعلم ان الجهر والاخفات كيفيتان
للقراءة الواجبة بحيث لا يمكن تأديها الا بهما وكيفية الواجب لا تكون الا واجبة وان كان تعلقها بالجهر بالواجب المخير فمعنى استحباب الجهر بها انه افضل
الفردين الواجبين على التخيير ولا منافاة بين استحبابه عينا ووجوبه تخييرا لعدم اتحاد الموضوع قوله وترتيل القراءة الترتيل تفسيران احدهما ما ذكره المصنف
المعتبر انه تبيين الحروف من غير مبالغة ونقله عن الشيخ ايضا والمراد به الزيادة على الواجب الذي يتحقق به النطق بالحروف من مخارجها ليتم الاستحباب الثاني
بيان الحروف واظهارها ولا يمدها بحيث يشبه الغناء وهو تفسير الفاضل في بعض كتبه وهو قريب
الاول وهما معا موافقان لكلام اهل اللغة قال في الصحاح الترتيل في القراءة الترسل فيها والتبيين بغير بغي الثالث انه حفظ الوقوف واداء الحروف
ذكره في الذكرى وهو المنقول عن ابن عباس وعلي عليه السلام قال وبيان الحروف والاول انسب بعبارة الكتاب للاستغناء بالتفسير الثالث عن قوله والوقوف
على مواضعه قوله وان يقرأ قل يا ايها الكافرون في المواضع السبعة هي اول ركعتي الزوال واول نوافل المغرب واول نوافل الليل واول ركعتي الفجر واول
صلوة الصبح اذا اصبح بها اي لم يصلها حتى انتشر الصبح وطلعت الحمرة واول سنة الاحرام واول ركعتي الطواف ويقرأ في ثواني هذه السبعة بالتوحيد
جاز قوله ويقرأ في اولى صلوة الليل قل هو الله احد ثلثين مرة وقد تقدم استحباب ان يقرأ فيها بالجحد لانها احد السبعة وطريق الجمع اما ان يكون قراءة كل
واحدة من السورتين سنة فيتخير المصلي او بالجمع بينهما بجواز القران في النافلة او يحمل اولى صلوة الليل على الركعتين المتقدمتين على الثماني كما ورد في
بعض الاخبار وعلى ما روي من كون الجحد في الركعة الثانية لا اشكال فان قراءة التوحيد في الاولى ثلثين مرة محصلة لقراءة التوحيد فيهما في الجملة قوله ولا
يجوز قول امين اخر الحمد هذا هو المشهور بل كاد ان يكون اجماعا ومستنده النص عن ائمة الهدى عليهم السلام وعلل مع ذلك مانه ليس بقران ولا دعاء وانما هو اسم
للدعاء اعني اللهم استجب والاسم غير المسمى فلو قال بدلها اللهم استجب لم يضر ولا ريب في البطلان بها مع وقوعها اخر الحمد او غيره من حالات الصلوة كالتشهد
كل ذلك مع عدم التقية والا لم يضر بل ربما وجب قوله فلو قرأ خلالها غيرها استأنف القراءة هذا مع النسيان ومع العمد يبطل الصلوة ويتحقق العمد بقراءة
ما لا يحل القراءة في تلك الحال وان كان من السورة ولا يخفى ان ذلك في غير الدعاء بالمباح وسؤال الرحمة والاستعاذة من النقمة عند ايتهما ورد السلام
وتسميت العاطس والحمد عند العطسة ونحو ذلك مما هو مستثنى قوله وكذا لو نوى قطع القراءة وسكت هذا اذا خرج بالسكوت عن كونه قاريا والا خرج عن
كونه مصليا والا وجب اعادة القراءة في الاول واعادة الصلوة في الثاني ولا فرق فيهما بين السكوت عمدا او نسيانا قوله اما لو سكت في خلال القراءة لا بنية
القطع او نوى القطع ولم يقطع مضى في صلوته انما يمضي في صلوته مع السكوت لا بنية القطع للصلوة او القراءة مع عدم طوله بحيث يخرج عن كونه قاريا او
مصليا والا اعاد القراءة في الاول والصلوة في الثاني والمراد بنية القطع في المسئلة الاخيرة قطع القراءة لا قطع الصلوة والا بطلت الصلوة بناء على
بطلانها بنية فعل المنافي ولا بد من تقييد قطع القراءة بان لا ينوي عدم العود اليها والا كان كنية قطع الصلوة قوله روى اصحابنا ان الضحى والم نشرح سورة
واحدة لتبع الاخبار بتصريح بكونهما سورة واحدة وانما فيها قراءتهما معا في الركعة الواحدة وهي اعم من كونهما سورة واحدة ورواية المفضل قال سمعت ابا
عبد الله عليه السلام يقول لا يجمع بين سورتين في ركعة واحدة الا الضحى والم نشرح وسورة الفيل ولايلاف صريحة في كونهما سورتين فان الاستثناء حقيقة في
المتصل وعلى هذا يضعف القول بترك البسملة بينهما او على تقدير وحدتهما فلا اشكال في ثبوت البسملة لوجودها في اثنائها غيرها وكما يجب البسملة بينهما
يجب عايد الترتيب على الوجه المتواتر قوله اذا خافت في موضع الجهر او عكس جاهلا او ناسيا لم يعد لا فرق في ذلك بين علمه بالحال قبل الركوع وبعده
على اصح القولين قوله وقيل يجزيه عشر وفي رواية تسع العشر باسقاط التكبير من الاوليين واثباته في الاخيرة والتسع باسقاطه من الجميع كما وقع مصرحا في رواية
حريز الكل مجزء ما عدا التسع لسقوط التكبير فيه ولو اختار الزائد على الاربع جاز لم ينو الوجوب بالجميع واستحباب ما زاد على الاربع ومع الاطلاق يحمل
الوجوب على الاربع لا غير قوله المعوذتان من القران هما بكسر الواو اسم فاعل سميتا بذلك لان النبي صلى الله عليه وآله كان يعوذ بهما الحسنين عليهما السلام وخالف في كونهما من القران

ئذ وذمن اللمانه وروى ابنه عن ابن مسعود لانهما انما نزلتا للعوذة بهما ولا منافاة بين ذلك وبين كونهما من القران قال القرآن صالح للتعوذ به لشرفه وبركته ٣١
قوله ان ينحني بقدر ما يمكن من وضع يديه على ركبتيه التقييد بالانحناء يخرج به ما لو انخنس بحيث امكنه وضع كفيه فان ذلك غير كاف وكذا لو امكن
بمشاركة الانحناء للانخناس بحيث لولا الانخناس لما امكن بلوغ اليدين الركبتين والمعتبر امكان وصول اليدين معا فلا يكفي احديهما اختيارا ثم
لو تعذر ذلك بها لعارض في احد الشقين كفت الاخرى والاصل بلوغ قدر ما يمكن به تمكين الراحتين والكفين بالركبتين والظاهر الاكتفاء
ببلوغ الاصابع وفي حديث زرارة المعتبر فان وصلت اطراف اصابعك في ركوعك الى ركبتيك اجزأك ذلك واحب الي ان تمكن كفيك قوله ولو لم
يتمكن من الانحناء لعارض اتى بما يمكن منه اللام في الانحناء للعهد الذكري وهو البالغ تمام ما يعتبر في الركوع فالمراد ان من لم يتمكن من الانحناء كله يأتي
بشيء منه قوله فان عجز اصلا اقتصر على الايماء المراد بقوله اصلا ان الاتيان مشروط بالعجز عن جميع الحالات المذكورة استقلالا واعتمادا ولو بعوض مقدور
والايماء بالرأس كما في نظائره مع الامكان والا فبالعينين قوله ولو كان كالراكع خلقة او لعارض وجب ان يزيد لركوعه يسير انحناء ليكون فارقا بين القيام
والركوع لان المعهود من صاحب الشرع الفرق بينهما وقال الشيخ والمص في المعتبر ان الفرق مستحب لان ذلك حد الركوع فلا يلزم الزيادة عليه ولو امكن نقص
الانحناء حال القراءة باعتماد ونحوه تعين لا لاجل الركوع لكن يجزي ذلك الانحناء للركوع لتحقق الفرق واعلم ان انحنائه لو بلغ اقصى المراتب بحيث يؤدي
الزيادة عليه الى الخروج عن حد الراكع فان الزيادة تسقط هنا وان اثبتناها ثم فان تحصيل حالة الركوع الاختيارية الواجبة مع الامكان اجماعا اولى من
تحصيل الفرق الذي لا قطع بوجوبه قوله ولو كان مريضا لا يمكن سقطت عنه ويجب عليه الانحناء الى حده لبيان بالذكر حالته فان المعسور لا يسقط بالمعسور
قوله التسبيح فيه وقيل يجزي الذكر المراد به المتضمن للثناء على الله تعالى وهذا القول هو الاجود للاحاديث الصحيحة الدالة عليه وما تضمن منها اذكارا مخصوصة
لا ينافيه لانها بعض افراده ولا دلالة فيها على الحصر فيما ذكر قوله وهي سبحان ربي العظيم وبحمده معنى سبحان ربي تنزيها له عن النقائص وصفات المخلوقين
ونصبه على المصدر بفعل محذوف وتقديره سبحت الله سبحانا اي نزهته تنزيها وقيل التسبيح هو المصدر وسبحان واقع موقعه يقال سبحت الله تسبيحا
فهو علم المصدر ولا يستعمل غالبا الا مضافا كقولك سبحان الله وهو مضاف الى المفعول به اي سبحت الله لانه المسبح المنزه ومتعلق الجار في وبحمده محذوف
ايضا اي وبحمده انزهه وقيل معناه والحمد لربي كما قيل في قوله تعالى ما انت بنعمة ربك بمجنون اي والنعمة لربك والعظيم في صفته تعالى من يقصر كل شيء سواه عنه
او من حصلت له جميع صفات الكمال او من نفيت عنه صفات النقص قوله فما زاد قال المص في المعتبر الوجه استحباب ما لا يحصل معه السأم الا ان يكون اماما
وهو حسن ولو تحصر المأمومون وعلم منهم حب الاطالة استحب له التكرار وعلى كل حال فلا ينبغي ان ينقص المصلي عن ثلث ما لم يعرض له ما يقتضي النقص
وقد روى عن ابان بن تغلب انه عد على الصادق عليه السلام في الركوع والسجود ستين تسبيحة والواجب مع الاطلاق هو الاولى ولو نوى غيرها جاز قوله وان يقول
بعد انتصابه سمع الله لمن حمده لا فرق في ذلك بين الامام وغيره عندنا ولو قال المأموم عند تسميع الامام ربنا لك الحمد كان جائزا ايضا وان انكره المص في
المعتبر وقد ورد في خبر محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام وكذا لو قال ولك الحمد فقد ورد في بعض الاخبار والواو هنا مقحمة وعدي سمع باللام مع انه متعد بنفسه كقوله تعالى
يوم يسمعون الصيحة لانه ضمن معنى استجاب فعدي بما يتعدى به كما ضمن السمع في قوله تعالى لا يسمعون الى الملأ الاعلى معنى الاصغاء اي لا يصغون فعدي بالى ومعنى التضمين
ان يشرب لفظ معنى لفظ اخر فيعطى حكمه وفائدته ان يؤدي كلمة مؤدى كلمتين وهذه الكلمة وهي سمع الله لمن حمده محتملة بحسب اللفظ للدعاء والثناء ولم اقف لاحد من
الاصحاب على تعيين لاحد المعنيين وفي بعض الاخبار تصريح بكونها دعاء قوله ويكره ان يركع ويداه تحت ثيابه بل يكونان بارزتين او في كمه قاله الاصحاب
واكثر عباراتهم مطلقة وليس فيها تقييد الكراهة بما اذا لم يكن تحتهما ثوب اخر وروى عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يدخل يديه تحت ثوبه قال ان كان عليه ثوب اخر
فلا بأس قوله في كل ركعة سجدتان وهما ركن في الصلوة اعلم ان الحكم بكون الركن في السجود مجموع السجدتين مع اطلاق القول بان زيادة الركن ونقصانه مبطل
للصلوة وان كان سهوا الا ما استثني لان الماهية المركبة تفوت بفوات جزء من اجزائها وذلك يستلزم فوات الركن بترك السجدة الواحدة وقد اطلق الاصحاب
عدا ابن ابي عقيل على عدم بطلان الصلوة بفواتها سهوا واللازم من ذلك اما عدم كون الركن مجموع السجدتين او كون نقصان الركن سهوا غير مبطل واجاب الشهيد
عن ذلك بان انتفاء الماهية هنا غير مؤثر مطلقا والا لكان الاخلال بعضو من اعضاء السجود مبطلا ولم يقل به احد بل المؤثر هو انتفاؤها بالكلية قال ولعل
الركن مسمى السجود ولا يتحقق الاخلال به الا بترك السجدتين معا ورد بان الركن على تقدير ان يكون هو المجموع يجب ان يكون الاخلال به مبطلا وبان وضع ما
عدا الجبهة لا دخل له في نفس السجود كالذكر والطمأنينة وبان جعل الركن هو مسمى السجود يستلزم الابطال بزيادة السجدة الواحدة سهوا ولا قائل به والحق ان الركن
لا يتبع فيه اطلاق القول بكون زيادته ونقصانه سهوا مطلقا مبطلا وقد تخلف في كثير من المواضع المشهورة فليكن هذا منها بل الحكم في كثير منها اضعف مستندا
من هذا فيمكن جعل الركن مجموع السجدتين كما اطلقه الاصحاب ولا يبطل بنقصان الواحدة سهوا وان استلزم فوات الماهية المركبة كيف وقد ادعى في الذكرى الاجماع
على عدم بطلان الصلوة بنقصانها او يلتزم بكون الركن مسمى السجود ولا يبطل بزيادة الواحدة سهوا فيكون احدهما مستثنى كنظائره وكيف كان فالحكم لا
شبهة فيه وانما الكلام في اطلاق الركن عليهما او على احدهما قوله الجبهة والكفان والركبتان وابهاما الرجلين الواجب في كل واحد منها مسماه حتى الجبهة ويستحب الاستيعاب
وحد الجبهة قصاص الشعر من مستوي الخلقة والحاجب ويتعين الابهامان فلا يجزي غيرهما من الاصابع مع الامكان ويدونه يجزي غيرهما من الاصابع من غير ترجيح
ويجب الاعتماد عليها بالقاء الثقل وان لم يكن مسوية ولا يجب الجمع بين الاصابع والكف بل يجزي المسمى من كل منهما نعم لا يجزي رؤس الاصابع لانها حد الباطن
قوله فلو سجد على كور العمامة كور العمامة بفتح الكاف دورها والمانع من ذلك عندنا كونه من غير جنس ما يصح السجود عليه لا كونه محمولا فلو كان مما يصح السجود عليه كالليف
صح قوله الا ان يكون علوا بقدر لبنة لا ازيد اللبنة بفتح اللام وكسر الباء او بكسر اللام وسكون الباء والمراد بها المعتادة في بلد صاحب الشرع
وقدرت بان تكون موضوعة على اكبر سطوحها وقدرت باربع اصابع تقريبا واكثر الاصحاب ذكروا العلو لا غير والحق الشهيد به الانخفاض فلا يجوز زيادته عليها

٣٢ وهو حسن واعتبر ذلك في بقية المساجد ايضا ولا فرق في ذلك بين الارض المتحدرة وغيرها قوله الذكر فيه وقيل يختص الحكم فيهما واحد وبعضهم من هذه العبارة ترجيح المص القول باجزاء الذكر المطلق عكس ما سبق قوله الطمانينة فيه الا مع الضرورة المانعة فيسقط الطمانينة ويبقى وجوب الذكر بحسب الامكان قوله وان يرغم بانفه الارغام بالانف هو السجود عليه مع الاعضاء السبعة ماخوذ من الرغام بفتح الراء وهو التراب اي يلصق انفه به ويتادى السنة بوضعه على ما يصح السجود عليه وان لم يكن ترابا وان كان التراب افضل وقد روي عن علي ع لا يجزي صلوة لا يصيب الانف ما يصيب الجبين ويحمل على نفي الاجزاء الكامل ويجزي اصابة الانف المسجد باي جزء كان منه واعتبر المرتضى اصابة الطرف الاعلى منه قوله ويكره الاقعاء بين السجدتين هو ان يعتمد بصدور قدميه على الارض ويجلس على عقبيه قاله المص في المعتبر ونقل عن بعض اهل اللغة انه الجلوس على اليتيه ناصبا فخذيه مثل اقعاء الكلب قال والمعتمد الاول قوله بحفيرة حفيرة الحفر مورد النص والوجه في ذلك وقوع السلام على ما يصح السجود عليه سواء وضع المريض في حفيرة ام المرجونة ام غيرهما ولا ترتيب بين الجبينين لكن يستحب تقديم الايمن جزم به ابن بابويه بتعينه لعدم ه والمراد بالذقن مجمع اللحيين وشعر اللحية ليس منه فيجب كشفه مع الامكان لتلاصق جزء من الذقن ما يصح السجود عليه ليتحقق به مسمى السجود ولو تعذر جميع ذلك اومأ ولو زال الالم بعد اكمال الذكر اجزأ وقبله يستدرك قوله ويستحب للسامع على الاظهر بل الاصح وجوبه عليه كالمستمع وادعى عليه بعض الاصحاب الاجماع والمراد بالمستمع المنصت للاستماع وبالسامع من يتفق له السماع من غير انصات ومحل السجود عند الفراغ من الاية المتضمنة للسجود ويتكرر بتكرر السبب ان لم يتخلل السجود قوله ولا استقبال القبلة على الاظهر هذا هو الاصح وكذا لا يشترط خلو البدن والثوب عن النجاسة التي لا يعفى عنها في الصلوة وهل يشترط وضع الجبهة على ما يصح السجود عليه والسجود على الاعضاء السبعة ومساواة مسجده لموقفه اوما في حكمهما وجهان ولا ريب ان اعتباره احوط ونيته مقارنة للسجود ولو نوى في حال استدامته فالظاهر الاجزاء ويجب على الفور فلو اخل به عمدا اثم ويبقى اداء كما اختاره المص في المعتبر قوله ويستحب بينهما التعفير التعفير تفعيل من العفر بفتح العين المهملة والفاء وهو التراب والمراد به وضع الجبينين على التراب بين السجدتين وكذا الخدين والظاهر ان وضعهما على ما يسجد عليه كاف في اصل السنة كيف ما اتفق وان كان التراب هو الافضل وبالتعفير يتحقق تعدد سجود الشكر فان عوده اليه بعد التعفير سجدتان وقد ورد في اخبارنا ان ذلك من علامات المؤمن قوله وجب عليه الاتيان بما يحسن منه مع ضيق الوقت ولو امكنه الترجمة عن الباقي وجب وكذا لو لم يحسن شيئا وامكنه الترجمة فان عجز عنهما حمد الله بقدره وهو واجب على الاقوى هذا هو الاحوط ولا يقدح اعتقاده في صحة الصلوة على تقدير الاستحباب لخروجه عنها قوله ولو عبارتان آه اما الثانية فمخرجة بالاجماع واما الاولى فعلها دالا لزم الاتيان الا ان القول بوجوبها حادث فينبغي الاقتصار على موضع اليقين وهو السلام عليكم وتقديم السلام علينا مع التسليم المستحب قوله وان يسلم المنفرد الى القبلة تسليمة واحدة ويومي بمؤخر عينيه مؤخر العين بضم الميم وسكون الهمزة وكسر الخاء مثال مؤمن طرفها الذي الى الصدغ نقيض مقدمها وهو الطرف الذي يلي الانف واستحباب الايماء بذلك هو المشهور ولا شاهد له عنده قوله والامام بصفحة وجهه وكذا الماموم ان كان على يساره غيره او انسان وان لم يكن مصليا وجعل ابنا بابويه الحايط كافيا في التسليمتين للماموم ومثل هذا لا يؤخذ بالراي فالظاهر وقوفهما على شاهده قاله في الذكرى ولا باس باتباعهما لانهما جليلان لا يقولان الا عن ثبت وينبغي ان يكون الايماء بالصفحة بعد التلفظ بالسلام عليكم الى القبلة جمعا بين وظيفتي الايماء والاستقبال بافعال الصلوة على تقدير كونه منها ويستحب ان يقصد المنفرد بتسليمه الانبياء والائمة والملائكة والحفظة لذكر بعضهم في التسليم المندوب وخص بعض والامام ذلك مع اضافة الماموم وهو ايضا الماموم بالاولى الرد على الامام وبالثانية يقصد الامام ولو اضاف الجميع الى ذلك مسلمي الانس والجن جاز ولو ذهل عن هذا القصد فلا باس قوله وفي الجمعة قنوتان وكذا في الوتر قبل الركوع وبعده قوله ولو نسيه قضاه بعد الركوع فان فاته قضاه بعد التسليم جالسا مستقبلا فان لم يذكر حتى انصرف قضاه في الطريق مستقبلا قوله وضع اليمين على الشمال لا فرق في ذلك بين فوق السرة او تحتها ولا بين وضع الكف وعلى الذراع او على مثله والظاهر ان وضع اليسار على اليمين كذلك لشمول اسم التكفير له ولا فرق في الابطال بين ان يفعله معتقدا للاستحباب ام لا ويستثنى من ذلك فعله للتقية فانه جائز بل ربما وجب ولو عدل عنه معها فالظاهر عدم بطلان الصلوة لخروجه عنها بخلاف ما لو عدل الى المسح عن الغسل في محلها قوله والالتفات الى ما وراءه هذا اذا كان بكله ولو كان بوجهه بحيث يصير الوجه الى حد الاستدبار فالاولى انه كذلك وان كان الفرض بعيدا اما اليمين فلا اعتبار به قوله والكلام بحرفين فصاعدا التقييد بحرفين فصاعدا بناء على الغالب من ان الكلام لا يكون الا كذلك والا فالضابط في ذلك الكلام وان تادى بحرف واحد كالامر من الفعل الثلاثي المعتل الطرفين مثل ع وق وش امر من وعى ووقى وودى ووشى وفي حكمه الحرف بعده مدة ناشئة من اشباع حركته ضما او كسرا او فتحا فان اشبع احد هذه الحركات بحيث يتولد منها الواو والياء والالف قوله والقهقهة المراد بها هنا الضحك المشتمل على الصوت فلا يبطل التبسم وان كان مكروها ولا فرق في القهقهة بين القليلة والكثيرة لاطلاق النص والفتوى ولو وقعت على وجه لا يمكن دفعه كمقابلة ملاعب ونحوه ابطلت وان انتفى الاثم قوله وان يفعل فعلا كثيرا ليس من الصلوة المرجع في الكثرة الى العرف فما يعد قليلا كخلع النعل ولبس الثوب الخفيف ونزعه والخطوتين واشباه ذلك لا يقدح في صحتها ولا عبرة فيه بالتعدد فقد يبلغ الكثرة مع اتحاده كالوثبة الكبيرة وقد يتعدد ولا يبلغها كحركة الاصابع ونحوها وهل يشترط التوالي فلا يقدح المتفرق وان كان يبلغ الكثرة لو اجتمع نظر والظاهر الاشتراط لاقتضاء العرف ذلك ولما روي ان النبي ص كان يحمل امامة بنت ابي العاص في الصلوة ويضعها كلما سجد وتقييد ابطال الفعل الكثير للصلوة بالعمد يقتضي عدم ابطاله مع النسيان ويشكل مع انمحاء صورة الصلوة فيه فيتوجه البطلان قوله والبكاء لشيء من امور الدنيا كذكر ميت وذهاب مال واحترز به عن البكاء للاخرة كذكر الجنة والنار فانه من افضل الاعمال بل يستحب التباكي وهو تكلف البكاء لمن لا يقدر عليه وهل يشترط في ابطال البكاء لامور الدنيا اشتماله على صوت ام يكفي خروج الدمع من الشك في كون البكاء في النصوص مقصورا او ممدودا فان كان مقصورا فالمراد به خروج الدمع لا غير وان كان ممدودا فالمراد به الصوت الذي يكون مع البكاء كما نص عليه اهل اللغة ولو اشتمل البكاء

وفي الجمعة قنوتان في الاولى قبل الركوع وفي الثانية بعد الركوع ولو نسيه قضاه بعد الركوع متن

للاخرة

٣٣ للاخرة على حرفين فصاعدا غير قرآن ولا دعاء ابطل كاه من خوف النار قوله والاكل والشرب هل قول انما نسب الابطال بهما الى القول لتوقفه فيه لعدم الوقوف على نص او ظاهر يقتضيه فيكون من الافعال الخارجة عن الصلوة فيعتبر في ابطالهما الكثرة ومال اليه في المعتبر واختاره الشهيد ره في الذكرى وجماعة وهو حسن ويستثنى من ذلك الشرب في الوتر لمريد الصوم وهو عطشان ويخشى فجاءة الفجر قبل الفراغ مما يريده من الدعاء فيه ولم يستلزم الاستدبار ولا الفعل الكثير غير الشرب ولا حمل نجاسة لا يعفى عنها ولا فرق في الوتر والصوم بين الواجبين والمندوبين للاطلاق قوله وعقص الشعر للرجل من المنافيات هذا اشبه الكراهة عقص الشعر هو جمعه في وسط الراس وشده والقول بالكراهة هو الاجود والتقييد بالتحريم بمنعه شيئا من واجبات الصلوة خروج عن المسئلة قوله ويكره الالتفات يمينا وشمالا اي بالوجه ليتم الاطلاق فلو كان بالبدن ابطل مع العمد وقيل يبطل الصلوة الالتفات وان كان بالوجه لقوله ع لا صلوة للملتفت وهو ضعيف قوله والتثاوب والتمطي روى الحلبي عن الصادق ع ان التمطي والتثاوب في الصلوة من الشيطان قال في الصحاح التمطي التبختر ومد اليدين في المشي واصله التمدد قوله والتنخم والبصاق يشترطان لا يظهر منهما حرفان والا ابطلتا الصلوة وقد روي ان النبي ص كان ياخذ النخامة بثوبه والبصاق بضم الباء البزاق بالضم ايضا قوله او بناقة يحرف او بان بها الناقة قوله آه عند الشكاية والتوجع والمراد هنا النطق بذلك على وجه لا يظهر منه حرفان والانين مثله على ما ذكره اهل اللغة وقد يخص الانين بالمريض قوله او يدافع البول والغائط والريح لاستلزامه سلب الخشوع ولقول النبي ص لا صلوة لحاقن وقوله ع لا تصل وانت تجد شيئا من الاخبثين ومثله مدافعة النوم وقد ورد انه المراد بالسكر في قوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى هذا اذا عرضت المدافعة قبل الصلوة والوقت متسع اما لو عرضت في اثناء الصلوة لم يكره الاتمام وكذا مع ضيق الوقت بل يجب الاشتغال بها ويحرم قطعها نعم لو عجز عن المدافعة او خشي ضررا جاز قال في البيان ولا يجبر بسنن هذا المكروه فضيلة الايتمام او شرف البقعة وفي نفي الكراهة لو احتاج الى التيمم نظر قوله وكذا ان عطس غيره عنده يستحب له ان يسمته في الصحاح تسميت العاطس ان يقول له يرحمك الله بالسين والشين جميعا قال ثعلب الاختيار بالسين لانه ماخوذ من السمت وهو القصد والمحجة وقال ابو عبيدة الشين اعلى في كلامهم واكثر والظاهر وجوب رد العاطس على المسمت ولكن بلفظ الدعاء والسلام المشروع فيها او مثل قوله مع قصد الدعاء به لا بقصد مجرد الرد وكما يستحب للعاطس التحميد عنده والصلوة على النبي وآله يستحب لسامعه ايضا قوله اذا سلم جاز ان يرد عليه مثل قوله سلام عليكم ولا يقول وعليكم السلام على رواية المراد بالجواز هنا معناه الاعم فلا ينافي الوجوب وانما عبر به لان المقصود بيان المشروعية عندنا خلافا للجمهور ويبقى الوجوب معلوما من خارج ولان كل من قال بالجواز قال بالوجوب ومن لا فلا فارادة الجواز بالمعنى الاخص احداث قول ثالث مخالف لما اجمع عليه وانما يتعين الرد بقوله سلام عليكم اذا قال المسلم ذلك ولو قال سلام عليك او السلام جاز الرد بمثله وبالمعهود ولو سلم بغير ذلك كما لو عكس او عرف السلام لم يتعين الرد بلفظ السلام وهل يجوز اجابته قبل الا الان بقصد الدعاء ويكون مستحبا والاجود الرد عليه بالدعاء وبالسلام المعهود لكونه تحية عرفا كتحية الصباح والمساء ويجب على المجيب اسماعه تحقيقا او تقديرا ولا يكفي الاشارة عن الرد عندنا ولو رد غيره اكتفى به اذا كان مكلفا ولو رد بعد قيام غيره بالوظيفة لم يضر ولا فرق في المسلم بين الكبير والصغير اذا كان مميزا ولو ترك الرد في موضع الوجوب ففي بطلان الصلوة وعدمه وجهان اجودهما العدم ولا يكره السلام على المصلي عندنا ولو حيي بتحية الصباح والمساء بلفظ الدعاء او السلام او بمثله مع قصد الدعاء به لا بمجرد الرد قوله ولا يجوز ان يطلب شيئا محرما ولو فعل بطلت صلوته وجهل التحريم او كون المحرم مبطلا للصلوة ليس عذرا وكذا الكلام في جميع منافيات الصلوة لا يخرجها الجهل بالحكم عن المنافات قوله يجوز للمصلي ان يقطع صلوته اذا خاف آه المراد بالجواز معناه الاعم المشترك بين ما عدا الحرام وقد استعمل المشترك هنا في معانيه اما حقيقة او مجازا على الخلاف فان قطعها لحفظ الصبي المتردي اذا كان محرما واجب وكذا حفظ المال المعتبر فوته بحاله وقطعها لاحراز المال اليسير الذي لا يضر فوته مباح ولاحراز المال اليسير الذي لا يبالي بفواته كالحبة والحبتين من الحنطة مكروه وهذه الاقسام الثلثة داخلة في العبارة من جهة الاطلاق وقد يستحب قطعها لامور تقدم بعضها كناسي الاذان والاقامة فقطع الصلوة منقسم الى الاحكام الخمسة قوله ويخرج وقتها اذا صار ظل كل شيء مثله هذا هو المشهور ومستنده غير واضح قال في الذكرى لم نقف لهم على حجة الا ان النبي كان يصلي دائما في هذا الوقت ولا دلالة فيه وهو انسب بمذهب العامة القائلين بتوقيت الظهر بذلك والذي يناسب اصولنا وذهب اليه جماعة من اصحابنا امتداد وقتها بامتداد وقت الظهر تحقيقا للبدلية ولاصالة البقاء والعمل على المشهور قوله ولو خرج الوقت وهو فيها اتم جمعة مقتضاه ان وجوب اكمالها موقوف على التلبس بها في الوقت ولو بالتكبير وهو مذهب جماعة والاصح اشتراط ادراك ركعة كاليومية ولا فرق في ذلك بين من شرع فيها عالما بان الوقت لا يسع الا ركعة وبين غيره قوله ثم لا يقضي جمعة بل يقضي ظهرا المراد بالقضاء هنا معناه اللغوي وهو الفعل كقوله تعالى فاذا قضيت الصلوة فانتشروا لا المعنى الاصطلاحي وهو فعل الفائت في غير وقته للاجماع على ان الجمعة لا تقضى ولان القضاء يجب موافقته للاداء في الكم وليست الظهر كالجمعة منه فيه وضمير تقضى عائد الى فضيلة الوقت يوم الجمعة المحدث عنها وهي الجمعة مع اجتماع الشرائط والظهر مع عدمها قوله والا اعاد الظهر ولم يجتزئ بالاول لفساده ان لم يكن مخاطبا به وهذا مع التعمد ظاهر اما مع النسيان فمقتضى اطلاقهم انه كذلك ويحتمل ضعيفا الصحة معه ولا فرق في وجوب الاعادة مع الظن ادراك الجمعة بين ان يظهر صدق ظنه او خطاؤه لكونه متعبدا في ذلك بظنه ولو لم يكن شرائط الجمعة مجتمعة لكن يرجو اجتماعها قبل خروجه فهل يجوز له التعجيل للظهر والاجتزاء بها وان تمت الجمعة بعد ذلك ام يجب التسري الى ان يظهر الحال احتمالان ولا ريب ان التاخير اولى وان كان جواز التعجيل لا يخلو عن قوة قوله وان تيقن ان الوقت لا يتسع لذلك فقد فاتت الجمعة ويصلي ظهرا بل يجب الدخول فيها متى علم انه يدرك ركعة بعد الخطبتين لعموم من ادرك ركعة من الوقت ولا فرق في ذلك بين الامام والماموم قوله ثم شك هل كان الامام راكعا ام رافعا لم يكن له جمعة المراد انه ادرك في الركعة الثانية كذلك ووجه فوات الجمعة تعارض اصلي عدم الادراك وعدم الرفع فيتساقطان ويبقى المكلف في عهدة الواجب للثلثة الاتيان به على جهة قوله

وكذا

٣٤ وكذا لو ادرك الامام راكعا في الثانية على قول هذا هو المشهور وعليه العمل ويدل عليه قول الصادق ع اذا ادركت الامام وقد ركع فكبرت وركعت قبل ان يرفع راسه فقد ادركت الركعة ولا فرق في ذلك بين ان يكون الامام قد اتى بواجب الذكر وعدمه ولا بين ذكر المأموم والامام راكع وعدمه بل المعتبر اجتماعهما في حد الراكع وهل يقدح في ذلك شروع الامام في الرفع مع عدم تجاوزه حد الراكع نظر وظاهر الروايات الركعة بذلك قوله وجاز ان يتقدم الجماعة من يتم بهم الصلوة ويجب عليهم تجديد نية القدوة به لتغاير الامامين ويقرء الناسي من حيث قطع الاول ان كانت المفارقة في القراءة ولو شك فيما قطع عليه قرأ من موضع يعلم به البراءة ولو كان القطع في اثناء كلمة او كلام غير تام ابتدأ من اوله وانما يجب عليهم التقديم مع وجود صالح للقدوة والا اتموا منفردين ولو تركوا القدوة مع امكانها لم يصح صلوتهم قوله ولو انفضوا في اثناء الخطبة او بعدها قبل التلبس بالصلوة سقط الوجوب انما يسقط مع تعذر ارجاعهم بعد عودهم او عود من تنعقد به الجمعة ولو عادوا بعد انفضاضهم في اثنائها بنى وان طال الفصل لعدم ثبوت اشتراط الموالاة فيها وفي حكم انفضاض الجميع انفضاض من ينقص به العدد قوله وان دخلوا في الصلوة ولو بالتكبير وجب الاتمام ولو لم يبق الا واحد وانما اعتبر بقاء واحد ليتحقق شرط الجماعة به والاصح عدم اشتراط بقاء واحد بل يجب على الامام الاتمام وان بقي وحده للنهي عن قطع الصلوة والجماعة انما يعتبر ابتداء لا استدامة كالعدد وكذا لا يعتبر في وجوب الاتمام ادراك ركعة جامعة للشرائط خلافا للفاضل فلو كان المنفض بعد الشروع في الصلوة هو الامام وجب عليهم الاتمام ايضا وتقديم امام يتم بهم ان امكن والا اتموا فرادى قوله ويجب في كل منهما الحمد والصلوة والوعظ ويتعين الحمد لله والصلوة بلفظهما ولا ينحصر الوعظ في لفظ بل يجزي كل ما اشتمل على الوصية بتقوى الله والحث على الطاعات والتحذير عن المعاصي والاغترار بالدنيا وما شاكل ذلك ولا يجب الجمع بين ما ذكر ولا تطويل الوعظ بل لو قال اطيعوا الله واتقوه كفى ويجب الترتيب بين هذه الاجزاء فيقدم الحمد ثم الصلوة ثم الوعظ ثم القراءة فلو خالف اعاد على ما يحصل معه الترتيب كونهما بالعربية للتاسي فلا يجزي الترجمة اختيارا نعم لو لم يفهم العدد العربية فالظاهر اجزاؤها ...

٣٥ ... الحر والبرد الشديد اذا استغرقت او خاف الشرب بهما وكذا اذا خاف احتراق الخبز او فساد الطعام ونحوهما ولو ظن ضيق الوقت قبل الاشتغال بها احرم ولا يسقط ما ذكره من الحكم والمحبوس بباطل او بحق يعجز عن ادائه ودراجي العفو عن الدم الموجب للقصاص او الصلح باستتاره وخائف الظالم على نفسه ولو بضرب او شتم او على ماله وان قل ...

٢٦ البلاغة وهي القدرة على تأليف الكلام المطابق لمقتضى الحال من التخويف والانذار والاعلام بفضل الوقت الحاضر والاعمال المؤكدة فيه وغيرها بحيث يبلغ به كنه المطلوب بحسب حال الاشخاص السامعين على وجه لا يبلغ التطويل الممل ولا يلزم عدم التفصيل المخل قوله ويكره له الكلام في اثناء الخطبة قد تقدم ان الارجح تحريمه الا عليه كغيره قوله وان يسلم اولا ويجب الرد عليه كفاية كغيره من افراد السلام لعموم الامر برد التحية قوله الا في سورتي الجحد والتوحيد فلا يعدل عنهما مطلقا والمشهور جواز العدول عنهما الى السورتين كغيرهما ما لم يبلغ نصفها لصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما ع واختصاص المنع من العدول عنهما بغير هذا الفرض قوله ويستحب الجهر بالظهر يوم الجمعة الاولى عدم الجهر بالظهر مطلقا وهو اختيار المص في المعتبر قوله في صلوة العيدين العيد ماخوذ من العود اما لكثرة عوائد الله تعالى على عباده فيه ورحمته واما لعود السرور والرحمة بعوده وياؤه منقلبة عن واو وجمعه على اعياد غير قياس لان حق الجمع رد الشيء الى اصله وقيل وانما فعلوا ذلك للزوم الياء في مفرده او للفرق بينه وبين جمع عود الخشب قوله واذا اختلت الشرائط سقط الوجوب واستحب الاتيان بها لا فرق هنا بين حضور الفقيه وعدمه في حال الغيبة في ظاهر كلام الاصحاب بخلاف الجمعة وان كان ما هناك من الدليل آتيا هنا ولا يشترط التباعد بين نفليها بفرسخ ولا بين فرضها ونفلها قوله يقرأ الاعلى وقيل الافضل والشمس لصحيحة جميل بن دراج وكلاهما حسن قوله والافضل ان يقرأ الغاشية وقبل الشمس وقيل في الاولى الغاشية وفي الثانية الاعلى والكل جائز واصح الروايات اسنادا ما تضمن كون الشمس في الاولى والغاشية في الثانية قوله ويقنت بينها اربعا فيه تجوز لانه اذا كانت التكبيرات اربعا لم يتحقق كون القنوت بينها اربعا بل ثلثا والانسب ان يقال ويقنت بعد كل تكبير قوله غير تكبيرة الاحرام وتكبيرة الركوع هذا المخرج ليس من افراد المستثنى منه فلا وجه لاخراجه وكانه ذكره للتوضيح مع ان تركه اوضح قوله الاصحار بها الا بمكة فيصلي في مسجدها لقول الصادق ع على اهل الامصار ان يبرزوا في امصارهم في العيدين الا اهل مكة فانهم يصلون في المسجد الحرام ولوجوب التوجه اليه من سائر الجهات فلا يناسب الخروج منه وانما يستحب الاصحار مع الامكان وعدم المشقة الشديدة في الخروج كالمطر والوحل والاصليت في المساجد قوله والسجود على الارض دون غيرها مما يصح السجود عليه ويستحب مباشرة الارض بما يمكن من اعضاء المصلي فلا يفرش على الارض فراشا للخبر قوله حافيا لان الرضا ع لما خرج الى المصلى في عهد المامون روى عن النبي ص انه قال من اغبرت قدماه في سبيل الله حرمه الله على النار قوله وان يطعم قبل خروجه بفتح الياء وسكون الطاء وفتح العين مضارع طعم بكسرها كعلم يعلم اي يأكل ومستند التفرقة ما روي عن النبي ص انه كان لا يخرج في الفطر حتى يفطر ولا يطعم يوم الاضحى حتى يصلي ع مع ذلك بوجوب الافطار يوم الفطر بعد تحريمه ففي المبادرة اليه بعث للنفس على تلقي الاوامر المتضادة وانقيادها الى امتثال امر الشرع بخلاف الاضحى واستحباب الاكل من الاضحية ولا يتيسر الا بعد الصلوة قوله وان يتنفل قبلها وبعدها الا بمسجد النبي ص بالمدينة فانه يصلي ركعتين قبل خروجه المراد من كان بالمدينة يستحب له ان يقصد المسجد قبل خروجه فيصلي فيه ركعتين ثم يخرج الى المصلى والمستند قول الص ع ركعتان من السنة ليس تصليان في موضع الا بالمدينة تصلي في مسجد الرسول في العيد قبل ان يخرج الى المصلى ليس ذلك الا بالمدينة لان رسول الله ص فعله قوله التكبير الزائد اداه الاقوى جواز التكبيرات والقنوت وعدم انحصاره في لفظ للاصل واختلاف الروايات في تعيينه واوجب ابو الصلاح في ظاهر كلامه فيه اللهم اهل الكبرياء والعظمة الى آخره ويمكن حمله على الوجوب التخييري لانه بعض افراد الدعاء المنقول بل هو افضلها فلا يتعين قوله لا بالتعيين قوله فمن حضر العيد كان بالخيار في حضور الجمعة المشهور عدم التقييد لصحيحة الحلبي انه سئل ابا عبد الله ع عن ذلك فقال اجتمعا في زمان علي ع فقال من شاء ان يأتي الجمعة فليأت ومن قعد فلا يضره ويجب على الامام اعلام بذلك في خطبة العيد وكذا يجب عليه الحضور لصلوة الجمعة فان اجتمع معه تمام العدد صلاها والا فلا قوله الخطبتان بعد الصلوة اختلف الاصحاب في وجوب الخطبتين هنا فذهب جماعة الى الوجوب تأسيا بالنبي ص والائمة ع والاكثر على الاستحباب بل ادعى المص في المعتبر عليه الاجماع والعمل بالوجوب احوط ومحلهما بعد الصلوة باجماع المسلمين وتقديمها بدعة عثمانية وروى محمد بن مسلم عن الباقر ع ان عثمان لما احدث احداثه كان اذا فرغ من الصلوة قام الناس فلما رأى ذلك قدم الخطبتين واحتبس الناس للصلوة ثم تبعه بنو امية وابن الزبير ثم انعقد اجماع المسلمين على تأخيرها وذكر العامة ان مروان قدم الخطبة فقال له رجل خالفت السنة فقال له ترك ذاك فقال ابو سعيد الخدري اما هذا فقد قضى ما عليه سمعت رسول الله ص يقول من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فمن لم يستطع فبلسانه فمن لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان قوله بل يعمل شبه المنبر من طين ولو عمل من غيره تأدت السنة وان كان المنقول افضل قوله الفصل الثالث في صلوة الكسوف في نسبة هذه الصلوة الى الكسوف مع كونه بعض اسبابها تجوز ولو عبر عنها بصلوة الآيات كما صنع الشهيد كان اجود واعلم ان الاغلب نسبة الكسوف الى الشمس والخسوف الى القمر وقد يطلق الكسوف عليهما معا وكذا الخسوف والفعل منهما يتعدى ويقصر يقال كسفت الشمس بفتح الكاف والسين وكسفها الله وكذلك خسف القمر بغير همز فيهما وجعل في الصحاح انكسفت الشمس من كلام العامة وجوزه الهروي والاخبار مشتملة على اللغتين قال النبي ص ان الشمس والقمر آيتان يخوف الله بهما عباده ولا ينكسفان لموت احد ولا لحيوته واذا رأيتم ذلك فصلوا وقال ابي بن كعب انكسفت الشمس على عهد رسول الله ص وركع خمس ركعات وسجد سجدتين الحديث وهذان الحديثان حجة على من لم يوجبها عينا من العامة او خالف في كيفيتها قوله وهل يجب لما عدا ذلك اه الاصح وجوبها لكل مخوف سماوي لصحيحة زرارة ومحمد بن مسلم عن الباقر ع قوله حين ابتداء الانجلاء فان لم يشرع لها لم يجب هذا هو المشهور والذي اختاره المص في المعتبر والشهيد ره امتداده الى تمام الانجلاء فيعتبر سعة وقت الجميع للصلوة وهو اجود قوله وكذا الرياح والاخاويف هذا هو المشهور والاجود عدم اشتراط سعة وقتها كالزلزلة واختاره في س ويجب اداء دائما وان وجبت الفورية قوله ويصلي اداء وان سكنت اعلم ان اشتراط الاداء في صلوة الزلزلة يقتضي ان لها وقتا محدودا لان الاداء من لوازم التوقيت وليس وقت الزلزلة خاصة هو الوقت كما في الخسوف لقصوره عنها غالبا واستحالة التكليف بعبادة في وقت يقصر عنها بل هو اول وقتها بمعنى دخوله بحصول مسماها وان لم يسكن ويمتد بامتداد عمر المكلف بها ويصلي اداء دائما واوجب الشهيد ره ومن تبعه مع ذلك الفورية بها وهو على القول باقتضاء الامر الفورية لا على صدر وجوزه بعض المحققين بان وقتها تعرف وقت الآية ولما لم يسعها غالبا وامتنع فعلها فيه وجب المصير الى كون ما بعده صالحا لايقاعها فيه حذرا من التكليف بالمحال ويبقى حكم الادا

٢٧ مستصحبا الاستدامة النافل ويدعى فيها الفورية من حيث ان فعلها خارج وقت السبب انما كان بحسب الضرورة فاقتضت التاخير على قدرها جاء بن القواعد المتقررة وهي توقيت هذه الصلوة وقصور وقتها واعتبار سعة الوقت لفعل العبادة وهذا التوجيه لا يتم الا مع ثبوت هذه المقدمات وليس في النصوص ما يدل على كون زمان الزلزلة هو الوقت بل انما دلت على كونها سببا وهو لا يستلزم انحصار الوقت فيه ولزوم كون وقتها اعتبر من الخارج عنه قدر ما يكمل فيه الصلوة اقتصارا على موضع الضرورة لم يصح القول بامتداد وقتها بامتداد العمر بل انما يثبت ذلك من كون الآية سببا لوجوب الصلوة وحيث لا تحديد لوقتها في النصوص جعل وقتها مدة العمر كالنذر المطلق وان نافاه في وجوب نية الاداء ولا ريب ان الفورية بها احوط عند من لم يستفدها من مطلق الامر قوله الا ان يكون القرص قد احترق كله فيجب القضاء اذا ثبت ذلك اما بشهادة عدلين او شياع يوجب العلم قوله وفي غير الكسوف لا يجب القضاء مشكل قوله فمن كان لم يتم السورة قرأ من حيث قطع واشار به الى جواز تبعيض السورة وهو ثابت في جميع الركعات وان كانت العبارة لا تدل على ما عدا الاولى والحاصل انه مخير بين قراءة سورة كاملة بعد الحمد في كل ركعة وهو الافضل فيجب اعادة الحمد في كل مرة وبين تفريق السورة على الخمس بحيث يقرأ في كل قيام من حيث قطع في الذي قبله ويكون الحمد في الاولى خاصة وبين تبعيض السورة في بعض الركعات والاكمال في بعض بحيث يتم له في الخمس سورة فصاعدا ولا يجب كمالها في الخامس ان كان قد اكمل سورة قبل ذلك في الركعة ومتى اكمل سورة في قيام وجب عليه اعادة الحمد في القيام الذي بعده ومتى ركع عن بعض سورة تخير في القيام بعده بين القراءة من موضع القطع ومن غيره من السورة متقدما ومتأخرا ومن غيرها ويجب الحمد فيما عدا الاولى مع احتمال عدم الوجوب في الجميع ويجب مراعاة السورة الثانية في الخمس كامل ولو سجد على بعض سورة كما لو كان قد اكمل غيرها قبل ذلك وجب عليه اعادة الحمد ثم له البناء على ما مضى والشروع في غيرها وهو اولى فان بنى وجب عليه سورة اخرى في باقي القيام قوله واطالة الصلوة بمقدار زمان الكسوف هذا انما يتم مع المعرفة بقدره كما لو كان من اهل الخبرة بحساب او اخبره ثقة به اما لو جهل الحال اشكل استحباب التطويل حذرا من تفويت الوقت ويمكن عموم استحباب الاطالة وان لم يتفق موافقة القدر لاصالة البقاء وكيف كان فتخفيف الصلوة مع الجهل بالحال ثم الاعادة تحصيلا للفضيلة احوط قوله وان يقرأ السور الطوال مثل الانبياء والكهف تأسيا بالنبي ص قوله وان يقنت خمس قنوتات على كل قراءة ثانية وذكر بعض الاصحاب ان اقله على الخامسة والعاشرة ثم على العاشرة والظاهر انه لا يستحب الجمع بين القنوت على الرابعة كما يقتضيه الاول والخامسة على الثاني بل انما يستحب على الخامسة مع تركه قبلها قوله ما لم يتضيق الحاضرة فيكون اولى ثم ان ادرك الكسوف بعدها قبل تمام الانجلاء اتى بها وان خرج وقتها فان كان قد اخر الحاضرة الى آخر وقتها فان كان قد اخر الحاضرة الى آخر وقتها اختيارا قضى الكسوف لاستناد فواتها الى تقصيره المتقدم مع احتمال عدمه لاباحته وان كان التاخير بغير اختياره فان كان مع وجوب الحاضرة فالظاهر كذلك وان كان لا مع وجوبها كما لو كان في باقي الوقت صغيرا او مجنونا او كانت المرأة حائضا ففي وجوب قضاء الكسوف الفائتة بسبب الاشتغال بالحاضرة وجهان من عدم التفريط وعدم سعة وقت الكسوف الذي هو شرط التكليف من سعته في نفسه وانما المانع الشرعي منع من الفعل وعدم وجوب القضاء اوجه وعلى تقديره فهل يجب الكسوف بادراك ركعة ام لا بد من ادراك الجميع اشكال الفصل الرابع في الصلوة على الاموات قوله وهو كل من كان مظهرا للشهادتين لا بد من تقييده مع ذلك بعدم جحوده ما علم من الدين ضرورة ليخرج من الكلية الفرق المحكوم بكفرها مع تسميها باسم الاسلام كالنواصب والخوارج والمجسمة والغلاة ومن خرج عن الاسلام بقول او فعل فلا يجب الصلوة على من ذكر لكن يجوز الصلوة على بعضهم ويلعنه كما سيأتي قوله او طفلا له ست سنين ممن له حكم الاسلام يتحقق ثبوت حكم الاسلام له بتولده من مسلم او مسلمة او بكونه ملقوطا في دار الاسلام او وجد فيها ميتا او في دار الكفر وفيها مسلم صالح للاستيلاد ويشترط في الوجوب كمال الست فلا يكفي الطعن في السادسة قوله واحق الناس اولاهم بميراثه المراد ان من كان اولى بالميراث فهو اولى بها ممن لا يرث فلا اولوية لواحد من الطبقة الثانية مع وجود الطبقة الاولى وان كان اسفل واما الطبقة الواحدة ففي نفسها ففصلها ما سنذكره وح فلا يرد على التعليل باولوية الارث نقض قوله والاب اولى من الابن لم يبق اختصاص الاب بالحنو والشفقة فيكون دعاؤه اقرب بالاجابة فلذلك قدم على الابن مع تساويهما في الطبقة وزيادة نصيب الابن قوله والولد اولى من الجد هذا الحكم قد علم من الاولوية المتقدمة لانه لا ارث للجد مع الولد عندنا وانما خصه بالذكر لئلا يتوهم من تقديم الاب على الابن تقديمه لكونه ابا في المعنى واما كونه اولى من الاخ والعم فلا وجه لذكره بعد ما علم قوله والاخ من الاب والام اولى ممن يمت باحدهما المت بتشديد التاء التوسل بالقرابة والمراد هنا الاتصال باحد الابوين لا غير ولو اتصل احدهما بالاب والآخر بالام فالاخ من الاب اولى وكذا من يقرب بها كالعم فانه اولى من الخال وابن العم اولى من ابن الخال وكذا العم للابوين اولى من العم لاحدهما كما ان العم للاب اولى من العم للام وكذا القول في الخال فان فقد جميع القرابات انتقلت الولاية الى اهل الولاء على حسب ترتيبهم وان تعذر فعدول المسلمين قوله والزوج اولى بالمرأة من عصباتها بل من جميع اقاربها وانما خص العصبة لانهم اقوى القرابة ولا فرق بين الدائم والمتمتع بها ولا بين الحرة والمملوكة فيكون الزوج اولى من سيد المملوكة والولاية منحصرة فيمن ذكر فلا ولاية للموصى اليه بها على المشهور مع وجود الوارث نعم لو فقد كان اولى من الحاكم قوله قدم الافقه انما قدم الافقه على الاقرأ لان القراءة ساقطة هنا فلا ترجيح لاربابها والمشهور تقديم الاقرأ لعموم الخبر ولان كثيرا من مرجحات القراءة معتبرة في الدعاء واختاره المص في المعتبر والمراد بالافقه الاعلم بفقه الصلوة وبالاقرأ الاعلم بمرجحات القراءة لفظا ومعنى وبالاسن في الاسلام لا مط وبالاصبح وجها الدلالة على عناية الله به اذ ذكر ابن الناس لقول علي ع انما يستدل على الصالحين بما يجري الله لهم على السنة عباده واعلم ان المذكور في باب الجماعة تقديم الاقدم هجرة على الاصبح ولا هنا من هذه المرجحات على الخصوص فينبغي ملاحظة ما ذكر في اليومية ولو تساوى الاولياء في الصفة المرجحة اقرع قوله اذا اذن الولي يستفاد من تقييد اولوية الهاشمي بتقديم الولي له واطلاق اولوية الامام ع عدم توقف تقديمه على اذن الولي وهو كذلك قوله والدعاء بينهن غير لازم اه الاصح وجوب الدعاء وتعيين الشهادتين في الصلوة محلهما ويجزي في الدعاء للمؤمنين والميت وان كان المنقول افضل قوله ولو كان منافقا اه المراد به الناصب ويشهد له بعض الروايات ويحتمل ان يريد به مطلق المخالف للحق الزاما له بمعتقده واختاره في س وهو اجود ومقتضى قوله وانصرف بالرابعة عدم وجوب الدعاء وهو على مذهبه

٢٨ من عدم وجوب مطلق الدعاء ظاهر واختلف القائلون بالوجوب هنا قال في كرى الظاهر ان الدعاء على هذا القسم غير واجب لان التكبير عليه اربع وبها يخرج من الصلوة
قوله ويجب فيها النية الواجب فيها القصد الى الصلوة على الميت المعين لوجوبه او ندبه تقربا الى الله تع ولا يجب التعرض للاداء والقضاء ولا معرفة الميت نعم
يجب القصد الى معين مع تعدده واكتفى في كرى بنية منوى الامام ولو عين فاخطا بطلت الا مع ضم الاشارة الى التعيين فيغلب الاشارة قوله وجعل راس
الجنازة الى يمين المصلي المعتبر في ذلك كون المصلي ورائها بحيث يكون راسها الى يمينه ورجلاها الى يساره ويعتبر ذلك في الماموم وانما يجب في الشرع
الامكان فيسقط لو تعذر كالمصلوب الذي يتعذر انزاله فيصلي الصلوة على حاله ويصلي الصلوة على ما هو عليه قوله وليس الطهارة من شرطها سواء في ذلك الحدثية
والخبثية الا ان عدم اشتراط الاولى موضع وفاق وفي الثانية اشكال من عدم النص ومن كونها اضعف من الحدثية قوله ولا يجوز التباعد الخ الى آخره
هذا في الامام والمنفرد واما الماموم فيغتفر فيه ذلك مع اتصال الصفوف قوله لا يصلي عليه الا بعد تغسيله وتكفينه هذا مع الامكان واما لو تعذر
الغسل فالمشهور مقارن في اعتبار ترتيب الصلوة عليه فان تعذر سقط قوله فان لم يكن له كفن آه هذا اذا لم يكن ستره بثوب ونحوه خارج القبر والا وجب
على القبر ان تمنع القبر الرؤية والا فلا ولا فرق في ذلك بين وجود ناظر وعدمه قوله ولو كان طفلا جعل وراء المراة ان لم يجب الصلوة عليه والا قدم عليها و
كذا يقدم على الخنثى كما يقدم الخنثى على المراة وهذا الترتيب انما يتم مع ارادة الصلوة عليهم دفعة واحدة ثم يجب ملاحظة التذكير والتانيث في الدعاء
ولو ذكر في المؤنث مؤولا بالميت صح ولو اختلفوا في الدعاء كما لو كان بينهم طفل وكبير وغيره دعا لكل ميت بما هو وظيفته وشرك بينهم فيما لا اختلاف فيه
بالنسبة اليهم ويتخير في الخنثى فيقول في الانثى اللهم امتك ابنة امتك آه ومع وجوب الصلوة على الجميع لا اشكال في النية اما مع اختلافهم في الوجوب والندب
فيشكل الجمع لاختلاف الوجه ولختار في كرة الجمع بين الوجهين لعدم التنافي باعتبار التوزيع ويشكل بانه فعل واحد من مكلف واحد فكيف يقع على وجهين والمتجه الاجتزاء
بنية الوجوب تغليبا للجانب الاقوى كما يدخل مندوبات الصلوة والوضوء وغيرهما في الواجب قوله ويرفع يديه بحيث يصير حاذيا عن الصلاة لا باس بالحفض وفيه
دلالة على عدم الكراهة لا على حصول الاستحباب المطلق قوله ويرفع يديه في اول تكبيرة آه المروي استحباب الرفع في الجميع ولم يرد استحباب نص خاص على استحباب رفعهما
حالة الدعاء ويمكن استفادته من فعل الحسين في صلوته على المنافق فيشرع التاسي به لعدم الخصوصية ومن عموم الامر برفع اليدين حالة الدعاء وانه اقرب الى الاجابة
وانما خص دعاء الميت به لانه المقصود من الدعاء بالذات بخلاف المؤمنين فانهم مقصودون بالدعاء على وجه التبع فناسب ذلك الاهتمام بالرفع فيه خاصة قوله
وعليه ان كان منافقا فان كان مع ذلك ناصبا قال في دعائه ما قاله الحسين في صلوته اللهم العن عبدك الف لعنة مؤتلفة غير مختلفة اللهم اخز عبدك في
عبادك وبلادك واصله حر نارك واذقه اشد عذابك فانه كان يتولى اعدائك ويعادي اوليائك ويبغض اهل بيت نبيك وان لم يكن ناصبا قال ما رواه
محمد بن مسلم عن احدهما ان كان جاحدا للحق فقل اللهم املأ جوفه نارا وسلط عليه الحيات والعقارب ولو دعي به على الناصبي ايضا تادت الوظيفة ايضا قوله
الجاحد للحق قوله ويدعو بدعاء المستضعفين ان كان منهم المراد بالمستضعف من لا يعتقد الحق ولا يعاند اهله ولا يوالي احدا من الائمة ولا من غيرهم ودعاء
المستضعفين ما رواه الفضل بن يسار عن ابي جعفر ان كان مستضعفا فكبر وقل اللهم اغفر للذين تابوا واتبعوا سبيلك وقهم عذاب الجحيم وليس من
ثم المستضعف من يعتقد الحق ولا يعرف دليله التفصيلي فان ذلك من جملة المؤمنين ولعدم كونه منافقا كما دل عليه الحديث قوله وان جهل حاله سئل الله
ان يحشره مع من يتولاه المجهول من لا يعرف مذهبه ولا بلده على وجه تدل القرائن على ايمانه كالبلد الذي لا يعلم فيه مخالف ونحوه ودعاء المجهول ما رواه ابو المقدام
قال سمعت الجعفري يقول على جنازة رجل من جيرانه اللهم انك خلقت هذه النفوس وانت تميتها وانت تحييها وانت اعلم بسرائرها وعلانيتها منا ومستقرها
ومستودعها اللهم وهذا عبدك ولا اعلم منه شرا وانت اعلم به وقد جئناك شافعين له بعد موته فان كان مستوجبا فشفعنا فيه واحشره مع من كان
يتولاه وروى الحلبي عن الصادق اللهم ان كان يحب الخير واهله فاغفر له وارحمه وتجاوز عنه قوله وان كان طفلا سئل الله ان يجعله مصلحا لحال ابيه شافعا فيه
الظاهر ان المراد بالطفل هنا من هو دون البلوغ وان وجب الصلوة عليه وانما يدعو لابيه بذلك مع علمه بايمانه او جهله بحاله اما لو علم بكفره كالمسبي اذا قلنا بتبعيته
في الاسلام لم يصح الدعاء بذلك ولو كان احد ابويه مسلما خاصة دعا له والخبر دل على الدعاء لابويه معا لا كما اقتضته العبارة من الدعاء لابويه والمنصوص
اللهم اجعله لابويه ولنا سلفا وفرطا واجرا والفرط بالتحريك الاجر المتقدم قوله ووقف حتى ترفع الجنازة لا فرق في ذلك بين الامام وغيره وان كان
الاستحباب للامام اكد لتخصيصه في الذكرى ثم لو فرض الصلوة جميع الحاضرين استثنى منهم اقل ما يحصل به رفع الجنازة قوله والصلوة في المواضع المعتادة للصلوة
على الجنائز لان اماكنها الكثرة من صلى فيها واما لان السامع بموته يقصدها للصلوة عليه فيسهل الامر ويكثر المصلون وهو امر مطلوب لرجاء مستجاب الدعوة
فيهم قوله ان ما يبقى عليه ولاء اي من غير دعاء وانما يجوز الولاء مطلقا ان لم يوجب الدعاء كما اختاره المص والا وجب تقييده بخوف فوات الجنازة من محل يجوز الصلوة
عليها فيه اخبار ابان بسند يريها او بتباعد او بحول عن الهيئة الواجبة فلو لم يحصل احدها وجب الدعاء ولو خاف مع اكماله اقتصر منه على ما لا يحصل معه الفوات
قوله اذا سبق الماموم بتكبيرة او ما زاد استحب له اعادتها مع الامام ان سبقه سهوا او ظنا انه كبر ما لو تعمد استمر متابعا حتى يلحقه الامام ويأثم في الاخير قوله
ثم لا يصلي بعد ذلك بل الاصح عدم تحديد زمان للصلوة على من لم يصل عليه وهو خيرة العلامة في لف والشهيد في البيان الا انه مع الاولى من لم يصل وان كان
فيصلي على الميت قوله كان مخيرا ان شاء استانف الصلوة عليها الا جودا لاستمرار على الاولى ثم الصلوة على الاخرى بعد الفراغ للنهي عن قطع العمل وعدم
دليل صحيح وجواز هذا الفرد ثم لو خاف فساد الثانية نوى الصلوة عليها بقلبه عند الفراغ من الذكر وكبرنا وثابها الهما ثم يخص كل واحدة بذكرها وتكبيرها
في التكبير لاتحاده فيهما ويتخير في تقديم ايهما شاء في الدعاء ثم لا يتعين بل يجوز تقديم الاخرى في دعاء اخر فاذا فرغ من الاولى اكمل الصلوة على الصلوة على
الثانية وقد الاصحاب من خص جواز القطع والصلوة عليهما بخوف فساد الثانية حذرا من النهي عن القطع في غير موضع الضرورة وقد عرفت انه لا ضرورة هنا
ايضا لامكان الصلوة على الثانية من غير قطع ولو تعددت الجنائز الحاضرة فالحكم كذلك ويشترك بين المتاخر في التكبير والذكر والدعاء الا مع اختلافهما

٢٩ فيدعو لكل واحدة بما هو فرضها كما لو ابتدئ ابتداء ولو دخل الثانية على الوجه المذكور من غير خوف جاز **الفصل الخامس في الصلوات المرغبات** اي المرغب فيها
من الشارع وانما لم يذكر المرغب فيه لانه يكثر بالفعل وهو في التضمن الترغيب معنى المفضل اي المفضلات فاستغنى عن ذكره بانفكاكه ومن ثم جمع الاسم وجعل
اللام للتعريف وكان حقه الافراد وجعله موصولا اسميا قوله الاستسقاء وهو طلب السقيا من الله تع عند الحاجة اليها كما يقول استعطى اذا طلب العطا
ويقال سقاه الله واسقاه وقال الله تع وسقيهم ربهم شرابا طهورا وقال لاسقيناهم ماء غدقا فعلى هذا يجوز نحو قوله في الدعاء اللهم اسقنا بقطع
الهمزة ووصله قوله مثل كيفية صلوة العيد ووقتها ايضا كوقتها قوله ما تيسر له من الادعية والا فليقل ما نقل في اخبار اهل البيت الا هنا هي المركبة
من ان الشرطية ولا النافية وجملة الشرط محذوفة والمعنى وان لم يتيسر له شيء من الادعية فليقل ما ورد عنهم وهذا التركيب من باب صناعة القلب وهو نوع خاص
من كلام العرب يوجب فيه ملاحة ولطفا ومنه قولهم عرضت الناقة على الحوض وعرضت الحوض على الناقة وقول الشاعر كما طينت بالفدن السياعا والمراد
بالفدن القصر وبالسياع الطين وربما جعل منه قوله تع وكم من قرية اهلكناها فجاءها باسنا وقوله كتاب موسى وهو باب متسع وما ذكره هنا
مبني على مذهب السكاكي من جوازه مطلقا وان النكتة فيه بيان جواز الدعاء بما تيسر وان امكن المنصوص فلو عكس بان قدم المنصوص في هذا التركيب الخاص
لم يعلم منه ذلك وهذا القدر كاف في جواز القلب ان شرطنا فيه امرا زائدا وان امكن التعبير بما يؤدي المراد من غير قلب قوله ويستحب ان يكون ذلك الثالث
يوم الاثنين فان لم يتيسر فالجمعة انما قدم الاثنين على الجمعة مع ان الجمعة افضل بغير هذا الاعتبار لان الاثنين هو المنصوص بالخصوص لامر الصادق بالخروج
فيه لمحمد بن خالد وجعل مكانه الجمعة عند تعذره لما روي ان العبد ليسئل الحاجة فيؤخر الاجابة الى يوم الجمعة ومن الاصحاب من خير بين اليومين ابتداء قوله حفاة
وليكن نعالهم بايديهم ويخرجون في ثياب البذلة بكسر الباء وهي ما يمتهن من الثياب مطرقي رؤسهم ذاكرين الله مستغفرين من ذنوبهم ولا يصلون في المساجد
مع الاختيار اما لو حصل مانع من الصحراء كالخوف وشبهه صلوا في المساجد ويستثنى من ذلك المسجد الحرام فيصلي فيه اختيارا قوله فاذا فرغ الامام حول رداءه
بان يجعل ما على المنكب الايمن منه على الايسر وما على الايسر على الايمن تاسيا بالنبي وتفألا بان يقلب الله الجدب خصبا ولا يشترط تحويل الظاهر باطنا
وبالعكس ولا الاسفل اعلى وان كان جائزا وما ذكره من اختصاص القلب بالامام غير واضح الدلالة لوجود العلتين في غيره فالاولى عموم الاستحباب للجميع
المصلين قوله وهم يتابعونه في كل ذلك اي في جميع الاذكار ورفع الصوت لا في التحويل الى الجهات قوله ثم يخطب جعل الخطبة بعد الصلوة هو الذي
اختاره الشيخ ره وجماعة ودل عليه تعليم الصادق لمحمد بن خالد وكونها مشابهة لصلوة العيد في الكيفية وجعل في كرى تقديمها على الصلوة من المش
وينبغي ان يخطب خطبتين تسوية بينها وبين العيد قوله تكرر الخروج آه الاولى ان كان الخروج في الثالث وكذا لو كان بعده مع استمرار الصوم والا فالا فضل
استئنافه لوجود السبب المقتضي ويجوز البناء على الاول قوله يجوز عند جفاف آه وكذا يجوز عند كثرة الغيث اذا خيف الضرر بها ويسمى صلوة الاستصحا
وهي نوع من صلوة الحاجة وكذا لو غزرت مياه العيون والانهار بحيث خيف منها الضرر شرعت صلوة الحاجة بل هي من مهام الحوائج قوله والاشهر في
الروايات استحباب الف آه اشار بذلك الى انه قد روي غير ذلك فقيل انه كغيره من الشهور وليس فيه نافلة زائدة رواه محمد بن مسلم وعبد الله بن سنان
والمنارة الصيرفي وعلى طرف النقيض لما ذكره الشيخ في مبسوطه ان الالف كغيره يستحب في كل يوم وليلة ولكن الالف في جميع الشهر للضعفاء ورووا الف
في جميع الشهر بزيادة مائة ليلة نصفه وما ذكره المص هو الاشهر بل ادعى بعض الاصحاب عليه الاجماع وهو غير مناف لثبوت الزيادة قوله واثني عشر بعد
العشاء على الاشهر اشار بذلك الى خلاف الشيخ في به حيث خير بين جعل الثماني بعد المغرب والاثني عشرة بعد العشاء كما ذكره المص وبين عكسه جمعا بين خبري
سماعة ومسعدة بن صدقة والاول اشهر وان كان الاخر جائزا ويتخير بين تقديم ما يفعله بعد العشاء على نافلتها وتاخيره عنها وان كان التاخير افضل لرواية
محمد بن سليمان عن الرضا وفي كرى جعل المشهور تقديمه قوله على الترتيب المذكور بان يصلي ثمانيا بعد المغرب والباقي بعد العشاء وروي جعل اثني عشرة ركعة
قبل العشاء والباقي بعدها وعليه جماعة من الاصحاب وكلاهما حسن قوله في كل ليلة مائة ركعة اطلاق الاخبار والفتوى يقتضي كون محلها الليل من غير ترتيب
مخصوص والظاهر ان الاخيرها الى ان يصلي العشاء افضل فانه قد ورد عن النبي فيها ذلك حيث يقتصر عليها قوله يصلي في كل جمعة عشر ركعات لفظ الحديث
يصلي في كل يوم جمعة والمتيقن من اليوم النهار ودخول الليل معه في بعض الموارد لتغليب قوله وفي اخر جمعة عشرين اطلاق اللفظ يشمل الليل والنهار بل شموله
للنهار اقوى والذي ورد في الحديث ليلة الجمعة فيتعين العمل به قوله وفي عشية تلك الجمعة وهي ليلة السبت كما ورد في الحديث وانما يصلي في عشيتها اذا كان
من الشهر فلو كانت ليلة العيد صليت العشرون في ليلة اخرى بعث من الشهر واعلم ان ما ذكره من الصلوة في كل جمعة عشر ركعات مبني على الغالب من اشتمال
كل شهر على اربعة ايام جمع فلو اتفق في الشهر خمسة ايام جمعة ففي كيفية بسط الثمانين اشكال لعدم ذكره في النصوص والفتاوى المعتمدة ويحتمل صلوة عشر
فيها ايضا وبسط الثلثين الباقية على ليلتها وعشيتها ويحتمل ستة عشر اولا واربعة عشر ثانيا او بالعكس ويحتمل سقوط العشر في الجمعة الاخيرة ويبقى التوزيع
بحاله واسقاط اي جمعة شاء والظاهر تادي الوظيفة بجميع الاحتمالات قال في كرى ولو فات شيء من هذه النوافل ليلا فالظاهر انه يستحب قضاؤه نهارا ونقله عن
ابن الجنيد ولا فرق في استحباب هذه النوافل بين الصائم وغيره للعموم قوله وصلوة امير المؤمنين اربع ركعات ليس لهذه الصلوة وقت معين غير ان الافضل
فعلها يوم الجمعة وقد روي عن الصادق انه من صلاها خرج من ذنوبه كيوم ولدته امه وقضيت حوائجه قوله وصلوة فاطمة ركعتان عكس جماعة من الاصحاب التسمية
فنسبوا الاربع لفاطمة والركعتين لعلي وكلاهما مروي فيشتركان في التسمية وتظهر الفائدة في النسبة حالة النية ونقل الصدوق ان صلوة فاطمة
اعني الاربع تسمى صلوة الاوابين وروي عن الصادق قال من توضأ فاسبغ الوضوء وصلاها انفتل حين ينفتل وليس بينه وبين الله ذنب الا غفر له قوله صلوة جعفر
نسبت هذه الصلوة الى جعفر بن ابي طالب لان النبي حباه اياها حين قدم اليه من الحبشة وكان ذلك يوم فتح خيبر فقال النبي حين بشر بقدومه والله ما ادري
بايهما انا اشد سرورا بقدوم جعفر ام بفتح خيبر فلما قدم وثب اليه رسول الله فالتزمه وقبل ما بين عينيه وقال يا جعفر الا امنحك الا اعطيك الا احبوك

٣٠ فقال جعفر بلى يا رسول الله فظن الناس انه يعطيه ذهبا او فضة وتشرفوا لذلك فقال له الا اعلمك صلوة اذا انت صليتها وكنت فررت من الزحف وكان
وكان عليك مثل زبد البحر ورمل عالج ذنوب غفر لك الحديث وسئل الصادق ع عمن صلاها هل يكتب له من الاجر مثل ما قال رسول الله ص فقال اي والله وفي خبر
اخر ان شئت صليتها كلها بقل هو الله احد ويجوز احتسابها من النوافل الراتبة ليجمع له ثواب الوظيفتين وتجريدها عن التسبيح للمستعجل وقضاؤه بعدها وروى
ذلك عن الصادق ع ولو صلى منها ركعتين ثم اضطر الى ما يوجب التفريق بنى بعد زوال العذر وروى ذلك عن الكاظم ع قوله ويجوز ان يصليها آه ولو قام المصلي قاعدا بعد
القراءة وركع قائما احرز اجر صلوة القائم روى ذلك عن الباقر والكاظم ع ولو ابتدأ بها وقرأ قائما ثم ركع كان افضل وجوز بعض الاصحاب فعل النافلة اختيارا
على باقي الكيفيات الاضطرارية كالاضطجاع والاستلقاء وليس ببعيد فان قلنا به استحب تضعيف العدد في الحالة التي صلى عليها على حسب نسبتها من القيام
وكما يحتسب الجالس ركعتين بركعة قائما يحتسب المضطجع على الايمن او يسار ركعة وعلى الايسر ثمانيا والمستلقي ست عشر والله اعلم قوله وان جعل كل ركعتين آه
افضل من جعل كل ركعة من جلوس بركعة من قيام لان الركعتين من جلوس افضل من ركعة من قيام بل غايته مساواتها في الفضيلة مع احتمال ارادة هذا المعنى
لما ورد في الخبر ان ثواب القراءة قائما عن كل حرف مائة حسنة وقاعدا خمسون فتضعيف الركعة جالسا يحصل القدر قائما ويزيد بعده الركوع والسجود والاذكار
قوله في الخلل الواقع في الصلوة لا فرق فيما يقتضي التدارك في محله وما يبطل الصلوة بفعله او تركه وما يقضى بعد فوات محله بين الفريضة والنافلة وانما يفترق
الحكم فيهما بالشك فانه يتخير في النافلة كما سيأتي وفيما يقتضي سجود السهو فان النافلة لا سجود لما يقتضيه في الفريضة لو عرض فيها على ما ذكره الاصحاب قوله وكذا لو
فعل ما يجب تركه او ترك ما يجب فعله جهلا بوجوبه قد تقدم ان ترك ما يجب فعله في الصلوة عمدا مبطل وهنا ذكر حكم تركه جهلا فالمسئلتان متغايرتان محلا
مختلفتان حكما لا تكرار كما قد يتوهم قوله الا الجهر والاخفات في موضعهما فيعذر الجاهل فيهما ولا يجب عليه التدارك وان كان العلم قبل الركوع وكذا القول
في الناسي وضمير بوجوبه ان عاد الى الاقرب وهو الفعل الواجب المتروك جهلا فاختصاص الاستثناء بالجهر والاخفات جيد الا انه يبقى في العبارة اخلال
بذكر فعل ما يجب تركه جهلا بوجوبه وان عاد الى الامرين معا وجب استثناء الصلوة اتماما جهلا مع وجوب التقصير فان الركعتين الزائدتين يجب تركهما مع عدم
بطلان الصلوة بفعلهما جهلا كما سيأتي والاول اولى واعلم ان صاحب الحال وهو قوله جهلا ضمير مستتر في قوله ترك او فيه وفي قوله فعل وهو فاعل الفعل او التارك
وسوغ مجيء المصدر حالا مع عدم امكان حمله على صاحبه حمل المواطاة قوله التاويل بالوصف المقتضي نفس صاحبها في المعنى فان ذلك من شرائط الحال اي جاهلا
ومثله جاء زيد ركضا وقتل صبرا قوله او نجاسة الثوب او البدن او موضع السجود فلا اعادة بل الاصح الاعادة في المواضع الثلثة وقد تقدم ذلك في الطهارة
قوله اذا كان في يد مسلم او شراه من سوق المسلمين المراد بالمسلم المعروف بالاسلام وبالمشتري منه من سوق المسلمين ما يعم المجهول حاله بحيث يحكم عليه بالاسلام
تبعا للسوق وشرط جماعة من الاصحاب في المسلم المأخوذ منه ان لا يستحل الميتة بالدباغ وكذا في المسلمين الذين ينسب اليهم السوق وهو احوط فلو جهل حالهم
جاز الشراء منهم قطعا ويتميز سوق المسلمين عن غيره بكون اغلب اهله مسلمين وان كان حاكمهم كافرا لرواية اسحق بن عمار عن الكاظم ع ولا اعتبار بنفوذ احكامهم
وتسلط حكامهم كما زعم بعضهم مع انه يستلزم كون سوق بلاد الاسلام المحضة بل الايمان التي يغلب عليها الكفار وانفذوا فيها احكامهم سوق كفر
وبلاد الكفار المحضة التي غلب عليها المسلمون كذلك سوق اسلام وان لم يكن فيهم مسلم وهو ظاهر الفساد قوله او وجده مطروحا اعاد لاصالة عدم التذكية
ولا اعتبار هنا بالقرينة وان كانت قد توجد اقوى من قرينة المأخوذ من المخالف لخروج هذا بالنصوص وبقاء الاخر على الاصل قوله اذا لم يعلم انه من جنس ما
يصلي فيه اعاد لا فرق في ذلك بين ما يتم الصلوة فيه وحده وغيره كالخاتم المتخذ من عظم ما لم يعلم اصله قوله فان اخل بركن اعاد ليس مطلق الاخلال
بركن موجبا للاعادة بل اذا لم يمكن تداركه كما سيأتي تفصيله وكانه استغنى عن الاطلاق بالامثلة المتصلة بالكلام والاتية بعد ذلك في الثاني من الاقسام
الثلثة قوله وكذا لو زاد في الصلوة ركعة اطلاق القول بالبطلان مع زيادة ركعة سهوا هو مذهب الاكثر والذي اختاره المتأخرون تقييد ذلك بما
اذا لم يكن قد جلس عقيب الرابعة قدر واجب التشهد والاصح انه لا فرق بين زيادة ركعة واكثر لتجويزه في الرواية الدالة على التفصيل اضافة ركعة
اخرى الى الركعة المزادة سهوا ليكونا نافلة فزيادة الثانية سهوا غير مبطل بطريق اولى وهل يتعدى الحكم الى الثلاثية والثنائية وجهان من المساواة
في العلة ووجوب الاقتصار على مورد النص المخصص للاخبار الدالة على بطلان الصلوة بهذه الزيادة واختار في الذكرى التعدية اليهما ولو ذكر الزيادة
قبل الركوع هدم الركعة ولو ذكره بعده قبل كمال السجود فالثاني كما لو ذكر بعد السجود فيجلس ويتشهد ويسلم وقيل يبطل هنا قوله وقيل اذا شك في
الركوع فركع ثم ذكر انه كان ركع ارسل نفسه هذا مذهب جماعة من الاصحاب قواه الشهيد في الذكرى ووجه بان ذلك وان كان بصورة الركوع و
منويا به الركوع الا انه في الحقيقة ليس بركوع لتبين خلافه والهوي الى السجود مشتمل عليه وهو واجب فيتأدى به ولا يتحقق الزيادة ولان نية الصلوة ابتداء
افتتحت كون هذا الهوي للسجود وهي مستدامة والمستدام بحكم المبتدأ فيرجح على النية الطارئة المقتضية لصرف الهوي الى الركوع ولو وقعتا سهوا وانما
المص هنا ادخل تحقق زيادة الركوع لغة وشرعا واشتماله على الهوي للسجود غير كاف في صرفه اليه فانه مغاير له لان الهوي ليس بركوع ولا مستلزم له لان
الركوع لغة الانحناء والاصل عدم النقل قوله وان نقص الذي يقتضيه السياق كون الناقص الذي لم يذكره هنا هو الزائد فيه وهو الركعة والركوع
والسجدتان وهو يتمشى في نقصان الركعة كما هو مورد النص واما في نقصان الركوع فغير واضح لانه بالدخول في السجود بعده يبطل الصلوة مطلقا [illegible] التفصيل
وكذا نقصان السجدتين من غير الركعة الاخيرة فان الصلوة يبطل به مع السهو بالركوع بعد ذلك وان كانتا من الركعة الاخيرة احتمل قويا كون ذلك الحكم با
لخروج من الصلوة بالتسليم وهو يقتضي فوات محل السجدتين فيبطل الصلوة للاخلال بالركن على وجه لا يمكن استدراكه ويحتمل الحاقهما بالركعة فيرجع
اليهما ما لم يفعل المنافي عمدا او سهوا ويكمل الصلوة بعدهما لوقوع التشهد والتسليم في غير محله اذ التقدير وقوعهما قبل السجود على وجه يمكن فيه
استدراك السجود والمحقق الشيخ علي ذكر في الحاشية ان المنقوص هنا هو الركعة ولم يتعرض للسجدتين وقد عرفت ان الركوع لا يتمشى فيه ذلك

فلو ابدله بالسجدتين امكن قوله وكذا لو ترك التسليم ثم ذكر بعد ان المفصل اتى فيه لعدم تحقق الخروج من الصلوة بدونه على القول بوجوبه ويشكل بان التسليم
ليس بركن فلا يبطل الصلوة بتركه سهوا وان فعل المنافي اللهم الا ان يقال بانحصار الخروج من الصلوة فيه وهو في حيز المنع ورد باجراء الاشكال في نسيان
التشهد الاخير ان لم يوجب التسليم قوله بجعلها جانبا الاحتياط وهو بطلان الصلوة لامكان كونهما من ركعة والعمل بهذا الاحتياط متعين وان كان ظاهر
الكلام لا يقتضيه لتوقف البرائة عليه بعد تعين اشتغال الذمة بالصلوة قوله او قرائة السورة حتى ركع غاية للجميع فيدل بمفهومه على الرجوع اليه لو ذكر قبل
الركوع وهو في القراءة وابعاضها ظاهر لبقاء محلها واما في الجهر والاخفات فوجه كونهما كذلك انهما كيفية للقراءة ومتى امكن العود الى كيفيتها فيعود اليها
انه ما لم يركع وعدم العود اليهما قوي لاطلاق النص بعدم العود اليهما ولا معارض له قوله او السجود على الاعضاء السبعة يستثنى من ذلك الجبهة اذ لا
يتحقق مسمى السجود بدونها فالاخلال بها في السجدتين مبطل لفوات الركن قوله حتى رفع راسه من السجدة او الطمأنينة فيه حتى سجد ثانيا حكم في نسيان
الرفع بين السجدتين فيشكل تحققه مع الاتيان بالسجدتين كما يدل عليه قوله حتى سجد ثانيا ان كان غاية للرفع والطمأنينة ويمكن ان يراد بالثانية ما يتميز بالنية
بمعنى انه سجد بنية الاولى ثم توهم الرفع والعود او ذهل عن ذلك بحيث توهم كونه قد سجد ثانيا وذكر بنية الثانية او لم يذكر ثم رفع راسه فيكون قد سجد
سجدتين وانما نسي الرفع بينهما فلا يتدارك اذ لا يتحقق بزيادة سجدة وقد يشكل ذلك باتحاد السجود هنا بحسب الصورة ويظهر الفائدة في تدارك السجود
قبل الركوع وفي قضائها بعده ويتفرع على ذلك ما لو وجب عليه قضاء سجدتين فقضاهما بعد الصلوة ولم يوجب مقارنة النية لوضع الجبهة بل اكتفينا
بالنية حال استدامته كما هو الظاهر فانه لا يجب الرفع بين السجدتين بل كلما فرغ من ذكر واحدة جدد نية الاخرى على الاول وعلى اعتبار الصورة يجب الرفع
ولم نظفر في هذه المسئلة بشيء قاطع معتمد عليه الا ان ما ذكرناه من امكان التثنية مع نسيان الرفع هو ظاهر العبارة والا لكانت المسئلة من القسم الثالث
وهو ما يتدارك مع سجدتي السهو وهو نسيان سجدة ان لم يذكر حتى ركع او من القسم الثاني ان ذكره قبل الركوع ويمكن تنزيل العبارة على وجه لا اشكال فيه
بان يحمل نسيان الرفع على نسيان كماله بان يرفع بحيث يتحقق الفصل بين السجدتين وينسى الباقي ويبقى المسئلة مشكلة بحالها قوله او [illegible]
السورة الثانية اشار الى انه لا يتعين قراءة السورة التي قرأها او لا بل يتخير بعد الحمد اي سورة قوله وكذا لو نسي الركوع وذكر قبل ان يسجد قام وركع ثم سجد
انما وجب القيام ثم الركوع لاستدراك الهوي له فانه واجب مستقل حتى لو هوى الراكع لغيره ثم اراده لم يكف الهوي الاول ومثله الهوي الى السجود فلو هوى
لقتل حية ونحوه لم يكف في هذا ثم مع نسيان الركوع حالة القيام اما لو هوى للركوع ثم نسيه قبل تحققه اشكل وجوب القيام ثم الركوع لاستلزامه زيادة
الواجب بل الظاهر انه يقوم منحنيا الى حد الراكع او الى محل حصل عنده النسيان ولو كان النسيان بعد استيفاء الركوع قبل الرفع منه قام للهوي الى السجود
قوله او احديهما آه وجب الجلوس قبل السجدة المنسية اذا عاد لها ان لم يكن جلس بنية ولو شك بنى على الاصل ولو جلس بنية الاستحباب كجلسة الاستراحة
ففي الاجزاء بها وجهان اجودهما ذلك ولو جلس بنية الوجوب لا الفصل كالجلوس للتشهد اجزأ ايضا بطريق اولى مع احتمال عدمه وفي الفرق بين هذين
الموضعين وبين القيام لاجل الركوع لناسيه قبل السجود نظر واعلم ان المص فرض هذه الاقسام الثلثة في نسيان الركن وقد ادخل في هذا القسم نسيان
الركن وهو الركوع والسجدتان وهو غير مستحسن قوله ولو ترك الصلوة على النبي ص وآله هذا الحكم لا يوافق ما تقدم من العود الى السجدتين بعد التسليم
ما لم يفعل المنافي كما يقتضيه ظاهر العبارة المتقدمة لان الصلوة على النبي وآله اقرب الى التسليم مع حكمه بالخروج من الصلوة به مع نسيانهما فاقبلها
اولى وهذا يؤيد كون المراد بقوله وان نقص نقصان الركعة لا غير وان كان السياق لا يقتضيه واعلم ان ذكر نسيان الصلوة الى ان يسلم يناسب القسم الثالث
وهو ما يتدارك بعد الصلوة مع سجود السهو وكانه ذكره هنا لعدم وجوب السجود له مع تداركه بعد التسليم عنده كما يظهر من العبارة فيكون مراده بالثالث
في القسم الثاني ما يتلافى في الصلوة او خارجها مع عدم وجوب سجدتي السهو والاصح وجوب السجود له والحاقه بالقسم الاخير ولو كان المنسي بعض التشهد ففي
قضائه وجهان ويظهر من الشهيد وجوب تداركه وكذا لو نسي الصلوة على محمد خاصة او على آله خاصة قوله قضاها وسجد سجدتي السهو ويجب تقديم قضاء
الاجزاء المنسية على السجود وان تعددت قوله من شك في عدد الواجبة الثنائية آه وفي حكمها ذكر الصلوة المنذورة المقيدة بركعتين او ثلث على الاقوى قوله
والكسوف اذا كان الشك متعلقا بالركعتين اما لو تعلق بالركوعات بني على الاقل الا ان يستلزم الشك في الركعات قوله اذا شك في شيء من افعال الصلوة
فان كان في موضعه اتى به واتم المفهوم من موضعه محل يصلح ايقاع الفعل المشكوك فيه كالقيام بالنسبة الى الشك في القراءة وابعاضها وصفاتها والشك
في الركوع وكالجلوس بالنسبة الى الشك في السجود والتشهد وهو في هذه الموارد جيد لكنه يقتضي ان الشك في السجود والتشهد في اثناء القيام قبل استيفائه
لا يعود اليه لصدق الانتقال عن موضعه وكذا الشك في القراءة بعد الاخذ في الهوي ولم يصل الى حد الراكع او في الركوع بعد زيادة الهوي عن ذلك ولما
يصير ساجدا والرجوع في هذه المواضع قوي بل استقرب العلامة في وجوب العود الى السجود عند الشك فيه ما لم يركع وهو غريب قوله وشك هل نوى ظهرا
او عصرا مثلا استانف انما يستانف اذا لم يدر ما قام اليه وكان في اثناء الصلوة فلو علم ما قام اليه بنى عليه ولو كان بعد الفراغ من الرباعية بنى على كونها الظهر
عملا بالظاهر في الموضعين ولو صلى رباعية مترددة بين الظهر والعصر كان طريق البرائة قوله ومسائله اربع انما خص هذه الاربع بالذكر من بين مسائل الشك
لعموم البلوى بها وكثرة وقوعها فمعرفة احكامها واجبة عينا على المكلفين بالصلوة ومثلها الشك بين الاربع والخمس وسيأتي حكمها وباقي المسائل والفروع
انما يحتاج اليه نادرا فيجب معرفتها كفاية في كل قطر بحيث يمكن رجوع من احتاج الى شيء منها اليه قوله من شك بين الاثنتين والثلث اعلم ان كل شك يتعلق
بالثانية وما بعدها انما يكون الصلوة معه صحيحة اذا وقع بعد اكمال السجود ويتحقق بكمال الذكر في السجدة الثانية وان لم يرفع منها فان الرفع واجب خارج لا
مدخل له في تحقق مسمى السجود قوله ثم اتى بركعتين من قيام وركعتين من جلوس عطف الركعتين من جلوس على ما قبله بالواو الدالة على الجمع المطلق يقتضي التخيير بين
تقديم ركعتي القيام على ركعتي الجلوس وبالعكس وهو مذهب الاكثر والرواية التي هي مستند الحكم تدل على وجوب تقديم الركعتين قائما وهو اجود [illegible]

الركعتين حال السلام كمن قاما فالاقوى الاجزاء قوله ولو غلب على ظنه احد طرفي ما شك فيه بنى على الظن التعبير بغلبة الظن قد يدل على عدم الاكتفاء بمطلق الظن في الحق الاكتفاء به ولا فرق في وجوب العمل بالظن بين الركعات والافعال ولا بين الرباعية وغيرها ولا بين اخريتها واوليها ومعنى بنائه على ما ظنه تعمل الصلوة كانها وقعت على ذلك الوجه سواء اقتضى الصحة ام الفساد فلو شك بين الاربع والخمس وغلب على ظنه كونها اربعا بنى عليها ولم يجب عليه سجود السهو ولو غلب على ظنه الخمس كان قد زاد ركعة فان لم يكن قد جلس عقيب الرابعة بقدر التشهد بطلت الصلوة وهكذا القول فيما يوجب الاحتياط فلو شك بين الاثنين والثلث مثلا وظن احد الطرفين بنى عليه من غير احتياط وان عدنا الوهم احتاط بما ذكر ومعنى غلبة الظن باحد الطرفين مع كون الظن حصول الشك الموجب للاحتياط الطرفين المنافي للترجيح انه قد يعرض للشك ابتداء في شيء فيتروى وجوبا فان ظن احد الطرفين بعد ان رجع في نفسه وقوى عنده احد الطرفين عمل عليه وان بقي على الشك كما كان من غير ترجيح لزمه حكم الشاك فالظن لا يجتمع مع الشك في حالة واحدة لتضادهما بل في زمانين قوله لو فعل ما يبطل الصلوة قبل الاحتياط بقوله لا حكم للشك مع غلبة الظن اراد المعنى المجازي لتقارب الزمانين وعبارة المصنف حسنة ... الاصح عدم بطلان الصلوة بتخلل المبطل ... ذلك التشهد في كونه بل المراد انه لو اتفق حصول المنافي سهوا او عمدا ... بطل الصلوة ... بالتعقيب قولا واحدا فان قيل بذلك اختيار الاثم ولم يبطل الصلوة قوله من نسي سهو لم يلتفت اعلم ان كل واحد من السهو والشك قد يستعمل في الاخر على وجه المجاز لتقارب مفهوميهما ولكون السهو سببا في الشك غالبا فيطلق عليه اسم السبب على المسبب وبالعكس وفي هذه العبارة يمكن ان يريد بكل واحد من السهو والشك معناه المتعارف ولا بد من تقدير مجاز اخر للسهو الثاني على بعض التقديرات وتنقيح ذلك يتم باربع صور الاولى ان يستعمل كل منهما في معناه ولا يتم السهو الثاني الا بتقدير مجاز اخر وهو ان يراد به ما يوجب السهو من باب اطلاق اسم المسبب على السبب وذلك بان يسهو في سجدتي السهو عن ذكر او طمأنينة او غيرهما مما لا يبطل لو كان في الصلوة ويوجب فيهما سجود السهو فانه لا يجب هنا ومثله ما لو سهى عن شيء من واجبات السجدة المنسية كالحج والسجود على بعض الاعضاء عدا الجبهة فانه لا يوجب سجود السهو الثانية ان يسهو في شك اي في فعل ما اوجبه الشك وهو صلوة الاحتياط عما يوجب سجود السهو في الفريضة كالقراءة والذكر فلا يجب عليه السجود فلو كان السهو عنه مما يتدارك في محله فلابد من تداركه ولا سجود ايضا عن الزيادة ان كانت واركان مما يتدارك بعد الفراغ كالسجدة والتشهد فعله ولا يسجد له الثالثة ان يشك في سهو فان اريد بالسهو معناه الحقيقي فالمراد انه شك هل حصل منه سهو ام لا فلا شيء عليه ومثله ما لو تحقق وقوع السهو وشك في كون الواقع له حكم ام لا كونه شيء بعينه نعم لو انحصر فيما يتداركه كالسجدة والتشهد الى بما حيث الاشتغال الذمة يقينا وعدم تحقق البرائة بدونه ولو انحصر فيما يبطل وما لا يبطل فالظاهر عدم البطلان وان اريد به معناه المجازي وهو ما يجب السهو بفتح الجيم كما لو شك في عدد سجدتي السهو او في افعالهما قبل تجاوز المحل بنى على وقوع المشكوك فيه الا ان يستلزم الزيادة كما لو شك هل سجد اثنين او ثلثا فانه يبني على الصحيح الرابعة ان ... عكسه ان اريد معناه المجازي ... كالشك في ركعتين بين الاثنين والثلث فيبني على الصحيح قوله ولا شك على الامام اه بمعنى انه يرجع الى حفظ من خلفه لو عرض له شك في فعل او عدد ويكفي في رجوعه اليه تنبيهه بتسبيح ونحوه ولا فرق بين كون المأموم عدلا او فاسقا ولا بين كونه رجلا او امرأة واما الصبي فلا يرجع اليه مع احتمال الرجوع الى المميز ولا يتعدى الى غير المأموم وان كان عدلا نعم لو افاد قوله الظن باحد الطرفين عول عليه وكذا يرجع المأموم الى الامام ثم ان كان الحافظ عالما رجع اليه الاخر وان كان ظانا بخلافه وان كان الحافظ بانيا على ظن رجع الاخر اليه مع الشك خاصة ومقتضى العبارة اشتراط حفظ جميع من خلفه لا نيابة من المعتبرة للتعمق وهو غير شرط مع عدم الاختلاف كما لو حفظ بعض المأمومين وشك الباقون كشك الامام فانه يرجع الى الحافظ ويرجع الشاك منهم اليه ولو اشترك الشك بين الامام والمأمومين لزمهم موجبه وان اختلف وجمعتهم رابطة رجعوا اليها كما لو شك احدهما بين الاثنين والثلث والاخر بين الثلث والاربع رجعوا جميعا الى الشك بين الثلث والاربع ولزمهم حكمه ولو لم يجمعهم رابطة تعين الانفراد ولزم كل واحد حكم شكه قوله ولا حكم للسهو مع كثرته المراد بالسهو هنا ما يشمل الشك كما مر ومعنى عدم الحكم مع الكثرة عدم وجوب سجدتي السهو لو فعل ما يقتضيهما لولاها وعدم الالتفات لو شك في فعل وان كان في محله بل يبني على وقوعه حتى لو اتى بما شك فيه بطلت صلوته والبناء على الاكثر لو شك في عدد الركعات الا ان يستلزم الزيادة فيبني على الاقل ولو سهى عن فعل يأتي به بعد الصلوة وفات محله كالسجدة تلافاه ولم يسجد له والمرجع في الكثرة الى العرف كما اختاره المص ومتى ثبتت استمرت الى ان يخلو من السهو والشك فرائض يتحقق فيها الوصف الذي يثبت به فيعلق به حكم السهو بعد ذلك وهكذا والظاهر ان المعتبر في ثبات السهو الذي يحصل عنها الكثرة كون كل منها يوجب شيئا لتحقق المشقة التي هي مناط التخفيف فان غلب على ظنه احد الطرفين في العدد او بعضه او كان الشك بعد الانتقال لم يؤثر قوله وهل يتعين فيها لفظ الاشبه لا بل الاصح تعين ما ورد في رواية الحلبي وهو بسم الله وبالله والسلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته او بسم الله وبالله وصلى الله على محمد وال محمد ويجوز حذف حرف العطف من السلام عليك وابدال اللهم صل بقوله وصلى الله اه ولا يجزي غير هذه الاربع قوله والحيض والنفاس الظاهر انه لا فرق بين عروضهما بسبب من الله او من المكلف كالوثبة وشرب دواء للحيض او لاسقاط الولد بخلاف الاغماء والفرق ان سقوط القضاء عنهما عزيمة لا رخصة وتخفيف بخلاف سقوطه عن المغمى عليه وقد نبه عليه في ذكرى قوله وكذا النوم اه الا ان يخرج عن العادة فيلحق بالاغماء اختاره في ذكرى وبعدله عن ظ قوله ولو اكل غذاء موذيا فادى الى الاغماء لم يقض مع عدم علمه بكونه موذيا او اضطر اليه تناوله او اكره عليه والا وجب القضاء ولو علم كونه موذيا لكن ظن ان القدر المتناول لا يؤدي او في ذلك الوقت لم يعذر لتعرضه للزوال مع امتثال قوله

ولوارتد

في القضاء — في الجماعة

ولو ارتد اه وجوب القضاء على المرتد الملي لا بحث فيه واما الفطري فيشكل ان لم نقل بقبول توبته لاستلزامه تكليف ما لا يطاق ان امر بالقضاء ولم يصح منه والحق قبول توبته باطنا وان بقي عليه سائر الاحكام حسما للمادة لانه مكلف ومخاطب بالايمان كغيره فلو لم يقبل توبته كلف بالمحال وهو ممتنع عندنا ولعموم الاية وح يجب عليه القضاء ويصح منه كالملي ثم ان قتل قبل امكان القضاء بقي في ذمته وان امهل لعدم امكان قتله ففي زمان المهلة وتحقق مع قتله قبل الامكان وجوب القضاء على وليه قوله عن كل ركعتين بمد فان لم يتمكن فعن كل يوم بمد والمروي انه يتصدق بمد عن كل ركعتين فان عجز عن كل اربع وان عجز فمد لصلوة الليل ومد لصلوة النهار رواه عبد الله بن سنان عن الص وقال ع بعد ذلك والصلوة افضل ثلثا ينبغي من الصدقة قوله ويجب قضاء الفائتة اه المراد بالفائتة هنا المتحدة فان مذهبه وجوب تقديمها على الحاضرة مع السعة مطلقا دون المتعددة كما سيأتي والاصح ان وقت قضاء الفائتة موسع وان تقديمها على الحاضرة مع سعة الوقت مستحب لا فرق في ذلك بين فائتة يومها وغيرها ولا بين المتحدة والمتعددة قوله ويترتب السابقة المراد من العبارة ان السابقة من الفوائت يجب تقديمها في القضاء على اللاحقة منها فاذا فاته ظهر وعصر وجب عليه تقديم الظهر في القضاء على العصر وهكذا وفي تادي هذا المعنى من العبارة خفاء فان المعروف ان المرتب على الشيء يكون رتبته متأخرة عنه وقد وقع هذا اللفظ في جملة من العبارات وطريق الاعتذار عنه من وجوه الاول جعله من باب التضمين وهو اشراب لفظ معنى لفظ اخر فيعطى حكمه وفائدته تادية كلمة مؤدى كلمتين وهو باب متسع نقل ابن هشام في المغني عن ابي الفتح انه قال احسب لو جمع ما جاء منه لجاء منه كتاب يكون مائتين اوراقا والمضمن هنا الترتيب معنى التقديم اي يتقدم السابقة على اللاحقة وقد تقدم جملة من ذلك في هذا الكتاب الثاني ان يكون من باب القلب اي يترتب السابقة على اللاحقة وهو باب شائع وقد تقدم الكلام فيه ايضا الثالث تكلف صحته على بابه فان الرتبة لغة هي المنزلة ومعنى الترتب كون كل واحد في رتبته اي منزلته الواقع عليها فمعنى ترتب السابقة على اللاحقة ثبوتها عليها في مرتبتها اي مرتبة السابقة وذلك لا يكون الا بتقديم السابقة على اللاحقة وهو معنى شايع وان كان على خلاف الظ قوله ولو ذكر في اثنائها عدل الى السابقة وجوبا عند المص واستحبابا عند القائل بالتوسعة وانما يعدل الى السابقة مع بقاء محل العدول ويتحقق بعدم الركوع في زائد مع ما مضى من الصلوة على عدد المعدول اليها والمراد بالعدول ان ينوي بقلبه ان هذه الصلوة هي تلك الصلوة الفائتة الى اخر النية ولا يجب التلفظ بها هنا فيبطل به قوله ولو صلى الحاضرة مع الذكر اعاد بناء على وجوب تقديم الفائتة وعلى ما قلناه لا يعيد قوله صبحا ومغربا واربعا لانه يتخير بين هذه الفرائض الثلث بل يجوز تقديم ما شاء ويتخير في اولي الاربع بين الجهر والاخفات قوله من ترك الصلوة مرة مستحلا قتل ان كان ولد مسلما لانه ارتد فيلحقه حكمه ومنه يعلم ان العام مخصوص بغير المرأة فلا تقتل بتركها كما لا تقتل بمطلق الارتداد بل تحبس وتضرب اوقات الصلوات حتى تتوب او تموت وفي حكم ترك الصلوة ترك شرط مجمع عليه كالطهارة او جزء كالركوع دون المختلف فيه كتعيين السورة فلا يقتل مستحل تركه قوله فان ادعى الشبهة المحتملة درئ عنه الحد يتحقق الشبهة المحتملة بقرب عهده بالاسلام وسكناه في بادية بعيدة عن المسلمين ومن الشبهة المحتملة دعواه النسيان او الغفلة في اخباره عن استحلال الترك او تاويله الصلوة بالنافلة لقيام الشبهة الدارئة للحد قوله فيدرك الجماعة بادراك الامام راكعا اي باجتماعهما في حد الراكع وان لم يجتمعا في شيء من الذكر ولو ادركه بعد ان شرع في الرفع منه ولا يتجاوز حد الراكع فالظ الاجزاء ايضا ولو شك في الادراك اعاد قوله ولا يصح مع حائل بين الامام والمأموم اه المراد بالحائل هنا الجسم المانع للمأموم من تمام المشاهدة لامامه في جميع الاحوال ولو تقديرا مع كون الحائل عن مأموم فلا يمنع الظلمة المانعة من المشاهدة مع العلم بانتقالات الامام فيما يجب المتابعة فيه ولا الحرم الذي يشاهد منه بعض الاجزاء ولا القصير الذي لا يمنع حال القيام ولا ما لا يمنع في حالة من الاحوال ولا حيلولة بعض المأمومين امامهم عن بعض مع مشاهدة المأموم للامام او مشاهدة من يشاهده من المأمومين وان تعددت الوسائط ويشترط عدم علم الممنوع من المشاهدة بفساد صلوة الحائل والا بطلت صلوته ايضا لان المأموم كالاجنبي ولا فرق في المنع بين الاعمى وغيره قوله الا ان يكون المأموم امرأة لا بد مع ذلك من كون الامام رجلا فلو كان امرأة او خنثى فكالذكر ويشترط في صحة صلوة المرأة مع الحائل علمها بانتقالات الامام لتحقق المتابعة والا بطلت صلوتها ايضا قوله بما يعتد به كالابنية على تردد المرجع في العلو المعتد به الى العرف وقدر بما لا يتخطى عادة وهو قريب من العرف وفي بعض الاخبار دلالة عليه قوله ويجوز ان يقف على علو من الارض منحدرة مع مساواة موضع مساجد كل واحد من الامام والمأموم بالنسبة اليه او ما في حكم المساواة ويشترط ان لا يؤدي الى العلو المفرط قوله ولو كان المأموم على بناء عال كان جائزا مع عدم استلزامه البعد المفرط عادة ولا عبرة بكون البناء لو وقع امامه لم يوجب تقديم المأموم على الامام او الى غيره لم يوجب البعد قوله ولا يجوز تباعد المأموم عن الامام بما يكون كثيرا في العادة ويعتبر ذلك ايضا بين الصفوف فيبطل صلوة الصف المتباعد عما قبله بذلك وصلوة من خلفه من الصفوف وانما يغتفر التباعد بين الصفوف المتوالية بالنسبة الى الامام ويجب تقييده ايضا بما لا يؤدي الى تخلف المتاخر عن الامام بسبب تاخر علمه بانتقالاته تخلفا فاحشا وينبغي للبعيد من الصفوف ان لا يحرم بالصلوة حتى يحرم قبله من المتقدم من يزول معه التباعد ولو انتهت صلوة المتوسط انفسخت قدوة البعيد قوله وانتقل بعد ذلك نعم لو انتقل قبل الانتهاء ولم يستلزم الانتقال فعلا كثيرا واستلزم وكان الانتقال ناسيا استمرت القدوة قوله ويجب متابعة الامام المراد بالمتابعة هنا الا يتقدم المأموم امامه في الفعل بل اما ان يتأخر عنه او يقارنه وانما يجب المتابعة في الافعال دون الاقوال نعم يستحب المتابعة فيها ايضا الا التكبير فانه يجب المتابعة فيه بمعنى ان لا يكبر حتى يكبر الامام قوله فلو رفع المأموم راسه عامدا استمر اي استمر مثابا فلا وجوبا حتى يلحقه الامام ويكون مأثوما في السبق ولا ينفسخ القدوة الا بالنية ولا يجوز له الرجوع فلو رجع بطلت صلوته قوله وان كان ناسيا اعاد وجوبا على الاصح ولو لم يعد لم يبطل الصلوة وان اثم وفي ذكرى لم يوجب العود على الناسي وان كان جائزا والظان كالناسي قوله وكذا لو هوى لركوع او سجود او يستمر مع العمد ويرجع مع النسيان وانما يصح مع العمد اذا كان ركوعه بعد تمام قراءة الامام والا بطلت صلوته وكذا لو كان رفعه من الركوع والسجود عمدا قبل اكمال الذكر ولا عبرة هنا بذكر الامام قوله ولا

ولا يجوز ان يقف المأموم قدام الامام مفهومه جواز المساواة وهو المشهور والاعتبار بتساوي الاقدام حال القيام والظاهر اعتبار العقب والاصابع معًا اختاره الفاضل فلو تساوى العقبان وتقدمت اصابع المأموم لم يصح وصححه الشهيد وبعض المتأخرين وهو ما لو تساوت الاصابع وتقدمت عقب الامام ولو تقدمت عقب المأموم مع تساوي الاصابع فظاهرهما المنع منه وكذا لو تاخرت اصابع المأموم وتقدمت عقبه ان كانت قدمه اصغر من قدم الامام ولو قيل هنا بالجواز امكن واما في حال الركوع فظاهرهم انه كذلك وانه لا اعتبار بتقدم راس المأموم وكذا حال السجود والتشهد فيجوز تقدم راس المأموم على راسه لكن يستثنى منه ما لو كانت الصلوة حول الكعبة فانه لا يجوز ان يكون مسجد المأموم اقرب اليها قوله ولا بد من نية الائتمام مفهومه عدم اعتبار نية الامامة وهو كذلك بالنسبة الى صحة الصلوة لكن لا يثاب الامام عليها بدون النية ويستثنى من ذلك ما لو وجبت الجماعة فان الاولى وجوب نية الامامة ايضا وكذا لو اعاد الامام صلوته جماعة اذ لولاها لما شرعت له قوله ولو صلى اثنان فقال كل منهما اه مستند ذلك ما روي عن علي ع في الصورتين وعلل مع ذلك انهما في صورة الامامة اتيا بالواجب من القراءة بخلاف صورة الائتمام لانهما تركاها معا فيبطل وربما استشكل ذلك بان بطلان صلوة كل منهما مستند الى اخباره وسياتي ان الاخبار غير مؤثر فيما هو اعظم من القراءة كالواجب بالحدث او تحقق كونه محدثا او يندفع بالنص على البطلان هنا كما لو وقع هناك على الصحة ثم في طريق هذه الرواية ضعف لكنها مشهورة وقد افتى الاصحاب بمضمونها وهو جابر لضعفها على ما بينوه قوله وكذا لو شكا فيما اضمراه لانه ان كان الشك في اثناء الصلوة لم يمكنهما المضي على الانفراد ولا على الاجتماع وان كان بعده لم يحصل لهما اليقين بالاتيان بافعال الصلوة وفيه نظر لان الشك بعد الصلوة في شيء من الافعال لا يوجب الالتفات وفي اثنائها ان كان قبل القراءة يمكن التصحيح مع الانفراد لان المنفرد ان كان اماما فالقراءة عليها واجبة وان كان ماموما يجوز له الانفراد وان كان بعد القراءة فان كانا قد قرءا بنية الوجوب او شكا في النية لم يتجه البطلان ايضا لاصالة الصحة ينفرد وان لا اتجه البطلان قوله في اماكن المحاريب والجدر متعلق بالفعل المتقدم وهو يجوز فيصلح للتقييد الصور الاربع فكان جواز اقتداء المفترض بالمفترض الفرضان المتفقان في الكيفية كاليومية بعضها ببعض والجمعة والطواف وان حصل الاختلاف في العدد ولو اختلفت الكيفية لم يصح كاليومية والكسوف وان عزم على المفارقة عند موجب الاختلاف ومكان اقتداء المتنفل بالمفترض اقتداء الصبي بالبالغ ومعيد صلوته بمن لم يصل وعكسه كاقتداء مبتدئ الصلوة خلف المعيد والبالغ خلف المميز عند الشيخ واماكن المتنفل بالمتنفل المعيد خلف المعيد والاقتداء في صلوة العيد المندوبة والاستسقاء والغدير على قول قوله ويستحب ان يقف المأموم عن يمين الامام ان كان رجلا وكذا لو كان امرأة وامامها امرأة ولا يتعين عنه قوله ولو كان امرأة وقف القيا الى جانبه بحيث ان وقوف الجماعة الى جانبها يقتضي وقوف الواحدة بطريق اولى اذ ليس فيه بيان موقف الواحدة هل هو اليمين او غيره والخنثى هنا كالمرأة فيتاخر عن الرجل وان كان وحده لجواز انوثيته قوله وخلفه ان كانوا جماعة المراد بالجماعة هنا ما فوق الواحد ويستحب كونه في وسط الصف الا لضرورة او امرأة اذا اقتدت برجل او بخنثى والا وقفت عن يمين الامام كما مر قوله اذا صلى العاري بالعراة جلس وجلسوا مع عدم امن المطلع ولو كانوا في ظلمة مانعة من الرؤية او فاقدي البصر وامنوا اطلاع غيرهم صلى من قيام واومأ للركوع والسجود كما مر في اللباس قوله ويستحب ان يعيد المنفرد صلوته اه وكذا يستحب لمن صلى جماعة اذا وجد جماعة اخرى وان لم يكن اكمل من الاولى اماما كان المعيد او ماموما وينوي الندب ويخرج عن عهدة الفرض ولو نوى الوجوب جاز ايضا وقد روي ان الله تعالى يختار احبهما اليه والظاهر استحباب الاستحباب وفاقا للذكرى قوله وان يسبح اذا اكمل القراءة قبله في موضع يستحب له القراءة وكذا لو صلى خلف من لا يقتدى به وفرغ من القراءة قبله قوله وان يكون في الصف الاول اهل الفضل المراد بهم اهل المزية الفاضلة من علم او عمل او عقل ويقدم الاجمع منهم للاوصاف فالاجمع قال الباقر ع ليكن الذين يلون الامام اولي الاحلام منكم والنهى فان نسي الامام او تعايا قوّموه ولو لم يكملوا الصف الاول بل دونهم وليكونوا عن يمين الصف وكذا يختص اليمين بافاضل الصف ويترتبوا في الصفوف كذلك الافضل فالافضل من دونها الاول وقد روي ان الرحمة تنتقل من الامام الى يمين الصف الاول ثم الى يساره ثم الى الباقي ولو اجتمع اصناف متعددة وقف الاحرار من كل صنف امام العبيد منه والرجال امام الصبيان ثم الخناثى ثم النساء وقيل يقدم الخناثى على الصبيان وهو حسن قوله ويكره تمكين الصبيان منه بل يكره لغير اهله مع وجودهم وكذا يكره لهم التاخر وكذا حكم باقي الصفوف قوله وان يقف المأموم وحده اه المراد به الذكر فلا يكره للانثى اذا لم تكن نساء وانما قيد بامتلاء الصفوف لانه لو وجد فرجة في صف تقدم اليها وان افضت الى اختراق لانهم قصروا حيث تركوا الفرجة وقال ابن الجنيد من امكنه الدخول في الصف من غير اذية غيره لم يجز قيامه وحده قوله والعدالة وطريقها المعاشرة الباطنة او شهادة عدلين او اشتهارها والظاهر انها لا تثبت بصلوة عدلين خلفه من غير تلفظهما بالتزكية الا ان يعلم اقتداؤهما به قوله وطهارة المولد فلا يجوز امامة من ثبت شرعا انه ولد زنا لنقص مرتبته وان تحققت عدالته اما من تناله الالسن فجائز وكذا ولد الشبهة قوله وان لا يكون قاعدا بقيام وكذا كل ذي مرتبة دنيا بمن هو اعلى منه قوله ولا اميا بمن ليس كذلك المراد بالامي هنا من لا يحسن قراءة مجموع الفاتحة وسورة والمراد بمن ليس كذلك ما يشمل القاري وهو الذي يحسنهما فلو كان كل منهما لا يحسن شيئا او يحسن بعض القراءة واتفقا في ذلك البعض جاز ان يؤم احدهما صاحبه مع العجز عن التعلم وفقد الاكمل ولو احسن احدهما ازيد من الاخر جاز ائتمام الناقص بصاحبه دون العكس ولو اختلف محفوظهما في الفاتحة لم يؤم احدهما ولو كان الاختلاف بحفظ احدهما الفاتحة او بعضها والاخر السورة او بعضها جاز اقتداء جاهل الفاتحة بصاحبه دون العكس قوله اذا كان المأموم ذكرا او خنثى قوله وكذا الخنثى اي يجوز ان يؤم النساء دون الخنثى لاحتمال كون الامام انثى والمأموم ذكرا قوله ولو كان الامام يلحن في قراءته لم يجز امامته بمتقن ولا بملحن اخر مع اختلاف مواضع اللحن ومع اتفاقهما على قدر منه ونقص المأموم عنه اما مع اتفاقهما قدرا ونوعا فجائز ولا يخفى ان الجواز مشروط بتعذر التعلم والا لم يجز ولا فرق بين اللحن المغير للمعنى وغيره قوله وكذا من يبدل الحروف اه اي لا يجوز امامته بمن ليس كذلك والمراد بالتمتام الذي لا يحسن ان يؤدي التاء الا مكررة فقط ليكون امامته ممتنعة اما لو فسر بمن لا يحسن ان يتلفظ بالتاء الا

يرددها مرتين فصاعدا كما فسره به في الذكرى فان امامته صحيحة وان كرهت بل لا باس به لان هذه زيادة غير مخرجة عن صحة الصلوة والمراد بالفأفاء وهو الذي لا يحسن تادية الفاء والالثغ بالمثلثة وهو الذي يبدل حرفا بغيره وبالياء المنقطة من تحت نقطتين وهو الذي لا يبين الكلام فلا يصح امامتهم بالمتقن وعلى التفسير الثاني للتمتام تفسير الفأفاء بالذي يكرر الفاء عند تاديتها وحكمه كالتمتام ومقتضى العطف على اللحن والحكم بالمشابهة جواز امامتهم بمثلهم مع الاتفاق في الحرف والعجز عن الاصلاح قوله ولا يشترط ان ينوي الامامة اي في صحة الصلوة وانعقاد الجماعة لكن لا يثاب بدونها حتى لو تجدد للمأموم بعد النية جدد الامام نيتها بقلبه ولا يفتقر الى ذكر باقي مميزات الصلوة نعم لو لم يعلم بالمأموم حتى انتهت الصلوة امكن في كرم الله تعالى ان يثيبه عليها لكونه سببا في ثواب غيره وعدم تقصيره قوله وصاحب المسجد والامارة والمنزل اولى المراد بصاحب المسجد الامام الراتب فيه وبالامير من كانت امارته شرعية وبصاحب المنزل ساكنه وان لم يكن مالكا لكن لو اجتمع هو والمالك قدم المالك ان لم يكن المنفعة ملكا للساكن وهؤلاء الثلثة اولى من غيرهم ما عدا الامام الاعظم وان كان غيرهم افضل منهم مع اتصافهم بشرائط الامامة ولو اذنوا للاكمل انتفت الكراهة وهل الافضل لهم الاذن للاكمل او المباشرة تردد في الذكرى لعدم النص قوله والهاشمي اولى من غيره المراد به غير الثلثة المتقدمة فانهم اولى منه قطعا وكونه اولى في الجملة هو المشهور بين المتاخرين ولم يتعرض له جماعة من الاصحاب قال في الذكرى ولم نره مذكورا في الاخبار الا ما روي مرسلا او مسندا بطريق غير معلوم من قول النبي ص قدموا قريشا ولا تقدموها وهو على تقدير تسليمه غير صريح في المدعى نعم فيه اكرام لرسول الله ص فان تقديمهم لاجله فاذا قيل باولويته قيل يقدم على من عدا الثلثة وقيل على من بعد الافقه وهو جيد واختاره في س قوله فان اختلفوا قدم الاقرأ اي اختلف المأمومون في التقديم مع تعدد الائمة والمراد بالاقرأ الاعلم بجودة الاداء واتقان القراءة وان لم يكن حافظا وبالافقه الاعلم بفقه الصلوة فان تساووا فيه فالاعلم بمطلق الفقه والمراد بالاقدم هجرة في الاصل الاسبق من دار الحرب الى دار الاسلام وهذا الحكم باق الى اليوم اذ لم ينقطع الهجرة بعد الفتح عندنا وربما جعلت الهجرة في زماننا سكنى الامصار لانها تقابل البادية مسكن الاعراب لان اهل الامصار اقرب الى تحصيل شرائط الامامة وكمال النفس من اهل القرى فان الغالب على اهلها الجفاء والغلظة والبعد عن العلوم والكمالات وقد روي عن النبي ص ان الجفاء والقسوة في الفدادين وعن الشيخ يحيى بن سعيد هي في زماننا التقدم في التعلم قبل الاخر وبالاسن في الاسلام فابن عشرين في الاسلام اسن من ابن سبعين منها عشرة في الاسلام وللاصبح تفسيران احدهما الاحسن صورة لان ذلك فضيلة كالنسب ودليل على شدة عناية الله تعالى به والثاني انه الاحسن ذكرا بين الناس مجازا ويدل عليه قول علي ع انما يستدل على الصالحين بما يجري الله على السنة عباده واسقط المص في المعتبر هذه الاولوية قوله ويستحب للامام اسماع من خلفه الشهادتين وكذا غيرهما من الاذكار ويكره للمأموم اسماعه قوله اذا مات الامام او اغمي عليه استنيب من يتم بهم الصلوة ويجب عليهم تجديد نية النقل وربما احتمل عدمه لان الخليفة نائبة فكانه المصلي ويقوى الاحتمال لو كان المستنيب هو الامام عند عروض ضرورة لان الخليفة نائب حقيقة والوجه الافتقار الى النية في الموضعين قوله ولو فعل ذلك اختيارا جاز ايضا اي لو فعل الامام المبطل عمدا جاز ان يستنيب من يتم بهم الصلوة ويجوز ايضا ان يستنيبوهم وقد يدل ذلك على بعض العامة حيث منع من الاستنابة هنا واعلم ان العارض ان كان في اول القراءة او بعدها فلا اشكال في انتقالهم الى الفعل الذي لم يفعله فيقرؤن في الاول ويركعون في الثاني ولو كان في اثناء القراءة فالافضل الابتداء باولها ويجوز الاقتصار على الصورة ان كان الانتقال في اثنائها ويحتمل قويا جواز القراءة من حيث قطع قوله والاغلف مع عدم قدرته على قطع غلفته والا لم يصح صلوته فضلا عن الاقتداء به قوله وامامة من يكرهه المأموم لقوله ع ثلثة لا يجاوز صلوتهم اذانهم وعد منهم من ام قوما وهم له كارهون قال في الذكرى الاقرب انه ان كان ذا دين فكرهه القوم لذلك لم يكره امامته والاثم على من كرهه والا كرهت انتهى ويمكن حمل الكراهة على كراهتهم لكونه اماما بان يريد الاقتداء بغيره فانه يكره له ان يؤمهم وقد تقدم ان اختيار المأمومين مقدم على جميع المرجحات قوله والاعرابي بالمهاجرين الاعرابي المنسوب الى الاعراب وهم سكان البادية ثم يراد به من لا يعرف محاسن الاسلام وتفاصيل احكامه من سكان البوادي المعني بقوله الاعراب اشد كفرا ونفاقا واجدر ان لا يعلموا حدود ما انزل الله على رسوله وقد يطلق على من يلزمه المهاجرة منهم ولم يهاجروا وان كان عارفا بالاحكام وعلى مطلق المنسوب اليهم ومن اختلاف الارادة حصل اختلاف عبارات الاصحاب في حكمه فمنهم من منع من امامته واطلق ومنهم من كره امامته ويجب حمل المنع على احد المعنيين الاولين لاخلال الاول بالواجب من التعلم والثاني بالهجرة مع وجوبها وحمل الكراهة على الاعرابي بالمعنى الاخير ومن الواضح ان المراد به العدل من الاعراب وهو يستلزم عدم اخلاله بالمهاجرة والتعلم ووجه الكراهة ورود النهي عن امامته معدودا من خمسة يكره امامتهم قوله اذا دخل والامام راكع اه المراد بانه دخل موضعا يقام فيه الجماعة ويتحقق الدخول بنوعها في مسجد ونحوه ولو وقف في فلاة امكن تحقق الدخول بوصوله الى موضع يمكنه فيه الائتمام بان لا يكون بعيدا عادة وح فينوي موضعه ويركع محافظة على ادراك الركعة ويمشي في ركوعه ليلحق بالصف بشرط ان يكون موضع الدخول في الصلوة صالحا للائتمام بان لا يكون بعيدا ولا منخفضا عن الامام بما يعتد به ولا مانعا من المشاهدة وغير ذلك وان لا يستلزم المشي فعلا كثيرا وان يسبح للركوع مطمئنا وليجر رجليه ولا يرفعهما للرواية قوله اذا وقف الامام في محراب داخل اه المراد به الداخل في المسجد لا في الحائط ووجه بطلان صلوة من الى جانبيه ظاهر لعدم مشاهدتهم له ومشاهدة من يشاهده واما الصف الذي خلف المحراب هو المعبر عنه بالمقابل وانما يقابله بعضهم وباقيه يشاهده ومن يشاهده باطراف اعينهم فصلوتهم صحيحة ولو كان المراد به الداخل في الحائط كثيرا بحيث يستر الامام عن يمين الصف وشماله لعدم تصور فساد صلوة الصف الاول لان من خلفه على سمته يشاهده ومن على يمينه وشماله يشاهدون المشاهد كما ذكر في الصف الثاني من المحراب المذكور اولا قوله لا يجوز للمأموم مفارقة الامام اه مفهومه جواز المفارقة مع نية الانفراد لعذر ومع بقاء القدوة والاقوى ان بالمفارقة يتحقق الانفراد وتحقق ذلك في المسبوق بحيث يكون تشهده في غير محل تشهد الامام فانه يفارقه ويتشهد ويلحقه وهل له القنوت في محله ولحوق الامام نظر ولو اقتصر منه على ما لا يوجب التخلف بركن لم يضر ويتصور المفارقة مع

بقاء

بقاء القدوة ايضا في صلاة الخوف كما سيأتي قوله فان نوى الانفراد جاز هذا هو المشهور وخالف فيه الشيخ في ط فقطع بفساد صلاة المأموم مع مفارقته لغير عذر والعمل على المشهور ثم ان فارق قبل القراءة قرأ لنفسه او بعدها اجزأته بها او في اثنائها اعاد السورة التي فارق فيها ويحتمل قويا الاجزاء بالقراءة من موضع القطع واستوجه في كرى وجوب استيناف القراءة في الموضعين لكونه لم يقرأ وهو في محل القراءة وعلى ما اخترناه لو كان الامام قد تجاوز نصف السورة واراد المأموم القراءة من اول سورة لم يجز له العدول عنها وكذا لو كانت مفارقته في الجحد والتوحيد مطلقا في غير الجمعتين وعلى القول الآخر له قراءة اي سورة شاء واعلم ان المفارقة جائزة في جميع احوال الصلاة ولا يشترط الدخول معه في ركن فلو دخل في اثناء القراءة وفارق قبل الركوع صح وسقطت عنه القراءة لكن لا يدرك بذلك ثواب الجماعة كما يدركه لو دخل معه قبل التسليم بل الاولى لمن يريد ذلك ترك الاقتداء ابتداء ليسلم من خلاف الشيخ ولا يخفى ان ذلك حيث لا تجب الجماعة والا لم يجز الانفراد اختيارا قوله والجماعة جائزة في السفينة الواحدة اه بشرط عدم البعد المفرط وعدم حصول مانع يمنع المشاهدة وعدم تقدم المأموم ولو عرض التقدم بحركة المأموم في الاثناء نوى الانفراد والا بطلت صلوته وفي حكم السفن المتعددة ما لو كان احدهما على الشاطي والآخر في السفينة قوله قطعها واستأنف اه مقتضى العبارة تقييد القطع بدخول الامام في الصلاة وخوف الفوات ثم يحتمل ان يريد بالفوات فوات الايتمام بأجمعه فلو ادرك آخر الصلاة لم يستحب القطع وان يريد فوات الركعة الاولى ولا يحتمل ان يريد فوات القدوة بمجموع الصلاة بحيث يقع نيته عقيب تحريم الامام لانه فرض الخوف بعد تحريم الامام والحال انه لم يكمل النافلة فلا بد مع الاكمال من فوات جزء من الصلاة والذي عبر به جماعة من الاصحاب ودلت عليه الرواية قطع النافلة متى اقيمت الصلاة وان لم يدخل في الصلاة وهو حسن ولا استبعاد في كون الذاهب الى الواجب والوقوف له وانتظار تكبير الامام ليكبر معه خير وفضل افضل من النافلة قوله ولو كان في فريضة نقل نيته اه لم يقيده ايضا بخوف الفوات ولا شرط في اكمال الركعتين ذلك والرواية مطلقة ايضا لكن جعل فيها النقل عند اذان المؤذن والظاهر ان قطع النافلة بعد العدول بها من الفريضة لخائف فوات الايتمام من اول الصلاة افضل من اكمالها ركعتين فان الفريضة تقطع لاستدراك ما هو دون ذلك والفريضة بعد العدول تصير نافلة وهي تقطع ايضا لادراك اولى الجماعة ويحمل الرواية باتمام الركعتين على لم يخف الفوات جمعا بينها وبين ما دل على قطع النافلة ولو كان ذلك بعد تجاوز المصلي ركعتين من الفريضة فان كان ركع في الثالثة فالاجود الاتمام وان لم يركع ففي جواز العدول الى النفل وهدم الركعة نظر واستقرب في النهاية الاتمام ان لم يكن امام الاصل والا قطع مطلقا قوله ولو كان امام الاصل قطع واستأنف معه لا يشترط في جواز القطع هنا خوف فوت جميع الصلاة بل يكفي خوف فوت تمام الجماعة ولو نقلها الى النفل ثم قطعها كان اولى قوله اذا فاته مع الامام شيء جعل ما يدركه اول صلوته اه رد بذلك على بعض العامة حيث زعم ان ما يدركه معه آخر صلوته ويقضي اولها محتجا بقول النبي صلى الله عليه وآله وما فاتكم فاقضوا ولجب بحمل القضاء على الاتيان كقوله تعالى فاذا قضيتم الصلوة جمعا بينه وبين ما تظافر من الاحاديث الدالة على ان ما يدركه اول صلوته قوله وقرأ في الآخرتين بالحمد اه لا يخفى الحكم بالتخيير بين الحمد والتسبيح في الاخيرتين نعم لو ادرك ركعة واحدة مع الامام لان ثانية المأموم يقرأ فيها بالحمد ولا خلاف في تحتم القراءة في الاخيرتين نعم ذهب اصحابنا الى ان من فاته الركعتان الاوليان من الرباعية وسبح الامام في الاخيرتين حذرا من خلو صلوته من الفاتحة ولا صلوة الا بها والمشهور بقاء التخيير فذكر التخيير للرد على ذلك القول لا ينافي مثال المصنف في المثال تمام الكلام في الرد على بعض العامة قوله كبر وسجد معه الاتخيير بين السجود مع الامام واستيناف الصلوة وهو الافضل وبين الجلوس من غير سجود ثم يقوم بغير استيناف بعد فراغ الامام او مع الامام لو كان في غير الاخير وبين انتظاره واقفا حتى يسلم او يقوم ولا استيناف في الموضعين وكذا القول لو ادرك معه سجدة واحدة وكذا يتخير لو ادركه بعد رفعه من السجود لا نية هنا مطلقا وبدرك الفضيلة في الجميع على التقدير اذا كان التأخير لا عمدا واما كونها كفضيلة من ادرك قبله فغير معلوم قوله يجوز ان يسلم المأموم قبل الامام وينصرف لضرورة وغيرها مع نية الانفراد وبدونها يأثم مع التعمد ويخرج من الصلاة ولا يخفى ان ذلك في غير الجماعة الواجبة والا لم يجز بعيد في القول بعدم وجوب المطابقة في الاحوال احتمال جواز التسليم قبله وان لم ينو الانفراد او كانت الجماعة واجبة لكن لا نعلم به قائلا صريحا وعبارة السيد بل تعلم بذلك قوله وان كان رجال وجب ان يتأخرن اه بناء على عدم جواز المحاذاة والا استحب لهن التأخر اذا لم يكن للرجال موقف واذا لم يكن المكان ملكا لهن والا لم يجب قوله مكشوفة غير مسقفة كان ذكر الكشف كاف عن الوصف بعدم التسقيف ولانه يعبر افراده لشمول الكشف له والتظليل بغيره من شجرة وغيرها ولعل ذكر عدم التسقيف بعد ذلك تفسير للكشف بمعنى ان المراد كشفها كونها غير مسقفة لا مطلق الكشف في الجمع بين الكلمتين مع اغناء الثانية عن الاولى الاشارة الى ان ذلك هو مراد من عبر بالكشف ويدل على اختصاص الكراهة بالتسقيف ما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق ان رسول الله صلى الله عليه وآله ظلل مسجده بالحصف والاذخر فلما اتاهم الامطار وكف عليهم فقالوا يا رسول الله لو امرت بالمسجد فطين لهم فقال لا عريش كعريش موسى فلم يزل كذلك حتى قبض صلى الله عليه وآله قال في كرى يعبر بنقل كراهة التظليل لعل المراد به تظليل جميع المسجد او تظليل خاص او في بعض البلدان والا فالحاجة ماسة الى التظليل لدفع الحر والقر قوله وان يكون الميضاة على ابوابها المراد بالميضاة المطهرة من الحدث والخبث ويكره ان يكون في وسط المساجد لتأذي الناس برائحتها وكراهة الوضوء في المسجد ومنع بعض الاصحاب من جعل الميضاة في وسطها وهو حق ان لم يسبق المسجد وابيح لها محل البول والغائط واستلزمت اذاه قوله والمنارة مع حائطها لا في وسطها وفيه لا يجوز المنارة في وسطها وهو حق مع تقدم مسجدية محلها على بنائها قوله وان يتعاهد نعله اي يستعلم حاله عند الدخول الى المسجد احتياطا للطهارة وفي حكم النعل ما يصحب الانسان من مظنات النجاسة كالعصا واعلم ان الافصح ان يقول ان يتعهد النعل لان التعاهد تفاعل لا يكون الا بين اثنين يلاحظ كل منهما الآخر قال في الصحاح التعهد التحفظ بالشيء وتجديد العهد به وتعهدت فلانا وتعهدت ضيعتي وهو افصح من قولك تعاهدته لان التعاهد انما يكون بين اثنين انتهى وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله تعاهدوا نعالكم عند ابواب مساجدكم والمتبع في التعاهد الرواية قوله ويجوز نقض ما استهدم بفتح التاء والدال اي اشرف على الانهدام وكذا يجوز نقضه لتوسعة لكن يجب التأخير الى تمام العمارة الا مع الاحتياج الى الآلة فيؤخر بحسب الامكان قوله ويجوز استعمال

آلته في غيره مع استغنائه عنها او تعذر استعمالها فيه لاستيلاء الخراب عليه او كون الآخر احوج اليها منه لكثرة المصلين ونحو ذلك والاولى بالجواز صرف وقف تيه على غيره بالشروط والتبرك كالمشهد فلا يجوز صرف ماله الى مشهد آخر ولا مسجد ولا صرف مال المسجد اليه مطلقا قوله ويستحب كنس المساجد وهو جمع كناستها بضم الكاف وهي القمامة واخراجها منها خصوصا يوم الخميس وليلة الجمعة فقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله من كنس المسجد يوم الخميس وليلة الجمعة فاخرج من التراب ما يذر في العين غفر الله له والظاهر ان الواو بمعنى او وتقدير القلة بكون التراب يذر في العين مبالغة في المحافظة على كنسها بان كانت نظيفة وعلى فضل ما يكنس وان لم يشق قوله والاسراج فيها محلة الليلة ولا فرق بين صلاة احد فيه او اقامته حالة التنوير وعدمه وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله من اسرج في مسجد من مساجد الله سراجا لم تزل الملائكة وحملة العرش يستغفرون له ما دام في ذلك المسجد ضوء من ذلك السراج قوله ويحرم زخرفتها اي نقشها بالذهب فان الزخرف بالضم الذهب واطلق جماعة من الاصحاب منهم المصنف في المنتهى تحريم النقش مطلقا لان ذلك لم يفعل في عهده فيكون بدعة قوله ونقشها بالصور ذات الارواح والا كره من جهة كونه نقشا قوله وبيع آلتها مع عدم الحاجة الى بيعها للعمارة وعدم المصلحة كما لو خيف عليها التلف او كانت رثة لا ينتفع بها فيه قوله ولا يجوز ادخال النجاسة اليها انما يحرم ادخال ما يخاف منه تلويث المسجد او الآلة وغيره يكره ويجب اخراج النجاسة منه كفاية وان كان الوجوب على المدخل آكد قوله ولا ازالة النجاسة فيها مع استلزامها التنجيس ولو ازالها في آنية او فيما لا ينفعل كالكثير لم يحرم بناء على عدم تحريم غير الملوثة وربما قيل بتحريم ازالتها فيها مطلقا لما فيه من الامتهان المنافي للتعظيم المأمور به وهو احوط قوله ولا اخراج الحصا منها مع كونها جزءا من المسجد او من الآلة كالمتخذة للفرش فلو كانت قمامة استحب اخراجها في حكمها التراب قوله ويكره تعليتها بل يبنى وسطا وقد روي ان مسجد النبي كان قامة قوله وان يعمل لها شرف بضم الشين وفتح الراء جمع شرفة بسكون الراء وهي ما يجعل في اعلى الجدار قال علي ان المساجد لا تشرف بل تبنى جما قوله او محاريب داخلة في الحائط اي تحفر كثيرا او كذا يكره الداخلة في المسجد بل هذا هو الذي وجد في النصوص وان عليا كان يكسر المحاريب اذا راها في المسجد ويقول كانها مذابح اليهود ولا بد من تقييد الكراهة بالمعنى الثاني بسبقها على مسجدية محلها والا حرمت قوله وان يجعل طريقا انما يكره اذا استطرق على وجه لا يلزم منه تغيير صورة المسجد بحيث يصير طريقا لا مسجدا والا حرم كما هو هنا الفارق بين جعلها طريقا وجعلها في طريق قوله وتمكين المجانين وكذا الصبيان لورود النهي في النص قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وشراءكم وبيعكم وينبغي ان يراد بالصبي من لا يوثق به منهم في ازالة النجاسة اما من يوثق به في التنزه عن النجاسات واداء الصلاة فانه يستحب تمرينه على فعل الصلاة في المسجد كما يمرن على غيرها من العبادات قوله وانفاذ الاحكام لما فيه من الجدال والدعاوي الباطلة المستلزمة للمعصية في المسجد المتضاعف بسببه العصيان فذهب جماعة من الاصحاب الى عدم الكراهة لان عليا كان يقضي في مسجد الكوفة ودكة القضاء مشهورة الى الآن ولان الحكم طاعة والمسجد موضوع لها ويحمل النهي على تقدير صحته على جعل الحقوق اللازمة عليها او يخص بما فيه جدال وخصومة او يكون المكروه الدوام لا ما اتفق احيانا وهو حسن قوله وتعريف الضوال وكذا السؤال عنها وحيث كان يحل التعريف الجامع فليكن في ابواب المساجد لا داخلها قوله وانشاد الشعر لقول النبي من سمعتموه ينشد الشعر في المساجد فقولوا له فض الله فاك انما نصبت المساجد للقرآن وقد روي انه لا باس به وجمع بينهما في كرى بحمل المباح على ما يقل منه ويكثر منفعته كبيت حكمة او شاهد على لغة في كتاب الله او سنة نبيه وشبهه والحق به بعض الاصحاب ما كان منه موعظة او مدحا للنبي وآله ومراثي الحسين لان ذلك كله عبادة فلا ينافي الغرض المقصود من المساجد قوله ورفع الصوت ولو في قراءة القرآن اذا تجاوز المعتاد قوله واكل البصل او ثوم وكذا كل ذي رائحة كريهة قال علي من اكل شيئا من المؤذيات فلا يقربن المسجد قوله ستره بالتراب الضمير يعود الى كل واحد من الثلاثة لا الى القمل وحده قال علي البزاق خطيئة وكفارته دفنه وعن الصادق من تنخع في المساجد ثم ردها في جوفها لم يمر بداء الا ابرأته قوله وكشف العورة مع امن المطلع المحترم وكذا يكره كشف السرة والركبة وما بينهما قوله والرمي بالحصا لم يقيد الرمي بكونه حذفا كما صنع غيره وورد به الخبر عن النبي انه ابصر رجلا يحذف حصاة في المسجد فقال ما زالت تلعنه حتى وقعت لاشتراك الرمي بانواعه في العبث والاذى ولان الحذف يطلق على رميها بالاصابع كيف اتفق وان لم يكن على الوجه المذكور في البحار قال في الصحاح الحذف بالحصى الرمي به بالاصابع قوله جاز استعمالها في المساجد لا في غيرها ولا يجوز نقضها الا لما لا بد منه في تحقق المسجدية كالمحراب قوله صلاة الخوف مقصورة سفرا وفي الحضر اذا صليت جماعة فان صليت فرادى قيل يقصر يظهر من ذكره الخلاف في حالة الحضر ان حالة السفر لا خلاف في كون الصلاة فيها مقصورة وان صليت فرادى وهو كذلك بل نقل الشيخ عن بعض الاصحاب انها لا تقصر الا في السفر مطلقا عملا بظاهر الآية واقتصارا على موضع الوفاق والاصح جواز القصر سفرا وحضرا جماعة وفرادى وعليه المعظم قوله كما صلى رسول الله بذات الرقاع ذات الرقاع موضع قريب من المدينة على ثلاثة اميال منها عند بئر اروما وقيل بنجد وهي ارض غطفان واختلف في تسميتها بذلك فقيل ان المكان فيه جدد حمر وصفر كالرقاع وقيل كانت الصحابة حفاة فلفوا على ارجلهم الجلود والخرق لئلا تحترق وقيل بل نقبت ارجلهم من المشي فلفوا عليها وقيل الرقاع كانت في الويتهم وقيل غير ذلك قوله ان يكون الخصم في غير جهة القبلة بحيث لا يمكنهم مقابلته وهم يصلون الا بالانحراف عن القبلة فلو اتفق العدو في القبلة صلى بهم صلاة عسفان اذ ليس فيها مخالفة لباقي الصلوات من انفراد المؤتم مع بقاء حكم ايتمامه وايتمام القائم بالقاعد وغير ذلك مما في صلاة الرقاع ويحتمل قويا جواز صلاة الرقاع هنا ايضا وان كانت صلاة النبي وقعت مع كونه في خلاف جهة القبلة اتفاقا اذ لا مانع منها قوله وان يكون في المسلمين كثرة يمكن ان يفترقوا طائفتين لا يجب التسوية بين الطائفتين في العدد لصدق الطائفة على الواحد فيجوز ان يكون بعضها واحدا مع حصول الغرض به وهو مقاومة العدو قوله وان لا يحتاج الامام الى تفريقهم اكثر من فرقتين هذا في غير صلاة المغرب اما فيها فيجوز تفريقهم ثلاث فرق وتخصيص كل فرقة بركعة ولو شرطنا الخوف في السفر جاز تفريقهم في الرباعية اربع فرق مع الحاجة قوله فينوي من خلفه الانفراد واجبا لما تقدم من عدم جواز مفارقة المأموم بدون النية ولانه واجب فيجب نيته وقوى في الذكرى عدم الوجوب لان قضية الايتمام انما هو في الركعة الاولى وقد انقضت وهو حسن والاول اجود وهو احوط قوله فيتشهد بهم ويسلم

٢٨ ويجوز له التسليم قبل قيامهم الى الثانية من غير انتظار لصحيحة ابن الرحمن عن الصادق ع وان كان المشهور الاول قوله وان شاء بالعكس لا اشكال في التخيير بينهما لورود النص بهما
لكن اختلف في ايهما افضل والمشهور الاول بل لم يذكر الاكثر غيره وهو المروى من فعل علي ع وفيه فوز الثانية بالقراءة المتعينة وبقارب الفريقين في ادراك
الاركان مع الامام واختار في هذا الثاني قوله كل سهو يلحق المصلين في حال متابعتهم لا حكم له وفي حال الانفراد ما تقدم في باب السهو هذا مبنى على قول
الشيخ من تحمل الامام اوهام من خلفه والمص لا يقول به ولا خصوصية لصلوة الخوف بحيث يفترق الحكم بينها وبين غيرها ويمكن حمل السهو هنا على الشك بمعنى
انه لا حكم لشك المأموم حال متابعته امامه اذا حفظ عليه الامام وقد تقدم ان السهو قد يطلق على الشك مجازا فيتم الحكم على مذهبه قوله اخذ السلاح واجب
للامر في الآية المقتضي للوجوب ولو تركه اخذه ح اثم ولم تبطل الصلوة لرجوع النهي الى وصف خارج قوله وان كان ثقيلا يمنع شيئا من واجبات الصلوة
لم يجز الا مع الضرورة فيجب بصلي بحسب الامكان ولو بالايماء ولو كان مما يتأذى به غيره كالرمح لم يجز حمله ان لم يمكنه الانتقال الى حاشية الصف الا مع الضرورة
قوله اذا سهى الامام سهوا يوجب السجدتين الى قوله لم يجب اتباعه هذا مبنى على مذهب الشيخ ايضا ويلزم الطائفة الاولى السجود فيشير اليهم للسجود وابعد فرائهم
وعلى ما اختاره المص لا يجب على احد بها قوله واما صلوة المطاردة جعل صلوة المطاردة قسيمة لصلوة الخوف مع انها من جملة اقسامها اما بناء على ملاحظة كونها
تسمى صلوة شدة الخوف لا صلوة مطلق الخوف كما اشار اليه المص او يكون عطفها عليها في قوله صلوة الخوف والمطاردة من باب عطف اخص الافراد واجلها
على اسم الجنس لمزيد الاهتمام كعطف جبرئيل على الملائكة والنخل والرمان على الفاكهة وهذا اولى فان شدة الخوف قسم من مطلق الخوف قوله تنتهي الحال الى
المعانقة والمسايفة الضابط في تسويغها ان لا يمكن فعل الصلوة على الوجوه المقررة في انواع صلوة الخوف بل يفتقر كل منهم الى القتال او لا يأمن لحاجة اليه
في حال الصلوة فيصلون رجالا وركبانا على حسب الامكان وقد جوز الاصحاب الجماعة فيها وان اختلف الجهة بشرط ان لا يتقدم المأموم على الامام صوب مقصده
والفرق بينهم وبين المختلفين في الجهة ان كل جهة هنا قبلة في حق المضطر اليها بخلاف المجتهدين ومن ثم يجب الاعادة لو تبين الخطاء على بعض الوجوه بخلاف
هنا وهنا يتحمل الامام القراءة لم التسبيح فيها الثابت بدلا لانه بدل له من اركان لا يتحملها قوله على قربوس سرجه هو بفتح القاف والراء ويشترط في جواز السجود عليه تعذر
النزول ولو للسجود خاصة ثم الركوب ويغتفر الفعل الكثير هنا كما يغتفر في باقي الاحوال ولو كان القربوس مما لا يصح السجود عليه فان امكن وضع شيء منه عليه
وجب والا سقط قوله اوميا ايماء برأسه فان تعذر فبعينيه كالمريض قوله فان خشي صلى بالتسبيح العدد المجزي للتسبيح لتعذر الايماء وان امكن فعل غيره من
الافعال كالقراءة ويجب قبل التسبيح النية والتكبير وبعد فعل مرتين التشهد والتسليم وفي المغرب ثلث تسبيحات يتخللها التشهد ولو شك في عدده
بطلت الصلوة قوله فان انجلى صلوته ولو كان بعد التسبيح مرة سقطت عنه ركعته وان صلوة الامن ولو انعكس بنى على الباقي قوله ولا يقصر واحد منهما عدد صلوته
لاختصاص قصر الكمية بالسفر والخوف بخلاف الكيفية فان في كثير منهم لو خاف من اتمام الصلوة استيلاء الغرق ورجا عند قصر العدد سلامته فضاق الوقت
فالظاهر انه يقصر العدد ايضا وهو حسن حيث انحصر طريق السلامة فقصر العدد اولى لكن في سقوط القضاء بذلك نظر لعدم النص على جواز القصر هنا فيجب
القضاء قوله مسيرة يوم يعتبر فيه الاعتدال وكذا في الارض والسير واعتبر في كونه سير الابل قوله اربعة وعشرون اصبعا معتبرة بست قبضات بالاصابع
المضمومة المنفردة عن الابهام من مستوى الخلقة قوله او مدّ البصر من المبصر المتوسط بحيث يميز الراجل من الفارس قوله واراد الرجوع ليومه قيد لكل مسيرة يوم
وكذا لو اراد الرجوع للبلد ان المتعدد ويومه مع اتصال السفر صرح به في الذكرى ولو كان الخروج في بعض النهار واراد انهائه في اليوم الثاني بحيث يجتمع
من الجميع يوم وليلة مع اتصال السفر ففي الترخص نظر من المساواة في العلة وخروجه عن مورد النص وظاهر الاصحاب عدم الترخص بذلك قوله ولو تردد يوما
في ثلثة فراسخ لم يجز القصر لا فرق في ذلك بين ان يتنوع عوده الاول الى محل يشاهد فيه جدران بلده او يسمع اذانه او لا خلافا للتحرير حيث حكم بالقصر
في الثاني قوله ولو كان للبلد طريقان والابعد منهما مسافة فسلك الابعد قصر في ذهابه والبلد والرجوع ولو سلك الاقرب اتم الا ان يقصد العود
بالابعد فيتم في ذهابه والبلد ويقصر في عوده خاصة وان كان قصد العود بالابعد في ابتداء السفر لانه لم يقصد الا مسافة والقصد الثاني لا حكم له
الشروع فيه ومن هذا الباب ما لو سلك مسافة مستديرة فان الذهاب فيها ينتهي بالمقصد وان لم يبلغ نصف قطر الدائرة بالنسبة الى محل المسافر والعود
هو الباقي سواء زاد ام نقص هنا مع اتحاد المقصد ولو تعدد كان منتهى الذهاب اخر المقاصد ان لم يتحقق قبله صورة الرجوع الى بلده عرفا والا فاول الساعين
عليه وهكذا ويحتمل كونه اخر المقاصد مط وينبه بقوله وان كان تميلا الى الرخصة على خلاف بعض الاصحاب حيث ذهب الى عدم الترخص لطالبها لانه كاللاهي
وكذا لو كان الغرض من السفر مجرد الترخص والاصح الترخص مط لوجود المقتضي قوله قصد المسافة لا فرق في اعتبار القصد بين التابع والمتبوع فالعبد
والزوجة والولد ان عرفوا مقصد المتبوع وقصدوه قصروا والا فلا ولا يقدح مع تحقق القصد تجويز العتق والطلاق فانهما يرجعان على ما دون المسافة
وكان ممن حصل اذا لم يستند ذلك الى امارة ومثله الاسير في ايدي المشركين والمأخوذ ظلما مع ظنهما بقاء الاستيلاء قوله ولو خرج ينتظر رفقة ان اتفقوا له
قصر في سفره وموضع توقفه منتظر الرفقة ان كان على رأس المسافة فصاعدا يقصر الى ثلثين يوما سواء علم مجيئها ام لا وسواء جزم بالسفر من دونها
ام لا وان كان دونها في محل الترخص فان علم مجيئها او جزم بالسفر من دونها على تقدير عدم مجيئها فكالاول والحق به في الذكرى ما لو غلب على ظنه مجيئها وان
انتفى الامران او الامور ولو كان توقفه في محل التمام اتم مط قوله وفي طريقه ملك قد استوطنه اه المراد بالملك هنا العقار الكائن في محل الاستيطان وما
في حكمه فلا يشترط صلاحيته للسكنى بل يكفي الشجرة الواحدة ويشترط ملك العين فلا يكفي المنفعة وبقاؤه فلو خرج عن ملكه زال الحكم والمراد بحكم المحل ما كان
يقرب من موضع الاستيطان بحيث لا يبلغ محل الترخص بالنسبة الى موضع الاقامة وفي حكم الملك البلد المتخذ للمقام على الدوام وكذا لو اتخذ بلدانا للمقام على
التناوب ويشترط في كل واحد الاستيطان كالملك قوله قصر في طريقه خاصة لا ريب في جواز التقصير في الطريق لوجود المقتضي وهو قصد المسافة لكن
هل يصير موضع الاقامة كبلده فينتهي سفره بمشاهدة جداره او سماع اذانه ام يستمر حتى يصل اليه ظاهر العبارة الثاني لان الجميع من جملة الطريق اليه

٢٩ صرح العلامة والاول اوجه فان ذلك في حكم البلد شرعا وكذا القول في الخروج منه قوله ولو كان له عدة مواطن اه كما يعتبر المسافة بين كل موطنين كذا يعتبر بين
اخر المواطن وغاية مقصده فان كان مسافة قصر عند خروجه من الاخير الى مقصده والا فلا ولا فرق في ذلك بين ان يعزم على العود الى وطنه الاول من تلك
الطريق او غيرها مما الاوطن فيه ولا ما في حكمه فلا يقصر فيما بين اخر اوطانه ونهاية مقصده مع قصوره عن المسافة وان كان يقصر راجعا بل الكل من الذهاب
والاياب حكم برأسه لا ينضم احدهما على الاخر وكذا القول فيما نوى فيه الاقامة سواء كانت النية في ابتداء السفر ام بعد الوصول الى موضع الاقامة ومثله ما
لو بلغ طالب الآبق ونحوه المسافة من غير قصد ثم قصد الزيادة الى ما دون المسافة قبل العود قوله والوطن الذي يتم فيه هو كل موضع له فيه ملك قد استوطنه
ستة اشهر فصاعدا متوالية او متفرقة بشرط كونه مقيما فيها بحيث يصلي في تلك المدة تماما فلا يكفي مطلق الاقامة ولا مطلق التمام ولو تعددت المواطن كفى
استيطان الاول منها ما دام على ملكه فلو خرج اعتبر استيطان غيره ويظهر من الذكرى الاكتفاء بالاولى وان خرج قوله كون السفر سائغا اي جائزا بالمعنى الاعم
ليدخل فيه ما عدا المحرم قوله ولو كان معصية لم يقصر يتحقق المعصية في السفر بكونه نفسه معصية كسفر الفار من الزحف والآبق من سيده والناشز من زوجها
والهارب من غريمه مع قدرته على وفاء الحق والخارج بعد الزوال يوم الجمعة او عرفة من غير فعل ما يجب عليه فيهما وشبه ذلك او يكون غايته معصية كتابع الجائر
وقاطع الطريق والتاجر بالمحرمات والساعي في ضرر على المسلمين ونحو ذلك ولا يقدح المعصية فيه اذا كان تجارة اكثرها بالخمر والزنا اذا لم تكن مقصودة
بالسفر او جزء من المقصود ولو كان السفر معصية ثم تجدد قصد الطاعة اعتبرت المسافة فيما بقي من الذهاب ولو انعكس زال الترخص عند نية المعصية فلو عاد
قصد الطاعة ففي ضم ما بقي ان لم يبلغ المسافة الى ما مضى منها في زمن الطاعة وجهان ورجح في الذكرى الضم قوله كاتباع الجائر اي في جوره لا اتباعه كرها او في تجديد
الطريق او ليعمل له عملا محللا له ونحو ذلك قوله ان لا يكون سفره اكثر من حضره هكذا عبر اكثر الاصحاب ولم يرتضها المص في المعتبر لانها تقتضي ان من اقام
في بلده عشرة ايام ثم سافر عشرين يجب عليه الاتمام قال والاولى ان يقال ان لا يكون ممن يلزمه الاتمام في سفره واولوية هذه العبارة على عبارة الاصحاب غير واضحة
لان العاصي بسفره يدخل فيما ذكره مع انه غير مراد وكذا الهائم وطالب الآبق ونحوهما بل الوجه ان كثرة السفر قد اشتهرت شرعا في السفر الجامع للشرائط
الآتية بحيث لا يتبادر الى الافهام غيره وهو علامة الحقيقة بخلاف ما ذكره فانه مشترك شرعا بين كثير السفر والعاصي ومن لم يقصد المسافة من غير ترجيح
او نقول ان هذا عنوان للشرط والمعتبر فيه ما يأتي تفصيله قوله والمكاري والملاح هو صاحب السفينة باي وجه استعملها والبريد الرسول اي المعد نفسه للرسالة
قوله وضابطه ان لا يقيم في بلد عشرة ايام هذا غير ضابط فان اقامة العشرة ان كانت في بلده لم يفتقر الى نية وفي غيره يفتقر اليها فالاجمال غير مفيد وكذا
اذا سافر ثانيا من غير اقامة العشرة يصدق عليه التعريف في الاكتفاء به بحيث يتم في الثانية قول ضعيف بل الضابط ان يسافر الى مسافة ثلث سفرات
لا يتخلل بينها حكم الاتمام بعد الاولى والثانية ولا يقيم بينها عشرة في بلده مط او في غيره مع النية او ثم بعد التردد ثلثين ثم يحصل الكثرة في الثالثة
فيلزمه الاتمام فيها ويستمر عليه الى ان يتحقق له احد الثلثة المتقدمة ما دام المسافر مسافرا الى المسافة ومتى تحقق احد الثلثة انقطعت الكثرة وافتقر الى
سفرات كذلك وهكذا او يكفي في العشرة كونها ملفقة بشرط ان لا يتخللها مسافة وما لا يبلغ حد الترخص من حدود البلد بحكمه فيحتسب مدة تردده فيه
من العشرة قوله وقيل ذلك يختص بالمكاري فيدخل في جملته الملاح والاجير المشار اليه بذا اقامة العشرة بمعنى ان اقامة العشرة انما يقطع سفر المكاري
لا غيره اما غيره فيبقى على التمام وان اقام عشرة ووجه اختصاص المكاري ان رواية العشرة انما وردت فيه والملاح والاجير داخلان فيه لان اسمه يقع عليهما
وعمل الاصحاب على الاول قوله حتى يتوارى جدران البلد اه الاصح اعتبار خفائهما معا ذهابا وعودا فمبدء الترخص في العود بادراك احدهما والمعتبر رؤية
الجدران لا الاشباح ولا يشترط في الاذان تمييز فصوله ويكفي ادراك احدهما من اخر البلد ان لم يتسع خطته جدا والا فآخر محلته ويرجع في الصوت والبصر الى المتوسط
وفي البلد المرتفع والمنخفض والاصم والاعمى وعند فقد الاذان وعروض مانع من السمع والبصر الى التقدير والصوت العالي ادخل في مناسبة الاذان من التقدير
عند العدم فيرجع اليه ولا اعتبار باعلام البلد كالمنارة ونحوها قوله وكذا في عوده يقصر حتى يبلغ سماع الاذان خاصة انما اعتبر سماع الاذان خاصة واكتفى باحدهما
في الذهاب لورود اعتبار خفائهما ابتداء في صحيحة محمد بن مسلم وخفاء الاذان في صحيحة عبد الله بن سنان وكلاهما في الذهاب واما العود فلم يتعرض له في الاولى
واعتبر في الثانية مثل الذهاب فلما لم يجد المص على التحديد برؤية الجدار في العود دليلا اقتصر على الاذان واما الاعتذار عنه بالتلازم بين الامرين فهو
في حيز المنع واختلاف شيئهم في اعتبار احدهما او هما معا وهو مصرح بعدم التلازم وان كانا متقاربين قوله واذا نوى الاقامة في غير بلده عشرة اتم
يعتبر كون العشرة كاملة ولو ملفقة بما حصل في يومي الدخول والخروج قوله ولو صلى واحدة بنية الاتمام اه اي صلى رباعية مع نية الاقامة واحترز به عما
لو صلاها تماما بنية شرف البقعة او صلى تماما ناسيا فانه لا يؤثر والحق جماعة من الاصحاب بالصلوة الصوم الواجب لا بنية من احكام الاقامة كالصلوة تماما
خصوصا بعد الزوال ولو خرج الوقت ولم يصل عمدا او نسيانا بعد نية الاقامة ففي الاجتزاء به وجهان من عدم صدق الصلوة واستقرار التمام في الذمة
ومعنى عدم الرجوع بعد الصلوة تماما البقاء على التمام الى ان يخرج الى مسافة جديدة ولو بالعود الى وطنه ان كان مسافة ولا يضم اليه ما بقي من السفر
لو قصر عن المسافة بل الكل من الذهاب والاياب حكم نفسه وح فلو قصد مسافة بعد الصلوة تماما وقبل تمام العشرة كانت سفرة ثانية فلو حصل ثلث
سفرات على هذا الوجه صار كثير السفر وان كان ذلك في نيته من ابتداء السفر وفي الحاق المواطن المتعددة اذا كان بين كل واحد وما بعده مسافة مع
عزمه ابتداء على الوطن الثالث نظر اما مع تجدد العزم على الاخر بعد الوصول الى ما قبله فكالاول قوله او في احد المواطن الاربعة مكة والمدينة والمسجد الجامع
بالكوفة والحائر والاولى اختصاص الحكم بمسجدي مكة والمدينة دون بلدهما والمراد بالحائر ما دار عليه سور الحضرة الحسينية دون سور البلد والتخيير
فيها مختص بالصلوة اما الصوم فيتعين فيه القصر قوله وان كان جاهلا بالتقصير فلا اعادة وكذا لو كان جاهلا بالمسافة فاتم ثم تبين كون المقصد مسافة
فلا اعادة مط ويقصر بعد العلم وان نقص عن المسافة قوله ولو قصر المسافر اتفاقا اه فيه تفسيرات الاول ان يقصر قاصد المسافة غير عالم بوجوب القصر

ووجه الاعادة مع مطابقته نفس الامر انه صلى صلوة يعتقد فسادها فتعبدها قصرا اداء وقضاء الثانى ان يعلم وجوب القصر ولكن يجهل بلوغ المقصد مسافة فقصر ثم علم بكونه مسافة فيعيد فى الوقت قصرا لا ان فرضه كان حال الصلوة التمام ولو خرج الوقت ففى القضاء تماما او قصرا وجهان من ان الصلوة فاتت حال كون فرضه التمام فليقضها كذلك ومن انه مسافر فى الحقيقة وانما منعه من الاتمام جهل المسافة وقد علمها واختار الشهيد ره القضاء تماما والوجهان اتيان فيما لو نزل المسافر الصلوة او نسيها قبل علمه بالمسافة ثم علم بها بعد خروج الوقت الثالث ان يعلم وجوب القصر وبلوغ المسافة ولكن نوى الصلوة تماما ناسيا ثم سلم على الركعتين ناسيا ثم ذكر فانه يعيد قصرا لمخالفته ما يجب عليه من نية التمام واستقرب الشهيد ره هنا الاجزاء وبلغوية الاتمام وهذه التفسيرات الثلث ذكرها في كرى قوله واذا دخل الوقت وهو حاضر اه الاصح وجوب الاتمام فى الموضعين لكن يشترط فى الاول ان يدرك قبل بلوغه محل الترخص قدر الصلوة تماما على حالته التى كان عليها ذلك الوقت وقد ركعل شرائطها المفقودة عنه ويكفى فى اخره ادراك قدر الشرائط المفقودة وركعة ولا فرق بين الاداء والقضاء ولو ادرك من اخر النهار مقدار اربع ركعات او ثلاث فالاجود وجوب قصر الظهر واتمام العصر اما لو ادرك خمسا وجب اتمامها ولو اتفق ان المسافر بعد وصوله الى البلد اثناء الوقت رجع اليه فيه كان حكمه حكم ما لو خرج الى السفر بعد دخول الوقت فيعتبر المدة من حين وصوله فى العود الى محل حدود البلد لا حين وصوله اليه فى الذهاب فان كان بقدر الصلوة تماما مع شرائطها المفقودة عنه اتم والا قصر قوله ان يقول عقيب كل فريضة الاستحباب مقصور على المقصورة لتحقق الجبر وقد صرح به جماعة وورد فى الخبر عن العسكرى قوله فان كان بحيث يخفى عليه الاذان فصل الى ثلثين يوما كما قوله فان بلغ سماع الاذان اتم والا قصر المراد بالاذان هنا اذان بلده وما فى حكمه اما غيره فيبقى على القصر وان كان قد نوى المقام بعشر او صلى تماما او مضى عليه فيه ثلثون يوما كذلك لانه بالخروج عنه بنية السفر ساوى غيره قوله اذا عزم على الاقامة فى غير بلده عشرة الى قوله ذاهبا وعائدا وفى البلد المراد انه خرج بعد الصلوة تماما او ما هو فى حكمها والا رجع الى القصر بمجرد الرجوع عن النية والمراد بالاقامة بعد العود اقامة عشرة مستانفة لا مطلقة الاقامة ووجه البقاء على التمام ظاهر لانقطاع سفره بالصلوة تماما بعد نية الاقامة فيتوقف القصر على السفر الى مسافة ولم يحصل ولهذه المسئلة صور احديها ما ذكر وحكمه كذلك ولا فرق فيه بين ان ينوى اقامة العشرة الثانية فى بلد الاقامة الاولى وغيرها مما هو دون المسافة ولا بين تعلق اقامتها على وصوله الى محل اربد الاقامة فيه او بعد تردده اليه او الى غيره مما يقصر عن المسافة مرة او مرارا الاشتراك الجميع فى المقتضى الثانية ان يعزم على العود من اقامة عشرة مستانفة وقد اختلف المتاخرون هنا فذهب بعضهم الى القصر بمجرد خروجه واخرون الى القصر فى عوده خاصة لكون الخروج الى ما دون المسافة وهو اجود لكن يجب تقييده بما اذا استلزم العود قصد المسافة كما لو كان المحل الذى خرج اليه مقابلا لجهة بلده ويكون منتهى السفر بحيث يكون الرجوع منه عود الى بلده او نحو ذلك والا بقى على التمام مطلقا لما مر من ان الصلوة تماما بعد نية الاقامة يوجب البقاء على التمام الى ان يقصد مسافة وان المسافة لا تتحقق فى الذهاب والعود الثالثة ان يعزم على مفارقة موضع الاقامة وحكمه كالاول فى عدم القصر الى ان يقصد مسافة ولو بالعود الى بلده لان المفروض كون الخروج الى ما دون المسافة وفى حكمه ما لو تردد فى العود الى موضع الاقامة او ذهل عن القصد لان المقتضى للقصر قصد المسافة ولم يحصل وكلام الاصحاب فى هذه المسئلة يحتاج الى تنقيح واعلم انه لا فرق فى جميع ذلك بين كون الخروج مع الصلوة تماما فى اثناء العشرة وبعدها ولو كان بعد سنين فان الخروج منها يلحقها بغيرها قوله لم يرجع الى التقصير وفيه تردد من ان الصلوة على ما افتتحت عليه وقد افتتحت على التمام فيجب الاتمام ومن عدم تحقق الصلوة على التمام فى اثنائها والاجود العود الى القصر ما لم يركع فى الثالثة فيهدم الركعة ويسلم ويجب الاتمام ان كان قد ركع ويبقى على التمام قوله الاعتبار فى القضاء بحال فوات الصلوة اه الاصح ان القضاء تابع للاداء فى الموضعين فيكون الاعتبار بحال الوجوب فى الاول وبحال الفوات فى الثانى قوله ولم يصل مسافرا استحب له قضاؤهما ولو كان فى السفر اه المراد بالقضاء هنا الفعل فان كان وقتهما باقيا صلاهما اداء والا قضاء

كتاب الزكوة

الزكوة فى اللغة الطهارة والنمو وسميت بذلك الصدقة المخصوصة لكونها مطهرة للمال من الادناس المتعلقة به بسبب تعلق حق الله به او للنفوس من اوساخ الاخلاق الرذيلة من البخل وترك مواساة المحتاج وغيرهما والمكلف المطهر من شانه ان يزيل الاوساخ ويصفيها كالماء للنجاسة كانت الزكوة محرمة على بنى هاشم تشريفا لهم فلذا قال انما هذه الاموال الصدقة اوساخ الناس وفيه ولهذا اباحها الناس ووجه نسبتها الى الايدى فى هذا الخبر ان الاموال المعطاة فى الاكثر انما يكون بها وتمر عليها واما اخذها من جهة النمو فلانها تنمى الثواب وتزيده وكذا تزيد المال وان ظنه الجاهل قد نقص وقد قال ان الصدقة تزيد المال وغير ذلك ان الصدقة تقضى الدين وتخلف بالبركة وقد عرفها المص فى المعتبر شرعا بانه اسم لحق يجب فى المال يعتبر فى وجوبه النصاب وينقض فى طرده بالخمس فى نحو الكنز والغوص وفى عكسه بالمندوبة وزكوة الفطرة واجيب بان المعرف الواجبة واللام فى النصاب للعهد وهو نصاب الزكوة والنصاب فى الفطرة معتبر اما قوت السنة او نصاب الزكوة وفى الجواب تكلف ظاهر والاولى فى تعريفها انها صدقة مقدرة باصل الشرع ابتداء فخرج بالصدقة الخمس وبالمقدرة البر المتبرع به وبالاصالة المنذورة وبالابتداء الكفارة واندرجت الواجبة والمندوبة ولا يحتاج الى الضميمة الواجبة لان الصدقة لا يكون الا كذلك ولا يرد ان فى المندوبة ما هو مقدر وليس بزكوة كالصدقة بكسرة وقبضة وصاع وتمرة وشق تمرة كما ورد فى الخبر لان المقصود من ذلك ليس هو التقدير بل الاشارة الى ان الله يقبل القليل والكثير ويؤيده اختلاف التقدير وهذا نظير قول الفقهاء اقل النفاس لحظة مع حكمهم بانه لا حد لاقله قوله وان ضمنه واتجر لنفسه اه المراد بضمانه له نقله الى ملكه بوجه شرعى كالقرض ويملائه ان يكون له مال بقدر مال الطفل المضمون فاضلا عن المستثنيات فى الدين وعن قوت يوم وليلة له ولعياله الواجبى النفقة وانما يعتبر ملاءة الولى اذا لم يكن ابا او جدا له اما هما فلها الاقتراض مع العسر واليسر وكذا ما اشبه القرض قوله اما لو لم يكن مليا او لم يكن وليا كان ضامنا وللتيم الربح ولا زكوة هنا انما يثبت الضمان مع انتفاء الملاءة فى الولى اذا لم يكن ابا او جدا له كما مر والمراد بالضمان هنا غرامة المثل او القيمة مع التلف لا الضمان بالمعنى الاول وانما يكون الربح لليتيم

مع الشراء

مع الشراء بالعين وكون المشترى وليا او مع اجازته وحصول غبطة للطفل ولا يقدح فى ملك الطفل عدم نيته لان الشراء بعين ماله يصرفه اليه مع الغبطة او الولاية او الاجازة ولو لم يكن وليا او لم يكن له فيه غبطة بطل البيع ولا زكوة هنا على احد وحكم المص بعدم الزكوة على تقدير انتقاله الى الطفل بناء على عدم قصد الطفل عند الشراء فقصد الاكتساب للطفل طارئ على الشراء وسيأتى ان شرطه المقارنة فى ثبوت زكوة التجارة ولا باس بذلك هنا صيانة لمال الطفل عن الذهاب حيث غايته الاستحباب وان كان فى اشتراطه ذلك منع ومن ثم حكم بعض الاصحاب باستحباب اخراجها من مال الطفل فى كل موضع يقع الشراء له ومن سقوطها بصورة بطلان البيع ولو كان الشراء فى الذمة وقع للمشترى والزكوة المستحبة عليه واعلم ان جملة الاقسام فى ذلك ان يتجر المتجر فى مال الطفل اما ان يتجر لنفسه او للطفل وعلى التقديرين اما ان يكون وليا مليا او لا او وليا غير ملى او بالعكس فالصور ثمان ثم اما ان يشترى بالعين او فى الذمة فالصور ستة عشر وعلى تقدير الشراء بالعين وعدم كونه وليا مليا اما ان يكون للطفل فى ذلك غبطة او لا فالصور يزيد على عشرين صورة وحكمها اجمع يعلم مما ذكرناه قوله ويستحب الزكوة فى غلات الطفل المراد بالطفل هنا المنفصل فلا وجوب ولا استحباب فى الحمل بل ادعى عليه بعض الاصحاب الاجماع وفى البيان احتمل استحباب الحكم فيه مراعى بانفصاله حيا قوله وقيل حكم المجنون حكم الطفل اى فى وجوبها فى غلاته ومواشيه او استحبابها والاصح ان المجنون لا زكوة عليه مطلقا لعدم التكليف والنص مختص بالطفل قوله الا في الصامت المراد بالصامت من المال الذهب والفضة ويقابله الناطق وهو المواشى ونحوها نص عليه فى الصحاح قوله سواء قلنا يملك او احلنا ذلك لانه على تقدير الملك ممنوع من التصرف فى ماله بالحجر والسيد المانع ليس بمالك وسلطنة عليه قد دفعته على انتزاعه لا يوجب الملك فتنتفى الزكوة عنهما قوله لم يجر فى الحول الا بعد القبض سواء جعلنا القبض ناقلا للملك ام كاشفا عن سبق ملكه من حين موت الموصى لانتفاء تمامية الملك على الثانى ولا يعتبر فى جريان الحول القبض لتمامية الملك بدونه لكن يشترط تمكنه من قبضه ويجى على مذهب الشيخ من توقف استقرار الملك عليه حتى لو رده قبله وبعد القبول بطل احتمال توقف الحول عليه قوله جرى فى الحول من حين العقد لا بعد الثلثة اه رد بذلك على الشيخ حيث حكم بتوقف تمامية الملك فى البيع المشتمل على خيار على انقضائه والاصح حصوله بالعقد ثم يشترط فى جريانه فى الحول قبضه او تمكنه منه ويتفرع عليه ما لو لم يتقابضا فان لكل منهما حبس ما عنده حتى يتقابضا معا فلو توقف ذلك على مضى زمان لم يجر فى الحول قبله قوله ولو شرط البائع او هما خيارا زائدا على الثلثة بنى على القول بانتقال الملك اى يتجه جريان الحول فيه من حين العقد او بعد انقضاء الخيار على القول بانتقال الملك فان جعلناه بالعقد جرى من حينه والا لم يجر حتى ينقضى الخيار ويشكل بان الخيار متى كان للبائع او لهما منع المشترى من التصرفات المنافية للخيار كالبيع والهبة والرهن والاجارة ونحوها وذلك ينافى تمامية الملك فيصير كالوقف ونحوه مما يبيح التصرف بالانتفاع دون النقل ويتجه هنا قول الشيخ قوله ولا يجرى الغنيمة فى الحول الا بعد القسمة اه بناء على انها لا تملك بالحيازة بل بالقسمة ويشترط ايضا قبض الغانم او وكيله ولا يكفى قبض الامام لها الا ان يعين حصته ويقبضها عنه فيتم الملك ويظهر من المعتبر حصول الملك بمجرد الحيازة ووجوب الزكوة اذا بلغ نصيبه نصابا وان توقف وجوب الاخراج على القبض والمشهور الاول قوله ولو عزلها الامام فسطا جرى فى الحول اه لا فرق فى جريانه فى ملكه مع قبض الامام عنه بين حضوره وغيبته كما تقدم قوله ولو نذر فى اثناء الحول الصدقة اه المراد انه نذر ان يتصدق به فانه يسقط الزكوة وان بقى على ملكه الى حين الصدقة لتعينه لها بالنذر فيكون ممنوعا من التصرف فيه بغيرها واولى منه ما لو جعله صدقة بالنذر لخروجه عن ملكه والحق به الشهيد ره ما لو نذر مطلقا ثم عين له ما لا مخصوصا اما لو نذر الصدقة بما فى الذمة لم يكن مانعا من وجوب الزكوة فى ماله وان كان بصفة المنذور وهذا كله اذا كان النذر مطلقا او معلقا على شرط قد حصل اما لو لم يحصل ففى منعه من التصرف فيه نظر من تعلق النذر به واستلزام التصرف فيه بالنقل عن ملكه بطلان النذر ومن عدم مخاطبته بالوفاء بعد والا لتقدم المشروط على شرطه وجزم العلامة فى بعض بعدم جواز التصرف فيه فيسقط الزكوة واختاره ولده فخر الدين قوله وامكان الاداء معتبر فى الضمان اه علو حال الحول على النصاب لا فى الوجوب وجبت الزكوة وان لم يجد من يؤديها اليه لكن لو تلف النصاب قبل التمكن من اداء الزكوة سقطت ولو تلف البعض سقط منها بحسابه قوله ولا يجب الزكوة فى المغصوب هذا اذا كان المال مما يعتبر فيه الحول اما ما لا يعتبر فيه كالغلات فان استوعب الغصب مدة شرط الوجوب وهو نموه فى ملكه بان لم يرجع حتى بدا الصلاح لم يجب ولو عاد قبل ذلك ولو يسير وجبت كما لو انتقلت الى ملكه قوله ولا الرهن على الاشبه اذا لم يتمكن من فكه بان كان الدين مؤجلا او الراهن معسرا اما مع القدرة على فكه ولو ببيعه فلا يسقط نعم لو كان الرهن مستعارا اعتبر فى وجوب الزكوة على المعير فكه قوله ولا الضال ولا المال المفقود المراد بالضال الحيوان وبالمفقود غيره ويعتبر فى مدة الضلال والفقد اطلاق الاسم فلو ضل لحظة او يوما لم ينقطع قوله والكافر تجب عليه لكن لا يصح منه اداؤها فاذا تلفت لم يجب اه اسلام الكافر يوجب سقوط الزكوة التى كانت قد وجبت عليه حال كفره لان الاسلام يجب ما قبله سواء كانت العين موجودة ام لا وان مات على كفره عوقب على تركها لانه مخاطب بفروع الاسلام عندنا فقول المص فلو تلفت لم يجب عليه ضمانها وان اهمل لا يظهر فائدته مع اسلامه لما عرفت من انها تسقط عنه وان بقى المال بل انما تظهر فائدة التلف فيما لو اراد الامام او الساعى اخذ الزكوة منه قهرا فانه يشترط فيه بقاء النصاب فلو وجده قد اتلفه لم يضمنه الزكوة وان كان بتفريطه ولو تلف بعضه سقط عنه منها بحسابه وان وجده تاما اخذها كما ياخذها من المسلم الممتنع من ادائها ويتولى النية عند اخذها منه ودفعها الى المستحق قوله والغلات الاربع الحنطة والشعير والتمر والزبيب جعل التمر والزبيب محلا للوجوب يتحقق على القول بعدم تعلق الزكوة بهما حتى يصيرا كذلك اما على القول بتعلقها بانعقاد الحصرم واحمرار ثمرة النخل او اصفرارها فليس متعلق الوجوب منحصرا فى التمر والزبيب وان ال الحال اليه فاطلاق المحل اليه على ذلك التقدير مجاز وقد اشترك فى التعبير بذلك القائلان قوله عدا الخضر كالقت هو بفتح القاف والتاء المثناة من فوق نوع من الخضر يطعم للدواب يعرف عرفا بالفصة ولغة بالفصفصة بكسر الفائين وهو الرطبة والقضب واما القت بالفاء الموحدة فقال ابن دريد وهو نبت يختبز حبه ويؤكل فى الجدب وهو غير مراد هنا فان هذا نوع من الخضر واخص هذا النوع غير معلوم الاستعمال قوله نعم فى مال التجارة

٢٢ قوله لان اه القول بالاستحباب هو الاشهر وانه وذوى ولد ولو تولد حيوان بين حيوانين اه الحيوان المتولد بين حيوانين اما ان يكونا زكويين او احدهما او لا يكونا كك وعلى التقديرات اما ان يلحق باحدهما او بثالث زكوي او غيره فالصور تسع والضابط انه متى كان احد ابويه زكويا وهو ملحق بحقيقة زكوى سواء كان احد ابويه ام غيرهما نظرا الى قدرة الله تع وجبت فيه الزكوة وان لم يكن على حقيقة زكوى فلا زكوة فلو لم يكونا زكويين فان كانا محللين او احدهما وجاء بصفة زكوى وجب ايضا والا فلا مع احتمال التحريم لو كانت امه محرمة وان جاء بصفة المحلل فلا زكوة وان كانا محرمين وجاء بصفة الزكوى احتمل حله ووجوب الزكوة وعدم الحل فتنتفى الزكوة وان جاء غير زكوى فلا زكوة قطعا وفي حله لو جاء بصفة المحلل الوجهان والوجه تحريمهما فيهما لكونه فرع محرم قوله فاربعون او خمسون او بينهما اشار بذلك الى ان النصاب بعد بلوغها ذلك يصير امرا كليا لا ينحصر فرده وان التقدير بالاربعين والخمسين ليس على وجه التخيير مطلقا بل يجب التقدير بما يحصل به الاستيعاب فان امكن بهما تخير وان لم يمكن بهما وجب اعتبار اكثرهما استيعابا مراعاة لحق الفقراء ولو لم يمكن الا بهما وجب الجمع فعلى هذا يجب تقدير اول هذا النصاب وهو المائة واحد وعشرون بالاربعين والمائة والخمسين بالخمسين والمائة وسبعون بهما ويتخير في المائتين وفي الاربعمائة يتخير بين اعتباره بهما وبكل واحد منهما واعلم ان الواحدة الزائدة على العشرين بشرط في وجوب الثلث وهل هي جزء من النصاب الظاهر العدم لخروجها عنه بالاعتبار فعلى هذا لا يتوقف الوجوب عليها ولا يسقط بتلفها بعد الحول بغير تفريط شىء كما لا يسقط بتلف ما زاد عنها الى ان تبلغ تسعا قوله وفي البقر ثلثون واربعون دائما كون نصاب البقر اثنين هو المشهور في كلامهم ومراد المص بقوله دائما ان الثلثين لا يختص بالاول ولا الاربعين بل يتعلق الحكم بكل ثلثين وبكل اربعين ولولا القيد لكان للبقر ثلث نصب ثلثون ثم اربعون ثم امر كلي وهو كل ثلثين وكل اربعين ويدخل في ذلك ما لو اجتمعا كما في سبعين فانها تعد بثلثين واربعين وفي الحقيقة ما جعلوه نصابين انما هو بحسب الصورة والا فرجعه الى نصاب واحد كلي وهو ان البقر متى بلغت تعتبر بالثلثين وبالاربعين فكل ثلثين نصاب وكل اربعين نصاب وفي المنتهى جعل نصبها اربعة ثلثين واربعين وستين وفيها تبيعان ثم ما زاد ففي كل ثلثين تبيع وفي كل اربعين مسنة وهو في النصاب الكلي وفي كره جعلها خمسة الثلثة الاول ثم سبعين وفيها تبيع ومسنة ثم اعتبر الكلي بعد ذلك وفي صحيحة زرارة وغيره دلالة عليه وزيادة وبالجملة فالواجب التقدير بما يوجب الاستيعاب او يكون اقرب فيعتبر الستين بالثلثين مرتين والسبعين بهما والثمانين بالاربعين والتسعين بالثلثين والمائة بهما ويتخير في المائة وعشرين والاختلاف في اعتبار النصب لفظي قوله وتظهر الفائدة في الوجوب وفي الضمان جواب عن سؤال مقدر اورده المص في الكتاب اجمالا وتقريره انه اذا كان على القولين يجب في اربعمائة اربع فاي فائدة للخلاف او انه اذا كان يجب في ثلثمائة وواحدة ما يجب في اربعمائة فاي فائدة في الزائد ويمكن تقرير السؤال على المائتين وواحدة والثلثمائة وواحدة بتقريب التقريب وتقرير الجواب ان الفائدة تظهر في الوجوب اي في محل الوجوب وفي الضمان اما الاول فانه اذا كانت اربعمائة فمحل الوجوب مجموعها على المشهور ولو نقصت عن الاربعمائة ولو واحدة كان محل الوجوب الثلثمائة وواحدة والزائد عفو فالاربع وان وجبت على التقديرين الا ان محلها مختلف وكذا القول في مائتين وواحدة وثلثمائة وواحدة على القول الاخر واما الثاني وهو الضمان فانه متفرع على محل الوجوب فانه اذا تلف من اربعمائة واحدة بعد الحول بغير تفريط نقص من الواجب جزء من مائة جزء من شاة ولو كانت ناقصة عن الاربعمائة ولو واحدة وتلف منها شيء لم يسقط من الفريضة شيء ما دامت ثلثمائة وواحدة لوجوب النصاب والزائد عفو وكذا القول في مائتين وواحدة وثلثمائة وواحدة على القول الاخر وتظهر فائدة الخلاف ايضا في وجه اخر وهو ان النصاب بعد بلوغ الاربعمائة والثلثمائة وواحدة على القول الاخر ليس هو هذا العدد المخصوص وانما هو امر كلي وهو كل مائة بخلاف الثلثمائة وواحدة على القول المشهور فانها وان اوجبت اربعا الا انها عين النصاب وكذا القول في المائتين وواحدة على القول الاخر ويختلف باختلاف ذلك الضمان فانه لو تلفت الواحدة الزائدة على الثلثمائة على المشهور سقط بسببها جزء من الواجب وعلى القول بسقوط الاعتبار عنده ووجوب شاة في كل مائة يكون الواحدة شرطا في الوجوب لا جزء فلا يسقط بتلفها شيء قوله وقد جرت العادة بتسمية ما لا يتعلق به الفريضة اه الشنق بفتح النون والوقص بفتح القاف ما بين الفريضتين قوله ولا يضم مال انسان الى غيره اه رد بذلك الى بعض العامة حيث اوجب على المالكين اذا اجتمع من مالهما نصاب مع اجتماع شرائط الخلطة بكسر الخاء وهي العشرة كما لو اشترك اثنان في اربعين شاة او كان لكل واحد عشرون واتحد المرج والمراح والمشرع والفحل والحالب والمحلب قوله السوم السوم هو الرعى يقال سامت الماشية تسوم سوما اي رعت فهي سائمة قاله الجوهري قوله ولا في السخال الا اذا استغنت عن الامهات بالرعي لان السوم شرط وقد عرفت انه لغة الرعي فلا يصدق مدة الرضاع والمشهور ان حولها من حين النتاج لرواية زرارة عن الباقر ع ليس في صغار الابل شيء حتى يحول عليه الحول من يوم ينتج والخاص مقدم وجمع في البيان بين الاخبار باعتبار الحول من حين النتاج ان كان اللبن الذي تشربه عن سائمة ومن حين السوم ان كان عن معلوفة وليس بواضح وفي لف رد الرواية بضعف السند وكانه اراد به سندها الذي ذكره الشيخ والا فطريقها في الكافي صحيح فالعمل بها مع كونها المشهور متجه قوله فلو علفها بعضا ولو يوما اه بناء على ان السوم شرط فقواته في بعض الحول يقطعه كفوات الملك وغيره ويشكل بان ذلك لو اثر لاثرت اللحظة وهو لا يقول به والاجود الرجوع في ذلك الى العرف فان خرجت بالعلف عن كونها سائمة عرفا استانف الحول والا فلا والعرف الان لا يقضى بالخروج عنه باليوم في السنة ولا في الشهر وهو اختيار س قوله فعلفها المالك او غيره اه اطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين ان يكون الغير قد علفها من ماله او من مال المالك ووجه الحكم في الجميع خروجها عن اسم السائمة بالعلف كيف اتفق ويشكل الحكم فيما لو علفها الغير من مال نفسه نظرا الى المعنى المقصود من العلف والحكمة المقتضية لسقوط الزكوة معه وهو المؤنة على المالك الموجبة للتخفيف كما اقتضاه في الغلاة عند سقيها بالدوالي ومثلها لو علفها الغير من مال المالك بغير اذنه لثبوت الضمان عليه وقد يفرق بينهما بثبوت الغرامة على المالك في الثاني دون الاول وثبوت الضمان ثم الى هنا لا يعلم الجواز اعتبار الضمان او متعذر ويضعف بان ذلك لا يقتضي تعميم الحكم بل غايته القول بالتفصيل والتوقف في المسئلتين مجال

وان كان

وان كان القول بخروجها عن السوم مالا يخلو من وجه واعلم ان العلف يتحقق باكلها شيئا مملوكا كالتبن والزرع حتى لو اشترى مرعى وارسلها فيه كان ذلك علفا ٢٣ استيفاء الا دون المرعى مما اخذه مطالع على الكلاء فهي مما لا يخرج بها عن السوم وكانه بناه على ان الغرامة في مقابلة الارض دون الكلاء اذ مفهوم الاجرة لا ينافيه ولو لا يخلو عن اشكال قوله وحتى ان يمضي احد عشر شهرا ثم يهل الثاني عشر فعند هلاله يجب وان لم يكمل ايام الحول واعلم ان الحول لغة اثنا عشر شهرا لكن اجمع اصحابنا على تعلق الوجوب بدخول الثاني عشر وقد اطلقوا على الاحد عشر اسم الحول ايضا بناء على ذلك وورد عن الباقر ع والصادق ع اذا دخل الثاني عشر فقد حال عليه الحول ووجبت الزكوة فتمام الاحد عشر حولا شرعيا فقول المص وحتى ان يمضي او اراد به الحول المعنى الشرعي قوله وان لم يكمل ايام الحول اراد به الحول المعنى اللغوي فيكون قد استعمل الحول في معناه الحقيقي والمجازي لما تقرر من ان الحقائق الشرعية مجازات لغوية اذا تقرر ذلك فهل لا شك في حصول اصل الوجوب بتمام الحادي عشر ولكن هل يستقر الوجوب بذلك ام يتوقف على تمام الثاني عشر الذي اقتضاه الاجماع والخبر السالف الدال لان الوجوب دائر مع الحول وجودا وعدما مع باقي الشرائط وعدمها القول النبي ص لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول وقول الصادق ع لا تزكه حتى يحول عليه الحول وقد تقدم في الخبر السالف اذا دخل الثاني عشر فقد حال عليه الحول ووجبت الزكوة والفاء تقتضي التعقيب بغير مهلة فيصدق الحول بأول جزء منه وحال فعل ماض لا يصدق الا بتمامه وحيث ثبت تسمية الاحد عشر شهرا حولا شرعا قدم على المعنى اللغوي لما تقرر من ان الحقيقة الشرعية مقدمة على اللغوية ويحتمل الثاني لان الحول لغة والاصل عدم النقل ووجوبه في الثاني عشر لا يقتضي عدم كونه من الحول الاول لجواز حمل الوجوب بدخوله على غير المستقر والخبر السابق ان صح فلا عدول عن الاول لكن في طريقه كلام فالعمل على الثاني متعين الى ان يثبت وح فيكون الثاني عشر جزءا من الاول واستقرار الوجوب مشروط بتمامه وح يصح حمل الحول في قوله ولو لم يكمل ايام الحول على المعنى الشرعي ايضا وان وافق اللغوي فيكون الاحد عشر حولا لمطلق الوجوب والاثني عشر حولا للوجوب المستقر قوله ولو اختل احد شروطها في اثناء الحول المراد به الحول بالمعنى الثاني فيسقط الزكوة باختلال بعض الشرائط قبل تمامه وان كان في الشهر الثاني عشر ولو كان قد دفع المالك الزكوة ثم تجدد السقوط رجع على القابض مع علمه بالحال او بقاء العين ويحتمل ان يريد بالحول هنا الاول فلا يسقط الوجوب باختلال الشرائط في الثاني عشر ان جعلناه من الحول وهو ضعيف قوله ادما وضها بجنسها المراد بالجنس هنا النوع كالغنم بالغنم الشامل للضان والمعز والبقر الشامل للجاموس وبالمثل الحقيقة الصنفية وربما يخص ذلك بالجنس وفسر المثل بالموافق منه في الذكورة والانوثة والامر سهل قوله ولا يبدأ السخال مع الامهات اه هذا اذا كانت السخال نصابا مستقلا بعد نصاب الامهات كما لو ولدت خمس من الابل خمسا او ولدت اربعون بقرة اربعين او ثلثين اما لو كان نصاب السخال غير مستقل كما لو ولدت اربعون فصاعدا من الغنم اربعين ففي ابتداء حولها مطلقا او مع اكمالها للنصاب الذي بعده او عدم ابتدائه حتى يكمل النصاب الاول اوجه كما لو كان عنده سبعون من الغنم وولدت ما يكمل النصاب الثاني فصاعدا والاشكال ات فيما لو ملك العدد الثاني بعد جريان الاول في الحول والاحتمال الاخير اقرب فعلى هذا لو كان عنده اربعون فولدت اربعين لم يجب فيها شيء وعلى الاول يجب لها شاة عند تمام حولها ولو كان عنده ثمانون فولدت اثنين واربعين وجبت لها شاة عند تمام حول الاولى واخرى تمام حول الثانية على الاول وعلى الاخير يجب شاة للاولى ثم يستانف حول الجميع بعد تمام حول الاول قوله ولو ارتد المسلم احترز به عن المسلمة فان ارتدادها لا يقطع الحول بل يكون حكمها حكم المرتد عن ملة قوله وان لم يكن عن فطرة الضمير المستكن في يكن يعود الى الارتداد المدلول عليه بالفعل تضمنا لان المصدر احد مدلولي الفعل قوله وجب الزكوة عند تمام الحول ما دام باقيا ويتولى النية الامام او الساعي ويجزي عنه لو عاد الى الاسلام بخلاف ما لو اداها بنفسه ما لم يكن العين باقية او القابض عالما بالحال قوله ان لا يكون عوامل المرجع في كونها عوامل الى العرف كالسوم فلا يؤثر اليوم في السنة ولا في الشهر والشيخ يعتبر الاغلب كالسوم قوله ولو امكن في عدة فرض كل واحد من الامرين كان المالك بالخيار كالمائتين فانه يتخير بين اخراج اربع حقق او خمس بنات لبون واشار بذلك الى انه لا يتعين التقدير بالاحظ للفقراء كما هو تحقيقه قوله وليست عنده اجزأه ابن لبون ذكرا احترز بقوله وليست عنده عما لو كانت عنده فانه لا يجزي عنها ابن اللبون وان كان عنده لتقييد الاجزاء في النص بذلك وذهب بعض الاصحاب الى الاجزاء عنها مط وما هنا اجود قوله ولو لم يكونا عنده تخير وقيل يتعين هنا شراء بنت المخاض لتقييد النص بكون ابن اللبون عنده وبنت المخاض ليست عنده وما ذكره المص اجود لانه بشراء ابن اللبون يصير مجزيا مع فقدها ثم لو اشتراهما تعينت بنت المخاض ما لم يسبق اخراجه على شرائهما قوله واخذ شاتين او عشرين درهما او دفع شاتين اه ولو دفع او اخذ شاة وعشرة دراهم جاز ايضا ثم ان كان المالك هو الدافع اوقع النية على المجموع وان كان الاخذ ففي محل النية اشكال والذي اختاره الشهيد ره ايقاع النية على المجموع واشتراط المالك على الفقير ما يجبر به الزيادة فيكون نية وشرطا لا نية بشرط قوله سواء كانت القيمة السوقية اه يمكن ان يكون ذا اشارة الى التفاوت بين السن الواجب والبدل بعنوان ان بنت اللبون تجزي عن بنت المخاض مع الجبر سواء كان التفاوت بين المخاض وبنت اللبون يساوي الشاتين او يزيد او ينقص ويحتمل عوده الى الجبران وما لهما واحد ويحتمل عوده الى المجموع المدفوع بعنوان ذلك مجزيا وان كان مساويا للشاتين او انقص وجبر الاجزاء في الجميع لا دلالة النص ويشكل في صورة استيعاب الجابر لقيمة المدفوع كما لو كانت قيمة بنت اللبون التي دفعها المالك تساوي الشاتين اللتين اخذهما [illegible] الاجزاء لا يستلزم ان لا يكون قد ادى شيئا قوله ولو تفاوتت الاسنان بازيد من درجة اه خالف في ذلك الشيخ والعلامة في بعض كتبه فجوزا دفع بنت مخاض عن حقة مع دفع اربع شياه وعن جذعة مع دفع ست شياه ودفع حقة عن بنت المخاض مع اخذ اربع شياه والجذعة عنها مع اخذ ست لان كل سن مساو لما قاربه من الجبر في المصلحة ومساوي المساوي مساو والاجود الوقوف مع المنصوص وهو فرض التفاوت بين واحدة ولا يلزم من اجزائه بعين اجزاء ما يساويها قوله وكذا فيما فوق الجذع من الاسنان كالثني وهو ما دخل في السادسة والرباع ما دخل في السابعة والسديس ما دخل في الثامنة والبازل وهو ما دخل في التاسعة وكل واحد من هذه لا يجزي عن الجذع ولا ما دونه اقتصارا في اجزاء غير الفرض عنه مع الجبر على مورد النص وفي اجزاء هذه عن احد الاسنان

الواجبة من غير جبر نظرا من كونها اعلى قيمة غالبا ومن ثم حصل الجبر مع علو السن ومع عدم النقص ولاحتمال نقصها في القيمة والاصح مراعاة القيمة في الجميع وكذا الاشكال فيما لو دفع بنت مخاض عن خمس شياه مع مقصود منها عنها فانما تجزي عن ست وعشرين فعن خمس وعشرين اولى من حيث جعل المنصوص ونقصه عن قيمة الواجب بل الاشكال في اجزائها عن شاة واحدة مع نقصها عن قيمتها والاصح العدم في الجميع قوله بنت المخاض الخ المخاض بفتح الميم اسم للحوامل وهو اسم جنس لا واحد له من لفظه بل من الواحد خلفة بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام ومنه سميت بنت المخاض اي بنت ما من شأنها ان تكون حاملا سواء الفحل او لم تلقح قوله وبنت اللبون بفتح اللام اي ذات لبن ولو بالصلاحية ولا يدفى جمعها دجمع بنت المخاض الا بالافراد كالواحدة فيقال بنت لبون وبنات لبون وان اختلفت الامهات وكذا بنت مخاض قوله والحقة هي بكسر الحاء الانثى من الابل اذا كمل لها ثلث سنين ويقال حق بالكسر للذكر والانثى قوله والجذعة هي بفتح الجيم والذال المعجمة وجمعها جذعات بفتح الذال ايضا اسم لما في تلك السن لا بسبب سن تنبت ولا تسقط قوله اقل الجذع من الضان وهو ما كمل سنة سبعة اشهر الى ان يستكمل سنة فاذا اكملها قيل ثني ومثله الثني من المعز وقيل انما يجذع ابن سبعة اشهر اذا كان ابواه شابين ولو كانا هرمين لم يجذع حتى يستكمل ثمانية اشهر وانما قيل في ولد الضان ذلك لانه ينزو ويضرب والمعز لا ينزو حتى يدخل في الثانية قوله ولا تؤخذ المريضة ولا الهرمة الخ هذا اذا كان في النصاب صحيح او فتي او سليم من العور اما لو كان جميعه كذلك اجزأ الاخراج منه ولو اختلف في ذلك فقط ولو اخرج صحيحا بقيمة القسط الصحيح والمعيب فلو كان نصف اربعين شاة صحيحا ونصفها مريضا وقيمة كل صحيحة عشرون وكل مريضة عشرة اشترى صحيحة تساوي خمسة عشر ولو اخرج صحيحة قيمتها ربع عشر الاربعين كفى وهو اسهل من المقسط غالبا والعور بفتح العين وضمها العيب قوله لم يجز حتى يبقى السن التي تجب فيها انما يتحقق القرعة مع تعدد ما هو بصفة الواجب في المال وكيفيتها ان يقسم ما جمع الوصف قسمين ثم يقرع بينهما ثم يقسم ما خرجت عليه القرعة وهكذا حتى يبقى واحدة والاصح تخيير المالك من غير قرعة قوله كان له النصف مشاعا يجوز ان يريد بالنصف المشاع اخذ عين النصف واخراج الزكوة من نصفها لان الزكوة وان وجبت في العين لكن لا ينحصر وجوب الاخراج فيها ولا يكون كالشركة المحضة بحيث لا يسلم شيء من النصاب من تعلق الحق به ومن ثم لو اخرج القيمة اختيارا صح وكذا اذا باع النصاب قبل الاخراج وادى من غيره ويمكن ان يريد بتوفيره عدم نقصانه عليه بسبب الزكوة لكن لها ان تخرج الزكوة من عينه وتعطيه نصف الباقي ويغرم له النصف المخرج لتعلق الزكوة بالعين بل هذا الاحتمال انسب بالتفريع على تعلق الزكوة بالعين فعلى هذا يتخير بين ان تخرج من العين وتعطيه نصف الباقي وبين ان تعطيه النصف بتمامه حصة الفقراء ولها ان تقسم المال بعينها نصفين وتضمن الزكوة كذلك لكن لو تعذر الاخذ منها لافلاس او غيره جاز الرجوع على الزوج ويرجع هو عليها بالقيمة وهذا القول لا فرق في وجوب الزكوة عليها بين ان يكون الطلاق قبل تمكنها من الاخراج او بعده ولا يلحق الاول بتلف بعض النصاب بغير تفريط لرجوع عوضه عليها وهو البضع بخلاف ما يتلف قوله فلو كان عنده ست وعشرون من الابل ومضى عليه حولان وجب عليه بنت مخاض الى قوله وتسع شياه انما يتم ذلك لو كان النصاب بنات مخاض او مشتملا على بنت المخاض او على ما قيمته بنت مخاض حتى يسلم للحول الثاني خمس وعشرون تامة من غير زيادة اما لو فرض كونها زائدة عليها في السن والقيمة امكن ان يفرض خروج المخاض عن الحول الاول من جزء واحد من النصاب ويبقى من المخرج منه خمس شياه فيجب في الحول الثاني خمس لا تجزي بل يمكن ان يساوي عشر شياه وازيد فيتعدد المخاض ولو فرض كون النصاب اجمعه ناقصا عن بنت المخاض كما لو كان اولادا ناقصة قيمة كل واحد عن بنت المخاض نقص من الحول الاول عن خمس وعشرين فيجب في الحول الثاني اربع شياه لا غير وذلك كله مستثنى مما اطلقه قوله العراب والبخاتي العراب بكسر العين والبخاتي بفتح الباء جمع بختي بضمها هي الابل الخراسانية قوله والمالك بالخيار هذا مع تساويهما قيمة او بذله للاجود والا فالاجود او التقسيط واخراج قيمة ما اقصا قوله لو شهد شاهدان عليه قبل اما في حول الحول فظاهر لانه اثبات واما شهادتهما بعدم الاخراج فانما تقبل اذا انحصر على وجه ينضبط اذ الشهادة على النفي المحض غير مسموعة وضبطه بان يدعي اخراج شاة معينة في وقت معين فيشهدان بموتها قبل ذلك الوقت او خروجها عن ملكه قبله او انه اخرج دينه على فلان فيشهد انه برئ منه قبل ذلك ونحوه قوله واذا كان للمالك اموال متفرقة كان له اخراج الزكوة من ايها شاء هذا مع تساويها في القيمة او دفعه للاجود والا وجب التقسيط او الاخراج بالقيمة كما مر قوله ولو كانت السن الواجبة مريضة لا فرق في ذلك بين كونها خاصة مريضة كست وعشرين من الابل فيها بنت مخاض واحدة مريضة او بعضها مريضا وان كان المريض اغلب والضابط انه متى كان في النصاب صحيحة لم يجز المريضة بل اما ان يتطوع بصحيحة او يخرج منه قيمة موزعة على الجميع فلو كان نصف الست وعشرين مريضا ونصفها صحيحا وقيمة الصحيح من بنت المخاض تساوي عشرين والمريض عشرة اخرج خمسة عشر ولو فرض تمام النصاب صحيحا وفيه شنق مريض وجب اخراج الصحيح اذا لم يزد الشنق على صحيح قوله ولو كان كله مراضا لم يكلف شراء صحيحة ثم ان اتفق المرض تخير في الاخراج والا وجب التقسيط واخراج وسط يقتضيه او اخراج القيمة قوله ولا تؤخذ الربى الربى بضم الراء وتشديد الباء هي الغنم الوالد عن قرب وجمعها رباب بالضم قال في الصحاح قال ابو زيد يقال امرأة نفساء وناقة عائذ ونعجة رغوث وعنز ربى وربما اطلقت الربى على الشاة والناقة ايضا نص عليه الجوهري ومراد المص هنا ما هو اعم منها وهو مطلق النعم الوالد ومقتضى جعلها نظيرة النفساء ان المانع من اخراجها المرض لان النفساء مريضة ومن ثم لا يقام عليها الحد فلا يجزي اخراجها وان رضي المالك ويحتمل كون المانع الاضرار بولدها فلو رضي باخراجها جاز والاجود الاول نعم لو كانت الجميع ربى لم يكلف الاخراج من غيرها كالمراض قوله ولا الاكولة بفتح الهمزة ولو دفعها المالك جاز قوله ولا فحل الضراب المراد به المعد لذلك المحتاج اليه لضراب الماشية عادة فلو زاد عن ذلك كان بحكم غيره ولو اراد المالك دفعه لم يجز الا بالقيمة واختلف في مدة الحاجة اليه والاولى عده ولو كانت كلها فحولا عد الجميع واخرج منها قوله ويجوز ان يخرج من غير غنم البلد هذا مع التساوي في القيمة او كونها زكوة الابل والا لم يجز الا بالقيمة قوله حتى يبلغ عشرين دينارا المراد بالدينار هنا المثقال وهو درهم وثلثة اسباع درهم وزكوة النقدين ربع العشر ثم كان في العشرين دينارا عشرة قراريط لانها نصف المثقال ويجوز اخراج القيمة عن النقدين كغيرهما قوله وقيل لا زكوة في العين المراد بالعين هنا الذهب حتى يبلغ اربعين دينارا ففيه دينار والاول اشهر متن

الدرهم

المضروب نادرة والقول لابن بابويه وهو ضعيف قوله يكون مقدار العشرة سبعة مثاقيل اراد بذلك بيان قدر المثقال اذ لم يسبق له ذكر والاشارة الى ما به يحصل معرفة نسبة الدرهم من الدينار وقد استفيد منه ان الدينار درهم وثلثة اسباع درهم وان الدرهم نصف الدينار وخمسه فيكون جملة النصاب الاول من الذهب ثمانية وعشرين درهما واربعة اسباع درهم ومن الفضة مائة واربعين مثقالا قوله ولو نقص فيهما نقص لا فرق بين النقص الكثير والقليل حتى الحبة اذا نقصت في جميع الموازين اما لو نقص في بعضها وكمل في بعض وجبت لاغتفار مثل ذلك في المعاملة قوله بغير جنسه او بجنسه المراد بالجنس هنا الحقيقة النوعية كما لو بدل الذهب بالذهب وبغير الجنس النقد الاخر كالذهب بالفضة قوله سواء كان الفرار شرعيا او لا وقت هذا الشرط مستغنى هنا لذكره في اول الزكوة في الشرائط العامة وايضا فان ذلك مبني على جواز نقض الدراهم والدنانير لفائدة التزيين بها ونحوه وسيأتي في الوقف انه لم يختار ذلك قوله لا زكوة في السبائك والنقار والتبر السبائك يشمل الذهب والفضة قال الجوهري يقال سبكت الفضة وغيرها اسبكها اذيبها والفضة سبيكة والجمع السبائك ويمكن ان يريد بالسبائك هنا الفضة لا غير كما دل اخر كلام الجوهري وخصها بعض الاصحاب بالذهب وهو لا يوافق ما ذكر واما النقار بكسر النون جمع نقرة بضمها فهي كالسبيكة وقيل قطع الفضة وبه يحصل الفرق بينها وبين السبائك على التفسير الاخير واما التبر فقال في الصحاح هو ما كان من الذهب غير مضروب فاذا ضرب دنانير فهو عين ولا يقال تبر الا للذهب وبعضهم يقوله للفضة ايضا وعلى هذا التفسير للتبر لا يفرق بين التبر والاخيرين او يداخل احدهما فلا وجه للجمع بينهما وبانه من باب الذهب في الصفتين وهو المناسب لجمعه معهما قوله الدراهم المغشوشة لا زكوة فيها حتى يبلغ خالصها نصابا المراد بالغش هنا ما كان من غير الجنس كما يدل عليه حكمه بعدم الزكوة اما لو كان الغش من اعلى كخشونة الجوهر وجبت ان بلغ المجموع نصابا وكان له الاخراج بالقسط ان لم يتبرع بالاجود قوله فان عرف قدر الفضة اخرج الزكوة عنها فضة خالصة وعن الجملة منها الواو هنا بمعنى او بمعنى انه يتخير بين الاخراج عن الخالص خاصة منه او عن الجملة منها والمفروض كون الخالص معلوما فلو كان معه ثلثمائة درهم والغش ثلثها تخير بين اخراج خمسة دراهم خالصة او اخراج سبعة دراهم ونصف من الجملة مع تساوي الغش في كل درهم اما لو علم قدر الفضة في الجملة لا في الافراد خاصة فلا بد من الاخراج من الجملة جيادا او ما يتحقق معه البراءة قوله وان جهل ذلك واخرج عن جملتها من الجياد جاز ايضا وان ماكس الزم تصفيتها ليعرف قدر الزكوة المراد بالمماكسة في اخراج ما يعلم معه براءة الذمة وانما يلزم بالتصفية مع العلم بوجود النصاب في المال والشك في الزائد لا مع الشك في بلوغ النصاب في الجميع لاصالة عدمه والشك في الشرط والفرق بين الصورتين تعلق الوجوب بالمال في الاولى فلا يتيقن البراءة الا بالتصفية او اخراج الخالص عن الجميع لان المفروض كون الغش مجهولا ومثله اخراج ما يتيقن كونه الواجب وان كان اقل من ربع عشر الجميع بخلاف الثانية لاصالة البراءة ويشكل الفرق بان اخراج ما يتيقن وجوده في المال يلحق الاولى بالثانية كما لو تيقن وجود النصاب الاول وشك في الزائد وهو الثاني مرة او مرتين مثلا فانه اذا اخرج ما يجب في المتيقن صار المال المشكوك في تعلق الوجوب به فلا يجب التصفية كما لو شك في البلوغ ابتداء وهذا هو الوجه واختاره في الذكرى واطلق الشيخ والاكثر وجوب التصفية مع تيقن النصاب واما ما اطلقه المص من وجوب التصفية مع المماكسة مط فيجب حمله على ما لو علم النصاب الموافق للجماعة اذ لا قائل بوجوب التصفية مع الشك في النصاب واعلم ان الواجب من التصفية على تقدير وجوبها ما يتحقق معه معرفة الغش فان اتحد القدر في افرادها كفى تصفية شيء منها وان اختلف مع ضبطه في انواع معينة سبك من كل نوع شيئا وان لم ينضبط تعين سبك الجميع عند من اوجبه قوله وقيل لا يلزم وهو الاشبه المشهور عدم صحة الشرط لمنافاته الدليل الدال على وجوب الزكوة على مالك المال واطلاق النص بكون الزكوة على المقترض فعلى هذا يبطل الشرط والقرض ايضا لاشتماله على شرط فاسد نعم لو تبرع المقرض بالاخراج باذن المديون صح ولقائل ان يقول شرط الزكوة على المقرض قد يكون بمعنى ثبوتها على المشروط عليه ابتداء بحيث لا يتعلق بالمدلول وجوب البتة ويكون المقرض مؤديا لها عن نفسه بسبب الشرط وهذا المعنى يتضح على القول بفساد اشتراطه لمنافاته المشروط من شرط ايجاب العبادة على غير من يخاطب بها والدليل الدال على عدم وجوب الزكوة على غير المالك وقد يكون بمعنى تحمل المشروط عليه لها عن المدلول واخراجها من ماله عنه مع كون الوجوب متعلقا بالمديون وهذا الوجه لا مانع منه لان المقرض لو تبرع بالاخراج عنه باذنه صح فيجوز اشتراطه لانه امر سائغ لا ينافي المشروع ويدخل في عموم صحيحة منصور بن حازم عن الص ع في رجل استقرض مالا وحال عليه الحول وهو عنده فقال ان كان الذي اقرضه يؤدي زكوته فلا زكوة عليه وان كان لا يؤدي ادى المقترض فعلى هذا ان وفى المقترض بالشرط والا وجب على المديون الاخراج عملا بظاهر الرواية ولان دين الانسان لو وجب على شخص اداؤه بنذر وشبهه لا يسقط عن المديون بامتناع من وجب عليه اداؤه منه لا يقال يمنع التبرع منه لانها لا تعتبر الا من المالك او وكيله عنه ومنها اذا وجب على المقرض الوفاء بالشرط كانت نيته عن نفسه عملا بمقتضى لزوم الشرط بخلاف المتبرع اذا اخرجها باذن من وجبت عليه فانه ينوي النية عنه لعدم وجوبها عليه لانا نقول لا منافاة بين نيتها عمن وجبت عليه مع الحكم بوجوبها على المخرج كما في النائب في العبادة باستيجار ونحوه وح ينوي اخراجها لوجوبها عليه بالشرط وعلى المالك بالاصالة ويكون شرطها على المقرض اذنا له في الاخراج ان صح لم يتول الاخراج والا افتقر الى اذن او دفعها اليه ليتولى هو النية قوله او ورث مالا ولم يصل اليه المراد بوصوله اليه تمكنه من قبضه وان لم يكن في يده وفي حكم وصوله اليه وصوله الى وكيله كذلك قوله اذا ترك نفقة لاهله فهي معرضة للاتلاف تسقط الزكوة عنها مع غيبة المالك ويجب لو كان حاضرا وفي تحقيقها التعليل بكونها معرضة للاتلاف لا يصلح دليلا على سقوط الزكوة عنها مع تمامية الملك واستجماع الشرائط ولو كان التعرض للاتلاف صالحا للمانعية لم تجب الزكوة على المرأة في جميع المهر قبل الدخول مع تعرضه لتلف جميعه او بعضه بالفرقة قبل الدخول بعيب وطلاق وكذا في اجرة المسكن اذا قبضها المالك عن سنين مع تعرضها للاتلاف بانهدام المسكن ونحوه والاولى الاعتماد في الفرق على النص فان به عدة الروايات عن الص والكاظم ع بل ربما كان ذلك اجماعا لكون المخالف فيه ابن ادريس معلوم النسب وهذا الحكم اذا كانت في يد عياله للنفقة سواء انفقوها او انفقوا بعضها ام من غيرها لاطلاق النص اما لو كانت في يد وكيله ينفق عليهم منها فان لم يخصص النفقة فيها

بان كان له عنده مال اخر ولم يخصها بالنفقة وجبت الزكوة فيها اذا بقي منها نصاب حولا وان عينها للنفقة وحصر ما منها الحمل كونه كذلك لان الوكيل بمنزلة المالك فيكون الحكم كما لو كان حاضرا واقتصارا بما لم يخرج عن الاصل على موضع اليقين ويحتمل عدم الوجوب لعموم النص ولان نفقة مع العيال او احدهم سيفترقون منها في معنى التوكيل اذ لا يستحقون النفقة الا يوما فيوما فلو اخرج الوكيل من ذلك لم يتم المسئلة مط ولان الوكيل هنا لا يبقى في معنى المالك لعدم جواز انفاقه عليهم من غيرها بخلاف المالك وهو متجه قوله والارز هو بضم الهمزة والراء مع تشديد الزاء المعجمة اخرا وتخفيفها وبسكون الراء المهملة و تخفيف الزاء هذه الثلث لغات مع ضم الهمزة وثلث فتحها مع ضم الراء وتشديد الزاء فهذه اربع لغات في التركيب الذي ذكره المص وفيه لغتان اخريان بغير هذا التركيب احديهما رُز بضم الراء وتشديد الزاء من غير همزة والثانية رُنز بضم الراء والنون الموحدة من فوق الساكنة وتخفيف الزاء قوله والسلت والعلس السلت بضم السين وسكون اللام ضرب من الشعير والعلس بفتح العين واللام ضرب من الحنطة والاصح وجوب الزكوة فيهما لنص اهل اللغة على كونهما منهما فعلى هذا يضم كل منهما الى صنفه لو اجتمعا قال الشيخ العلس نوع من الحنطة يبقى كل حبتين في كمام لا يذهب ذلك حتى يدق او يطرح في رحى خفيفة ولا يبقى مع بقاء الحنطة وبقاؤها في اكمامها ويزعم اهلها انها اذا هرست وطرحت في رحى خفيفة خرجت على النصف فاذا كان كذلك تخير اهلها بين ان يلقي منها الكمام ويكال على ذلك او يكال على ما هي عليه ويؤخذ من كل عشرة اوسق زكوة قوله والوسق بفتح الواو ويجمع ايضا على وسوق واوساق قوله والحد الذي يتعلق به الزكوة ان يسمى حنطة او شعيرا او تمرا او زبيبا وقيل اه القول الثاني هو المشهور واختيار المص دال عليه وعلى القولين لا يكون الاخراج الا عند التصفية والتشميس ويظهر فائدة الخلاف في عدم جواز التصرف فيها بعد الانعقاد والاحمرار ونحوه حتى يقدرها ويضمن حصة الواجب على الثاني دون الاول وفيما لو نقلها الى غيره بعد ذلك فالزكوة على الناقل على الثاني وعلى المنقول اليه على الاول وفيما لو مات بعد ذلك وعليه دين مستغرق فلا زكوة على الاول ويجب على الثاني وفي الانواع التي لا يصلح للزبيب في العنب والتمر في الرطب بل يؤكل رطبه فانه لا زكوة فيهما على الاول ويجب على الثاني وهل يعتبر بلوغ النصاب يابسا بنفسه او بغيره من جنسه وجهان اصحهما الاول قوله وفي التمر بعد اخراقه اخراف التمر بالخاء المعجمة اجتناؤه و الاسم الخرفة بالضم ومثله الاقتطاف للعنب والاسم القطاف بالكسر والفتح وفي جعل ذلك وقت الاخراج تجوز وانما وقته عند يبس الثمرة وصيرورتها تمرا او زبيبا قوله الا اذا ملكت بالزراعة لا بغيرها من الاسباب كالابتياع المعتبر في ذلك انعقاد الثمرة في الملك واحمرارها واصفرارها اذا توقف الوجوب عليه وهذا هو معنى الزراعة في اصطلاحهم فان كان الشراء قبل ذلك فالزكوة على المشتري وبعده على البايع فقول المص على ذلك يحمل الابتياع ونحوه مما ذكره على وقوعه بعد تحقق الوجوب بحيث والحد الاول في الثمرة قبل البيع وشبهه وان كان ذلك واضح التكلف قوله ولا يجب الزكوة الا بعد اخراج حصة السلطان اه اشار بذلك الى خلاف الشيخ حيث ذهب في احد قوليه الى انها على المالك لعموم قوله فيما سقت السماء العشر ثم على تقدير استثنائها هل يعتبر قبل النصاب فان لم يبلغ الباقي بعدها نصابا فلا زكوة ام بعده فيزكي الباقي منه بعدها وان قل لم يعتبر ما سبق على الوجوب كالحرث والسقي قبله وما تاخر كالحصاد والجذاذ بعده او ما اوجدها الاخر وظا العبارة الثاني وبه صرح في كره وهو احوط والمراد بالمؤن ما يغرمه المالك على الغلة مما يتكرر كل سنة عادة وان كان قبله عامه كاجرة الفلاحة والحرث والسقي والحفظ واجرة الارض وان كانت غصبا ولم ينو اعطاء مالكها اجرها ومؤنة الاجير وما نقص بسببه من الالات والعوامل حتى ثياب المالك ونحوها ولو كان سبب النقص مشتركا بينها وبين غيرها وزع وعين البذر ان كان من مال المزكي ولو اشتراه تخير بين استثناء ثمنه وعينه وكذا مؤنة العامل المثلية اما القيمة فقيمتها يوم التلف ولو عمل معه متبرع لم يحتسب اجرته اذ لا نقد المنة مؤنة عرفا ولو زرع مع الزكوي غيره قسط ذلك عليهما ولو زاد في الحرث عن المعتاد لزرع غير الزكوي بالعرض لم يحتسب الزائد ولو كانا مقصودين ابتداء وزع عليهما ما يقصد لهما واختص احدهما بما يقصد له ولو كان المقصود بالذات غير الزكوي ثم عرض قصد الزكوي بعد تمام العمل لم يحتسب من المؤن ولو اشترى الزرع احتسب ثمنه وما يغرمه بعد ذلك دون ما سبق على ملكه وحصة السلطان من المؤن اللاحقة لبدو الصلاح فاعتبار النصاب قبلها والمراد بحصة السلطان ما ياخذه على الارض على وجه الخراج او الاجرة ولو بالمقاسمة سواء في ذلك العادل والجائر الا ان ياخذ الجائر ما يزيد على ما يصلح كونه اجرة عادة فلا يستثني الزائد الا ان ياخذه قهرا بحيث لا يتمكن المالك من منعه منه سرا او جهرا فلا يضمن حصة الفقراء من الزائد ولو جعل الظالم على المالك مالا مخصوصا على جميع املاكه من غير تفصيل وزع المالك على الزكوي وغيره بحسب المعتاد كما مر ولا يحتسب المصادرة الزائدة على ذلك قوله كلما سقي سيحا او بعلا او عذيا ففيه العشر اه السيح مصدر قولك ساح الماء سيحا اذا جرى على وجه الارض ويطلق ايضا على الماء الجاري ويجوز ارادة كل منهما هنا والمراد ما سقي بماء جار لا مؤنة فيه سواء كان الجريان قبل الزرع كالنيل او بعده والمراد بالبعل ما شرب بعروقه في الارض التي تقرب من وجهها فيصل اليه عروق الشجر فيستغني عن السقي او كانت عروقه تصل الى نهر او ساقية والعذي بكسر العين ما سقته السماء وقيل هما واحد وهما ما سقته السماء ذكره خلاصة ذلك في الصحاح قوله والدوالي جمع دالية ومثلها الناعورة والفرق ان الدالية يديرها البقر والناعورة يديرها الماء قوله والنواضح جمع ناضح وهو البعير يستقى عليه واعلم انه قد اورد على التفصيل سؤال وهو ان الزكوة اذا كانت لا تجب الا بعد اخراج المؤنة فاي فرق بين ما كثرت مؤنته وقلت واجيب بان ذلك مدافعة للنص فلا يسمع ويمكن بيان الحكمة بان ما احتاج الى مؤنة كثيرة فانها وان استثنيت الا ان اخراجها معجل واستثناؤها مؤخر فلا يجبره فناسب الحكمة التخفيف على المالك لما يعانيه من الغرامة وان استعمال الاجر على السقي والحفظ كلفة متعلقة بالمالك زائدة على بذل الاجرة فناسب الحكم بالتخفيف قوله ولو اجتمع الامران كان الحكم للاكثر اعتبار الكثرة قد يكون بعدد السقيات كما لو شرب ثلاث مرات بالسيح واربع بالدالية مثلا سواء تساوى ماؤهما ام اختلفا وقد يكون بالزمان بان شرب في ثلثة اشهر مرة بالدالية وفي شهرين ثلاث مرات بالسيح وقد يكون بالنمو والنفع فربما كانت السقية الواحدة في وقت انفع واكثر نموا من سقيات متعددة في غيره وايهما المعتبر هنا يحتمل الاول لان الكثرة حقيقة في الكم المنفصل وهو هنا عدد السقيات لا في زمانها واللفظ

انما يحمل على حقيقته ولان المؤن وعلتها انما الحق بسبب ذلك وهي الحكمة في اختلاف الواجب ويحتمل الثاني لانه الظاهر من الخبر الدال على ذلك عن الصحيحين عن الارض يسقي السقية والسقيتين سيحا فقال في كم تسقى السقية والسقيتين فقلت في ثلثين ليلة او في اربعين ليلة وقد مضت قبل ذلك في الارض ستة اشهر او سبعة اشهر يسقى بالدوالي فقال نصف العشر ولم يسئل عن عدد ما يسقى بالدوالي في تلك المدة ولا عن اكثرهما نموا ولانه قد يعرض ما لا يمكن فيه اعتبار عدد السقي كما لو شرب بعروقه او بمطر متصل ونحو نصف سنة ثم سقي بالدالية شهرا او شهرين عددا معينا ويحتمل الثالث لانه المقصود بالذات والزكوة تابعة له واختاره جماعة من الاصحاب والاخير والوسط لا يخلو من وجه قوله فان تساويا اخذ من نصفه العشر ومن نصفه نصف العشر اه وذلك ثلثة ارباع واعتبار التساوي بالمدة والعدد ظاهر اما بالنمو فيرجع فيه الى اهل الخبرة فان اشتبه الحال حكم بالاستواء قوله ضمنا الجميع وكان حكمها واحدا اه المراد بالضم اعتبار النصاب في الجميع وتعلق الوجوب مع بلوغ الجميع نصابا ثم ان اتفقت في القيمة والجودة تخير في الاخراج من اي موضع شاء مع اتحاد البلد او مع تعدده ان لم يوجب الاخراج في بلد المال وان اختلفت اخرج من كل واحدة بحسابها قوله فما ادرك وبلغ نصابا اخذ منه المراد بالادراك بلوغه الحد الذي يتعلق به الوجوب باسم منصير حنطة او شعيرا او تمرا او زبيبا على مذهبه او بدو الصلاح على القول الاخر وانما يتصور وجوب الزكوة فيه اذا كان ما يكمل نصابا على مذهب المص او على تقديره الخلاف وقت الانعقاد والتلون على القول الاخر قوله وقيل يضم وهو اشبه وجه الضم قوله لانه ثمرة سنة واحدة قوله لا يجزي اخذ الرطب الى قوله رجع بالنقصان هذا اذا اخذه اصلا اما لو اخذه قيمة صح ولا رجوع وان نقص قوله لو مات المالك وعليه دين فظهرت الثمرة اه هذا اذا كان الدين مستوعبا للتركة ولا فرق بين اتحاد الوارث وتعدده وكذا لو لم يستوعب لكن لم يفضل منها للوارث ما يبلغ النصاب ولا فرق في عدم الوجوب بين القول بانتقال التركة الى الوارث او بقائها على حكم مال الميت لانه وان حكم بانتقالها اليه لكن يمنع من التصرف فيها قبل الوفاء فلا يتم الملك ولو فضل للوارث الواحد عن الدين نصاب او لكل واحد عن المتعدد ففي وجوب الزكوة عليه على القول بانتقالها اليه نظر من حصول الملك وعدم تماميته قبل الوفاء لانه وان بقي من التركة بقدر الدين لكن يمكن تلفه قبل الوفاء فلا يتم ملك ما الحق والاولى بناء على الانتقال وجوب الزكوة على الوارث مع بلوغ نصيبه نصابا وان امكن عروض الضمان عليه بتلف ما قابل الدين فانا نقول في الضمن في جواز رجوعه على القابض مع علمه بالحال نظر ولو قلنا بعدم انتقال التركة الى الوارث فبناء الكلام فيه قوله ولو قضي الدين وفضل منها النصاب لم يجب الزكوة لانه على حكم مال الميت اذا قلنا بان التركة على حكم مال الميت الى ان يوفى الدين سواء كان مستوعبا ام لا لا اشكال في عدم وجوب الزكوة على الوارث وان فضل له بعد الدين نصاب لعدم ملكه اياه عند صلاحيته للوجوب وعلى هذا لا فرق بين قضائه الدين وعدمه وانما فرضه في صورة القضاء للتنبيه على الفرق بين القول بانتقال التركة الى الوارث وبقائها على حكم مال الميت [illegible] عن نصاب في ان على الدين للوارث المتحد او نصاب الكل واحد او لبعضهم دون بعض فانه على القول ببقائها على حكم مال الميت لا فرق في عدم الوجوب على نوع بين قضائه الدين وعدمه لان الانتقال اليه لا يحصل الا بالوفاء وح لا وجوب لسبق بلوغ الثمرة حدا يصلح لوجوب الزكوة معه على حصول الملك للوارث واما اذا قلنا بانتقالها اليه امكن الفرق بينهما اذا قضي الدين وعدمه وان منعناه من التصرف فيها قبله لان القضاء ح يكون كاشفا عن استقرار الملك من حين الموت فيجب عليه الزكوة بل يتجه القول بالوجوب وان لم يقض كما مر فيصير حاصل عبارة المص انه مع سبق الموت على بلوغ الثمرة لا يجب الزكوة على الوارث قبل قضاء الدين مط ولو فرض انه قضاه لم يجب عليه ايضا لبقاء التركة على حكم مال الميت ففائدة ذكره ذلك بيان حكم المسئلة على مذهبه والايماء الى الفرق بين القولين قوله وقيل بعدم الزكوة لتعلقها بالعين هذا هو الاجود لان التعلق بالعين يوجب خروج قدر الواجب من المال عن ملك المديون وان جاز له المعاوضة عنه لو كان حيا فلا يكون ذلك من التركة التي هي متعلق الدين قوله وكذا لو اشترى ثمرة على الوجه الذي يصح اي مع الشرط المعتبر في بيع الثمرة اذا بيعت قبل بدو الصلاح وهو ظهورها والضميمة اليها او كون البيع ازيد من عام او بشرط القطع ان قلنا باشتراط ذلك وسيأتي الكلام فيه ان شاء الله قوله فان ملك الثمرة بعد ذلك فالزكوة على المالك الذي انتقلت عنه لتعلق الزكوة بها قبل الانتقال ولا بد من تقييد ذلك بضمانه حصة الزكوة والا بطل في قدره قوله زكوة التجارة فهو المال الذي ملك بعقد معاوضة اه هذا تعريف لمال التجارة من حيث يتعلق به الزكوة والا فمال التجارة اعم مما ذكر هنا فالمال بمنزلة الجنس فيدخل فيه ما يصلح لتعلق الزكوة المالية به وجوبا او استحبابا وغيره كالخضروات ويدخل فيه ايضا العين والمنفعة وان كان في تسمية المنفعة مالا خفاء فلو استاجر عقارا للتكسب تحققت التجارة وخرج بالموصول وصلته ما ملك بغير عقد كالارث وبغير معاوضة كالهبة والمهر بالمعاوضة ما يقوم طرفاها بالمال كالبيع والصلح ويعبر عنها بالمعاوضة المحضة وقد يطلق على ما هو اعم من ذلك وهو ما اشتمل على طرفين مط فيدخل فيه المهر وعوض الخلع ومال الصلح عن الدم وفي صدق التجارة على هذا القسم مع قصدها نظر وقطع في كره بعدمه وخرج بقصد الاكتساب عند التملك ما ملك بعقد معاوضة مع عدم قصده اما مع الذهول او مع قصد القنية او الصدقة ونحوها وان تجدد قصد الاكتساب ولا ريب في اعتبار هذه القيود الا الاخير فان اعتباره هو المشهور وقد خالف فيه جماعة من المتاخرين منهم المص في المعتبر لاطلاق النصوص وان المقصد الاعداد للفائدة وهو حاصل وهو حسن قوله وكذا لو اشتراه للتجارة ثم نوى القنية عطف هذا القسم على ما قبله غير جيد اذ لم يتقدم في القيود ما يدل على خروجه بل دل على دخوله وانما يتم لو قال وقصد به الاكتساب طول الحول او نحو ذلك وكانه عطفه عليه لمشاركته اياه في عدم الزكوة قوله النصاب المعتبر من النصاب هنا احد النقدين ونعتبر بهما وان كان مال التجارة من جنس اخر فلو اشترى اربعين من الغنم للتجارة اعتبر في زكوة التجارة بلوغ قيمتها النصاب الاول من احد النقدين ويعتبر في الزائد عن النصاب الاول بلوغ النصاب الثاني كذلك والمخرج هنا ربع العشر اما من العين او القيمة كالنقدين قوله ولو مضى عليه مدة يطلب فيها براس المال ثم زاد كان حول الاصل من حين الابتياع وحول الزيادة من حين ظهورها يطلب بضم الياء مبنيا للمجهول والمراد ان النصاب لم يظهر فيه ربح سواء طلب ام لم يطلب ثم ظهر الربح في اثناء حول الاصل فلكل من الاصل والزيادة حول بانفراده مع بلوغ الزيادة النصاب الثاني او كان في الاول فضل عن النصاب الاول

الاول ويكمل نصابا بالزيادة وفي حكم الربح نماء المال الاول كنتاج الدابة وثمرة الشجرة قوله فطلب بنقيصة ولو حبة لم يستحب المراد بالحبة المعهودة شرعا وهي التي يقدر بها القيراط فيكون من الذهب اما من حبة الغلات منها فلا اعتداد بها لعدم تمولها والمراد بسقوط الاستحباب بالنسبة الى الحول الاول فلو عاد الى اصله او زاد استونف الحول قوله ولو كان بيده نصاب بعض حول الى قوله والاشبه استيناف الحول لحمل الخلاف ما لو كان النصاب الاول من احد النقدين فانه يبني حول التجارة على حوله عند الشيخ لاتحاد قدر الزكوة ومتعلقها لرجوع التجارة الى قيمة المتاع وهو من جنس النقد فصار ابدالا للشيء بجنسه وهو موجب للبناء في العينية عنده ايضا وحيث كان الاصل ممنوعا فكذا الفرع اما لو كان النصاب الاول المالية من غير النقدين فلا خلاف في عدم بناء التجارة عليه وان كانت العبارة مطلقة قد توهم التعميم والعرض بفتح العين وسكون الراء المتاع قوله زكوة التجارة تتعلق بقيمة المتاع لا بعينه فلو باع العين صح البيع في جميعها وان لم يضمن حصة المستحق بخلاف الزكوة الواجبة حيث تم تبنى العينية لتعلق الحق فيها بالعين فلا يصح البيع في حصة الفقراء قبل ضمانها كما مر ومال المص والعلامة في كره الى تعلقها بالعين هنا كغيرها والمشهور ما في الكتاب ويظهر الفائدة ايضا فيما لو زادت القيمة بعد الحول فعلى المشهور يخرج ربع عشر القيمة الاول وعلى الثاني ربع عشر الزيادة ايضا وفي التحاصر وغيره لو قصرت الزكوة قوله وتقوم بالدنانير والدراهم هذا اذا كان راس المال عروضا اما لو كان احد النقدين تعين تقويمه به فان بلغ به النصاب استحبت والا فلا ولو كان منهما معا قوم بهما على التقسيط ولو كان نقدا وعروضا قسط ايضا على القيمة وقوم ما يتبع النقدين والاخر بالنقد الغالب بينهما فان تساويا تخير وكذا القول فيما لو كان جميعه عرضا قوله اذا كانت السلعة تبلغ النصاب باحد النقدين دون الاخر تعلقت بها الزكوة ان اشتريت بعرض او بما بلغت به من النقد والا فلا قوله سقطت زكوة التجارة ووجبت زكوة المال ولا يجتمع الزكاتان انما يمتنع اجتماع الزكوتين في العين مع اتحاد وقتهما لقوله لا ثنيا في صدقة والحال في هذه المسئلة كذلك وانما قدمت زكوة المال لانها اقوى لتعلقها بالعين والاتفاق على وجوبها ويحتمل تقديم زكوة التجارة لانها انفع للفقراء لتقومها بالنقدين وعدم اختصاصها بعين دون عين وقد ذكر جماعة من الاصحاب انه لا قائل بثبوتهما معا وحملوا قول المص وقيل يجتمع زكوتان هذه وجوبا وهذه استحبابا ويشكل ذلك على القول بوجوب التجارة على الاشكال في التحقيق لان اجتماع الزكوتين فيصطلح تقديم المالية لعموم النص وقوتها والتجارة لما مر ولسبق النية وتظهر الفائدة في النية وفي تعلقها بالعين او الذمة وقد يقال بالتخيير لتساويهما في الوجوب واستحالة الترجيح ومنع المرجح وعدم امكان الاجتماع للحديث قوله لو عاوض اربعين سائمة باربعين سائمة للتجارة الى قوله واستانف الحول فيهما الجار متعلق بمحذوف صفة للاربعين في الموضعين اما الثانية فظاهر واما الاولى فلقوله سقط وجوب المالية والتجارة اذ لو كانت الاولى للقنية لم يكن لذكر سقوط التجارة وجه فان السقوط فرع الثبوت فيشكل الحكم بسقوط التجارة بتبدل المالية لا بناء التجارة على تبدل الاعيان وتقلب الاموال فلا يؤثر فيها المعاوضة وقد ادعى الامام فخر الدين ره الاتفاق على بقاء التجارة وانما الخلاف في استيناف حول المالية والقول ببناء حول المالية دون التجارة للشيخ ره بناء على اتحاد الجنس العوض والمعوض وقد تقدم ان ذلك لا يقدح في البناء عنده فيثبت المالية ويسقط التجارة حذرا من الثنيا لكن انما يسقط زكوة التجارة عنده بعد تمام الحول لا من حين الشروع وقد نبه عليه المص بقوله بل يثبت زكوة المال مع تمام الحول دون التجارة وتظهر الفائدة فيما لو اختل احد شروط العينية في اثناء الحول فان الاخرى تثبت وفي قول المص سقط وجوب المالية والتجارة واستانف الحول فيهما اشارة الى تساوي حولهما ايضا قلناه وان قدمت المالية عند تمامه وهو واضح بعد ثبوت الاستيناف اما قبله ففيه الاشكال فيه ويمكن دفع سقوط التجارة بان حول المالية يبتدأ من حين دخول الثانية في ملكه فيمتنع اعتبار بعضه في حول التجارة لان الحول الواحد لا يمكن اعتباره للزكوتين فكذا بعضه ويضعف بما مر من الاجماع فان قيل ذلك يستلزم تقديم زكوة التجارة وان كانت مستحبة على المالية لسبق تمام حولها لا لو يكن المقابل لها اثر قلنا لو صح ان يريد فائدة كما هو الظاهر من عبارة الكتاب لم يكن بعيدا او الثنيا غير متحققة لاختلاف وقت الوجوب في محل الزكوة اما الاول فلان استيناف المالية يوجب تغاير الحولين وان تصادقا في بعض الوقت واما الثاني فلان محل الوجوب في المالية العين وفي التجارة الذمة فلا ثنيا في محل واحد وقد وقع نظير ذلك في العبد المشترى للتجارة اذا حال عليه الحول واهل شوال فانه يجب فيه زكوة الفطرة وتثبت زكوة التجارة في مواضع اخر وان لم يتحقق القائل بذلك كانت الفائدة في جريانه في الحول من اول وقت الانتقال لو فرض اختلال شروط المالية فيثبت التجارة فان اتفق تحقق المالية سقطت التجارة وان سبقت في الثبوت لما مر وهذا هو الاجود ويحتمل تقديم زكوة التجارة هنا لسبقها وكمال حولها خالية عن المزاحم وسقوط المتاخر وان كمل حولها لامتناع الثنيا واختاره العلامة في بعض كتبه وفي عدة ما يقرب منه ويقوى هذا الاحتمال على القول بوجوب زكوة مال التجارة بل لا يكاد يعدل عنه وآخر انه يمكن حمل كلام المص على ما يزول معه هذا الاشكال بحمل الاربعين الاولى على القنية وتعلق الجار بالثانية خاصة وحمل سقوط التجارة على الارتفاع الاصلي وهو انتفاؤها وغايته ان يكون مجازا وهو اولى من اختلال المعنى مع الحقيقة او يقدر لوجوب التجارة عامل محذوف غير السقوط وهو الانتفاء ونحوه وفي عطف المص التجارة على المالية المقتضي لحمل الوجوب مضافا اليهما تجوز اخر عند المص حيث لم يوجب زكوة التجارة ووجه التجوز استعمال لفظ الوجوب في حقيقته ومجازه فانه لغة الثبوت وهو شامل للندب والله الموفق قوله وزكوة الربح بينهما يضم حصة المالك الى ماله ويخرج منه الزكوة فلا يستحب في حصة الساعي الزكوة الا ان يكون نصابا اه يعتبر في حصة المالك بلوغ النصاب الثاني لوجود الاول عنده وفي حصة العامل بلوغ النصاب الاول اذ ليس له سواها نعم لو فرض انه يتجر مع مال المضاربة بماله ايضا وكان نصابا كانت حصته من الربح كحصة المالك ولو قصر المال الاول عن النصاب اضيف اليه الربح فيهما قوله وهل يخرج قبل ان ينض المال قيل لا الى قوله وهو الاشبه المراد بانضاض المال لغة تحوله عينا بعد ان كان متاعا قال في الصحاح واهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير النض والناض والمراد به هنا الفسخ وان كان المال عروضا وسماها بذلك مجازا لو يريد حقيقته مع الفسخ فان العامل يملك حصته ملكا مستقرا باحد الامرين ومبنى ما ذكره المص على ان العامل يملك الحصة بالظهور ولا يتوقف

على الانضاض

على الانضاض وح فيجري حول نصيب العامل من حين ظهوره وهل له تعجيل اخراج الزكوة بعد الحول وقبل استقرار ملكه باحد الامرين قيل لا لان الربح وقاية لراس المال لما عساه يكون من الخسران فيتعلق حق المالك به للوقاية فيمنع استقلال العامل بالاخراج واختار المص الجواز لان استحقاق الفقراء جزءا منه يخرج ذلك القدر المستحق عن الوقاية وجمع العلامة بين القولين فجوز تعجيل الاخراج قبل ذلك مع بقاء الوقاية فيضمن العامل الزكوة لو احتيج الى اتمام المال بها كما يضمن المراة لو اخرجت زكوة المهر ثم طلقت قبل الدخول ورد بجواز اعسار العامل فلا يتحقق الوقاية واجيب بان امكان الاعسار او ثبوته بالقوة لا يزيل حق الاخراج الثابت بالفعل ولو قيل بعدم ثبوت الزكوة قبل الانضاض او ما في حكمه لعدم تمامية الملك كان وجها ولو قلنا بالثبوت لم يجب تعجيل الاخراج قبل ذلك قوله العقار المتخذ للنماء اه العقار المتخذ للنماء كالدكان والخان والحمام ملحق بالتجارة غير انه مال التجارة معد للانتقال والتبدل وان لم يتبدل وهذا ثابت وفي الحاويين في اعتبار الحول والنصاب قولان وعدم اشتراطهما متوجه وهو خيرة كره قوله الخيل اذا كانت اناثا سائمة اه يشترط مع ذلك ان لا يكون عوامل وان يملك المالك الواحد فرسا كاملة وان كانت بالشركة كنصف اثنين قوله وفي العتاق عن كل فرس ديناران اه المراد بالعتيق الفرس الذي ابواه عربيان كريمان والبرذون بكسر الباء خلافه سواء كان ابواه عجميين وهو البرذون بالمعنى الاخص ام ابوه خاصة [illegible] باسم الهجين وفي الصحاح البرذون الدابة فعلى هذا يجوز ان يراد بالبراذين في كلام المص بقيتها قوله اصناف المستحقين للزكوة سبعة جعلهم سبعة بناء على اتحاد الفقراء والمساكين والاشهر كونهم ثمانية لتغاير معنى الاسمين وتظهر الفائدة فيما اراد المخرج بسط الزكوة على الاصناف استحبابا فانه يجعلها ثمانية اقسام وكذا لو نذر بسطها عليهم وقد رجع المص عن هذا القول في غير هذا الكتاب فجعلهم ثمانية قوله ومنهم من فرق بينهما في الاية اعلم ان الفقراء والمساكين متى ذكر احدهما خاصة دخل فيه الاخر بغير خلاف نص على ذلك جماعة منهم الشيخ والعلامة كما في اية الكفارة المخصوصة بالمسكين فيدخل فيه الفقير وانما الخلاف فيما لو جمعا كما في اية الزكوة لا غير والاصح انهما متغايران لنص اهل اللغة وصحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله ع قال الفقير الذي لا يسأل الناس والمسكين اجهد منه ولا ثمرة مهمة في تحقيق ذلك للاتفاق على استحقاقهما من الزكوة حيث ذكرا ودخول احدهما تحت الاخر حيث يذكر احدهما وانما تظهر الفائدة نادرا فيما لو نذر او وقف او اوصى لاسوئهما حالا فان الاخر لا يدخل فيه بخلاف العكس قوله ومن يقدر على اكتساب ما يمون نفسه اه يعتبر في الكسب كونه لائقا بحاله عادة بحسب حاله وصنعته فلا يكلف الرفيع بيع الحطب والحرث والكنس واشباه ذلك فان ذلك اصعب من بيع الخادم وهو غير واجب ولو اشتغل عن التكسب بطلب علم ديني جاز له اخذ الزكوة وان قدر عليه لو تركه نعم لو قدر مع طلب العلم على حرفة لا تنافيه تعينت قوله ولو كان له دار يسكنها او خادم يخدمه اذا كان لا غناء عنهما يتحقق عدم الغناء في الخادم بكون المخدوم من عادته ذلك وان كان قادرا على خدمة نفسه او لحاجته اليه لزمانة ونحوها اذا لم يكن من عادته ولو احتاج الى ازيد من واحد فكالواحد وفي الدار بكونها لائقة بحاله من غير زيادة في الوصف والقدر فلو زادت عن حاله في احدهما تعين عليه بيع الزائد والاعتياض بما يليق بحاله وفي حكم الدار والخادم ثياب التجمل لمن هو من اهلها وفرس الركوب وكتب العلم كك وثمنها القاصد عنها من جملة المؤن قوله جاز صرفها اليه على وجه الصلة وينوي عند وصولها اليه او الى وكيله او بعده مع بقاء عينها على ملكه قوله او يجتمع مع التمكن المراد بارتجاعها ما يعم العين والمثل او القيمة مع تعذرها وحكم القيمة هنا كالغصب لو وجدها معيبة اخذها مع ارش العيب هذا كله مع تصريح الدافع بكونها زكوة اما لو دفعها اليه ولم يعلم فلا ضمان قوله وان تعذرت كانت ثابتة في ذمة الاخذ ولا يلزم ضمانها هذا مع اجتهاد الدافع والا ضمن وهل المراد بالاجتهاد البحث عن حاله على وجه يجوز دفعها اليه فيدخل فيه ما ورد قبل قوله ونحوه ام لا بد من الاستقصاء بحيث لو كان الامر بخلاف ذلك لظهر عادة يحتمل الاول لانه المعتبر في جواز الدفع والمعروف شرعا فالامر بالدفع اليه يقتضي الاجزاء وعدم الاجتهاد فيه دفعها اليه من غير سؤال لظن فقره او لمن يستحيي من قبولها صلة ثم يظهر انه كان قد خرج عن الاستحقاق قبلها ووجه الثاني ان التفات من الاجتهاد عرفا فترك الاكتفاء بقوله ونحوه وهذا اجود فان الدفع بدون الاجتهاد بالمعنى الاول غير مجزئ مط والكلام هنا في الضمان لو ظهر غير مستحق لا غير قوله ولو ادعى الفقر الى قوله قبل وكذا يقبل لو ادعى العيال او الاشتغال بطلب علم يسوغ له ترك السعي مع عدم علم كذبه من غير يمين قوله او من تجب نفقته اي يرجع مع الامكان ومع التعذر لا ضمان مع الاجتهاد واستثنى جماعة من الاصحاب من ذلك ما لو تبين كون المدفوع اليه عبد الدافع فانه لا يجزي مط لعدم خروجها عن ملك الدافع فيجري مجرى عزلها من غير تسليم وفيه نظر لان الاخبار مطلقة والعلة مشتركة فان غير المستحق لا يملك الزكوة في نفس الامر [illegible] في الشرائط بالظاهر وتعذر الارتجاع مشترك قوله وهم عمال الصدقات اي الساعون في تحصيلها وتحصينها باخذ وكتابة وحساب وحفظ وقسمة ونحو ذلك قوله والفقه انما يشترط الفقه فيمن يتولى ما يفتقر اليه ولا يشترط فيه المطلق بل المتعلق بالزكوة هو المراد بقول المص ولو اقتصر على ما يحتاج اليه واكتفى المص في المعتبر له بسؤال العلماء واستحسنه في البيان قوله وان لا يكون هاشميا نقل الشيخ عن بعض العلماء عدم اشتراط ذلك لانه يأخذ السهم اجرة لا زكوة وهو اهل للاجارة وهو نظر في مقابلة النص فلا يسمع قوله وفي اشتراط الحرية تردد منشاؤه ان العمل مكتسب للعبد وصالح له وان سهم العامل وما قبله في الاية مملوك لمكان اللام والعبد ليس اهلا له وفيه نظر لجواز كونها للاستحقاق او الاختصاص بل قال بعض محققي العربية ان مرجع المعاني الثلثة الى الاختصاص [illegible] وح فلا يلزم من عدم ملكه عدم استحقاقه او اختصاصه للسهم بسبب العمل وان كان المالك هو المولى لاقتضاء السياق ذلك وهو قوله ومنهم من يلمزك في الصدقات ولان مطلق الاختصاص قدر مشترك بين المعاني الثلثة وهو خير من الاشتراك والمجاز واتفاق الاصحاب على ان الاية لبيان المصرف يحققه قوله والامام بالخيار بين ان يقرر لهم جعالة او اجرة ولا يشترط فيها ان يحصل قدر ما عين له او يزيد عليه بل ان حصل ذلك والا اتم له الامام من بيت المال ولو لم يقرر له شيئا جاز ايضا واعطاه ما يراه كباقي الاصناف روي ذلك عن الصادق ع قوله ولا يعرف مؤلفة غير مشركين اشار بذلك الى ما ذكره بعض الاصحاب من ان المؤلفة يجوز كونهم مسلمين ايضا اما بان يكون لهم نظراء من المشركين اذا اعطي المسلمين رغب نظراؤهم في الاسلام او لكون نياتهم ضعيفة في الدين ويرجى باعطائهم قوة نيتهم او لكونهم

في اطراف بلاد الاسلام اذا اعطوا منعوا الكفار من الدخول او رغبوا في الاسلام او الجهاد دونهم فوما يجب عليهم الزكوة اذا اعطوا منها اجورهم وانهم واغنوا الامام عن عامل ويمكن رده ما عدا الاخير من الاقسام الى سبيل الله والاخير الى العاملة وبعد ان تقرر ان الاية لبيان المصرف وعدم وجوب البسط والتسوية نقل فائدة الخلاف لجواز اعطاء الجميع من الزكوة في الجملة قوله والعبيد الذين تحت الشدة المرجع في الشدة الى العرف لعدم تقديرها شرعا ولا بد من صيغة العتق بعد الشراء ونية الزكوة مقارنة للعتق قوله وان لم يكن في شدة بشرط عدم المستحق هذا شرط لاعتاقه من سهم الرقاب كما هو المنسوق فلو اشتراه من سهم سبيل الله على القول بعمومه لكل قربة لم يتوقف على عدم المستحق بل الاولى الجواز من سهم الرقاب ايضا لدخوله في اسم الرقاب واعلم ان هذا التفصيل وما بعده من مسائل متعددة انما يتوجه عند من لا يوجب بسط الزكوة على الاصناف او لهذا الاستحباب اذا اعتبر السهم بالنية عند الدفع والا لم يتوجه هذه الفروع قوله وروي رابع وهو من وجبت عليه كفارة ولم يجد فانه يعتق رقبة وفيه تردد منشأ التردد من ان الكفارة ان كانت مخيرة فلا حاجة الى العتق مع امكان باقي الخصال وان عجز عن العتق وان كانت مرتبة انتقل بالعجز عن العتق الى غيره من الخصال فلا يتحقق الاحتياج الى العتق ومن ورود النص بجواز ذلك رواه علي بن ابرهيم في تفسيره عن العالم ع ولا فرق بين المخيرة والمرتبة لذكرهما معا في الرواية والاجود ان يعطي المكفر ثمن الرقبة فيشتري هو ويعتق عن نفسه قوله ولو صرفه في غيره والحال هذه جاز ارتجاعه بناء على ما ذكرناه اولا في قيد هذه الفروع او انه مكاتب عاجز عن وفاء مال الكتابة وهو مع ذلك غير فقير فيجوز ارتجاعه لصرفه في غير ما عين له شرعا والمراد بالجواز هنا معناه الاعم فانه لا يجزي حينئذ فيجب ارتجاعه واعطاؤه غيره او صرفه في مال كتابته ولو قيل بان الدافع مخير بين ارتجاعه واخراج الواجب من ماله مرة اخرى جاز حمل الجواز على المعنى الاخص قوله ولو دفع اليه من سهم الفقراء لم يرتجع هذا ايضا من الفروع التي لا تتعين عندنا الا ما جاز الامرين لعدم وجوب البسط والحاصل انه متى كان فقيرا مكاتبا جاز الدفع اليه من غير تعيين للصنف ومعه فان لم يعين جاز له صرفه كيف شاء من الوجوه السابقة وان عين لسهم الكتابة اقتصر على دفعه فيها قوله ولو ادعى انه كوتب قبل الاصح جواز تصديقه ما لم يكذبه مولاه ولو صدقه جاز بطريق اولى وربما قيل بالمنع ايضا الا بالبينة او سماع الصيغة لجواز المواطاة قوله نعم لو تاب اعطي من سهم الفقراء لو كان فقيرا بمعنى انه غير قادر على قوت سنته فلو لم يكن كذلك لم يجز ان يدفع اليهم من سهم الفقراء وان كان دينه اضعاف ماله لانه غارم لا فقير وشرط الغرم غير حاصل قوله نعم لو تاب صرف اليه من سهم الفقراء وجاز ان يقضي فقد تقدم ان الفقير انما يعطى بسبب الفقر مؤنة السنة وان جازت الزيادة دفعة وقضاء الدين لا يدخل في المؤنة وانما دخل في قسم الغارم وان اعتبرنا البسط لم يدخل الدين في سهم الفقراء وان تاب وان لم نعتبره بني توقف الدفع على التوبة على اشتراط العدالة او اجتناب الكبائر وان لم نشترطهما لم تعتبر في جواز الدفع اليه التوبة وفي المسئلة اشكال وهو انه مع صرف المال في المعصية ان لم يجز وفاؤه من سهم الغارمين لم يجز من سهم الفقراء وان تاب لان الدين لا يدخل في سهم الفقراء والا لم يكن الغرم قسيما للفقر بل قسما منه بل اما ان يكون التوبة مسوغة للدفع اليه من سهم الغارمين او سهم سبيل الله واما ان لا يجوز الدفع اليه لوفاء دين المعصية مط وقد لزم من ذلك احتمالات ثلث عدم الجواز مط اعتبارا بالمعصية المانعة ذكره العلامة حكاية والجواز مع التوبة من سهم الفقراء وهو الذي اختاره الشيخ وتبعه عليه جماعة والجواز معها من سهم الغارمين واختاره المحقق في بعض فتاويه والجواز معها من سهم سبيل الله وهو متوجه ويمكن حل الاشكال بان الفقير وان لم يعط بسبب الفقر الا قوت السنة لكن اذا دفع اليه ذلك ملكه وجاز له صرفه حيث شاء فيجوز له صرفه في الدين مع ان اعطاءه قوت السنة انما هو مع الدفع تدريجا اما دفعة فلا نعم لو لم يكن فقيرا بان كان مالكا لقوت سنته لم يتوجه على التا اعطاؤه من سهم الفقراء لعدم الفقر ولا من سهم الغارمين لانفاقه في المعصية فيجب ان يقيد كلام المص في جواز اعطائه من سهم الفقراء بكونه فقيرا قوله وكذا لو كان الغارم ميتا جاز ان يقضى عنه وان يقاص اي ان يقضي عنه من ليس له عليه دين بان يدفعها الى صاحب الدين ولو كانت الزكوة على صاحب الدين قاص بها المديون بان يحتسبها عليه ويأخذها مقاصة من تركته وهل يشترط قصور تركة الميت عن دينه الظاهر ذلك وصرح به جماعة لان شرط الدفع الى الغارم عجزه عن الوفاء لقصور المال وعجزه عن التكسب ولم يشترط العلامة ذلك بناء على مذهبه من انتقال التركة الى الوارث حين الموت فيصير عاجزا وضعفه ظاهر لتوقف تمكنه من التركة على وفاء الدين لتأخر الارث عن الدين على القولين نعم لو لم يعلم الوارث بالدين ولم يمكن للمدين اثباته شرعا او اتلف الوارث التركة وتعذر الاقتضاء منه جاز الاحتساب على الميت قضاء ومقاصة قوله وكذا لو كان الدين على من يجب نفقته لان واجب النفقة انما يمتنع الدفع اليه من سهم الفقراء لمؤنته اما دينه فلا يجب على من يجب عليه نفقته قضاؤه فيجوز ان يدفع اليه من زكوته ليقضيه وان يقضي عنه ميتا قوله وفي الرقاب وفي سبيل الله اعلم ان المص وجماعة عنونوا الرقاب وسبيل الله من جملة الاصناف مقيدين بالجار وهو في تاسيا بكتاب الله وكان الاولى هنا حذف الجار لان الصنف نفس الرقاب ونفس سبيل الله وانما ادخلها عليهما في الاية الشريفة لنكتة لا تدخل في العبارة وهي ان الله تع جعل الصدقات للفقراء والثلثة التي بعدهم وخصهم باللام وجعلها للبائنين وادخل عليهم في اشارة الى ان الاربعة الاول يستحقون نصيبهم على وجه الملك والاختصاص المطلق يصنعون به ما شاؤا بخلاف الرقاب وما بعدهم فانه جعلهم موضعا للصدقة ومحلا لها تتعين عليهم صرفها في ذلك وهذا المعنى لا يتحقق في العبارة لانه بصدد عدد الاصناف حيث قال اصناف المستحقين سبعة الفقراء اه فلينح هذا الاسلوب الاجرد عدد الاصناف من غير بيان الفارق وان ذكره في تضاعيف عبارته بخلاف اسلوب الاية ولما اشرنا غير الشهيد ره في كتبه بقوله والرقاب وسبيل الله اه وهو اجود فتامل الفرق بين الاسلوبين يظهر على الحال والامر في ذلك سهل لان التاسي بالاية والفرق الحاصل فيها كاف قوله وقيل يدخل فيه المصالح هذا هو الاجود لان السبيل لغة الطريق فمعنى سبيل الله الطريق الى رضوانه وثوابه لاستحالة التحيز عليه فيدخل فيه كل ما فيه وسيلة الى ذلك وبذلك وردت الرواية ايضا ذكرها علي بن ابرهيم في تفسيره عن العالم ع ويجب تقييده بما لا يكون فيه معونة لغني مطلق بحيث لا يدخل في شيء من الاصناف الباقية فيشترط في الحاج والزائر الفقر او كونه ابن السبيل او ضيفا والفرق بينهما ح وبين الفقراء ان الفقير لا يعطى الزكوة ليحج بها من جهة كونه فقيرا ويعطى لكونه في سبيل الله قوله وابن السبيل وهو المنقطع به وان كان غنيا في بلده لما عرفت من ان السبيل هو الطريق ولا يشترط الفقر في بلده والا لدخل في قسمه وهل يشترط عجزه عن

الاستدانة

الاستدانة على ما في بلده او عن بيع شيء من ماله فيه ونحوه الظاهر ذلك لتحقق العجز ولم يعتبره المص في المعتبر وليس ببعيد عملا باطلاق النص يعتبر في كفايته ما يليق بحاله من الماكول والملبوس والمركوب ولا يجب عليه المبادرة الى الرجوع الى بلده بل حين قضاء الوطر المطلوب من السفر قوله وكذا الضيف اي يلحق بابن السبيل في جواز ضيافته من الزكوة ويشترط فيه ان يكون مسافرا محتاجا الى الضيافة وان كان غنيا في بلده والنية عند شروعه في الاكل ولا يحتسب عليه الا ما يأكله قوله ولو فضل منه شيء اعاده الى من الكراء او كيله فان تعذر فالى الحاكم ولا فرق في ذلك بين النقدين والمتاع والدابة قوله والايمان انما يشترط الايمان في بعض الاصناف لا جميعهم فان المؤلفة وبعض افراد سبيل الله لا يعتبر فيهما ذلك ولعل اطلاقه لوضوح الحال فيه وسبق البحث عنه والمراد بالايمان هنا معناه الاخص وهو الاسلام والولاية للائمة الاثني عشر بدليل ما قوله ولا معتقدا لغير الحق من المذاهب الاسلامية لا مطلق غير الحق كما لا يخفى قوله ومع عدم المؤمن يجوز صرف الفطرة خاصة الى المستضعفين ورد بذلك رواية عن الصادق ع انه قال كان جدي يعطي فطرته للضعفة ومن لا يتولى وقال هي لاهلها الا ان لا تجدهم فان لم تجدهم فلمن لا ينصب والمراد بالمستضعف هنا مستضعف المخالفين كما دلت عليه الرواية وهو من لا يعاند الحق منهم وولد المستضعف بحكمه والاصح المنع مط والرواية معارضة بما هو اصح منها قوله ويعطى الزكوة اطفال المؤمنين دون اطفال غيرهم هذا اذا لم يعتبر العدالة في المستحق اما لو اعتبرناها امكن عدم جواز اعطاء الاطفال مط لعدم اتصافهم بها والجواز لان المانع الفسق وهو منتف عنهم لانه عبارة عن الخروج عن طاعة الله فيما دون الكفر وهم غير مخاطبين بالطاعة ومبنى الاشكال على ان العدالة هل هي شرط او الفسق مانع فعلى الاول يحتمل الاول للدليل الدال على اعتبار العدالة ولانه لو اكتفي على عدم الفسق لزم جواز اعطاء المجهول حاله عند مشترطي العدالة لعدم تحقق المانع فيعمل المقتضي عمله وهو لا يقول به ويحتمل الثاني حملا للاشتراط على من يمكن في حقه ذلك وهو منتف في الطفل وعلى الثاني يستحق الطفل بغير اشكال وهذا بخلاف اولاد الكفار لان الايمان شرط في الجملة اجماعا والولد تابع لابيه فيه وفي الكفر شرعا بخلاف الفسق فيثبت في ولد الفاسق الايمان بحكم التبعية دون الفسق واعلم ان العلامة ادعى في التذكرة الاجماع على جواز اعطاء المؤمنين وان اعتبرنا العدالة فينتفي الاشكال ويضعف القول باشتراط العدالة اذ لا يتصور في الاطفال مع ثبوت استحقاقهم ولو تولد بين المؤمن والكافر تبع الاشرف وفي المتولد بين المؤمن وغيره من الفرق الاسلامية نظر والاجود استحقاقه خصوصا اذا كان المؤمن الاب قوله ولو اعطى مخالف فريضته [illegible] ثم استبصر اعاد الوجه في اختصاصها بين العبادات مع انها ان الزكوة بمنزلة الدين وقد دفعه الى غير مستحقه فلو كانت العين باقية جاز له استرجاعها قوله العدالة الكلام في اشتراط العدالة في الاصناف كما مر في الايمان اذ لا يشترط عدالة الجميع وقد عرفها الشهيد ره هنا بانها هيئة راسخة في النفس تبعث على ملازمة التقوى بحيث لا يقع منه كبيرة ولا يصر على صغيرة [illegible] المروة [illegible] هذا المحل بناء على ان الدليل انما دل على منع فاعل المعاصي وعدم المروة ليس معصية وان اخل بالعدالة قوله والاول [illegible] ان اعتبار العدالة او الحق مع الاشكال بل ادعى المرتضى على اشتراطها الاجماع واكد منها اجتناب الكبائر وان كان عدم اعتبارها قويا قوله ان لا يكون ممن تجب نفقته على المالك لان واجب النفقة غني مع بذل المنفق فلو لم يبذله قدر الكفاية من النفقة جاز الا الزوجة فان نفقتها مستقرة في الذمة ولو لم يدفع نعم يجوز دفعها اليه التوسعة الزائدة على القدر الواجب بحيث لا يخرج الى حد [illegible] والعادة نفقة امثاله ولو كانت الزوجة ناشزا ففي جواز الدفع اليها مع فقرها وجهان اجودهما العدم لانها غنية بالقوة لقدرتها على الطاعة في كل وقت [illegible] قوله ولو كان من يجب نفقته [illegible] الضابط ان القريب انما يمتنع دفعه لقريبه من سهم الفقراء لقوت نفسه مستقرا في وطنه فلو كان من باقي الاصناف جاز الدفع اليه وكذا لو اراد السفر اعطي ما زاد على نفقة الحضر وكذا يعطى لنفقة زوجته وخادمه اذ لا يجب ذلك على القريب قوله ويحل له زكوة مثله في النسب المراد بالمثل مطلق الهاشمي وان لم يماثله في الاب الخاص كالعلوي وغيره ويتخير مع وجود الخمس وزكوة مثله في اخذ ايهما شاء والافضل اخذ الخمس لان الزكوة اوساخ في الجملة وقيل لا يتجاوز قدر الضرورة المراد بالضرورة قوت يومه وليلته لا مؤنة السنة لانه لا يملك من الخمس ما زاد على السنة وهو حسن فكيف المشروط بالضرورة وهذا هو الاجود نعم لو لم يندفع الضرورة بدفع قوت اليوم بان لا يوجد في اليوم الثاني ما يندفع به الضرورة عادة جاز له اخذ ما يندفع به فلو وجد الخمس بعد فنائه ففي وجوب رده نظر قوله ويجوز للهاشمي ان يتناول المندوبة من هاشمي وغيره يستثنى منه النبي ص فان الاصح تحريم الصدقة عليه مط وكذا الائمة ع وفي حكم المندوبة لغيرهم المنذورة والموصى بها وفي الكفارة وجهان اصحهما جوازها فيختص التحريم بالزكوتين قوله من ولد هاشم على الاظهر رد بذلك على المفيد وابن الجنيد حيث ذهبا الى تحريم الصدقة وحل الخمس لمن انتسب الى المطلب ايضا وهو اخو هاشم استنادا الى رواية لا تنهض بالحجة مع معارضتها بما هو اقوى منها قوله وهم الآن [illegible] زمن النبي ص فقد كانوا من ذلك مثل حمزة ثم انقرضوا ولم يبق نسل الا للمذكورين قوله والاولى حمل ذلك الى الامام ع خالف في ذلك جماعة من الاصحاب فاوجبوا دفعها اليه ابتداء لقوله تع خذ من اموالهم فان الايجاب عليه يستلزم الايجاب عليهم واوجبوا ايضا دفعها الى ساعيه ومع تعذرهما الى الفقيه المامون والمشهور الاستحباب لانه ابصر بمواقعها واخبر بمواضعها ولقول الص لو ان رجلا حمل زكوته فقسمها علانية كان ذلك حسنا جميلا وقد قيل في قوله تع وان تخفوها وتؤتوها الفقراء انها شاملة للزكوة الواجبة فيدل على المشهور قوله ولو فرقها المالك والحال هذه قيل لا يجزي وقيل يجزي والاول اشبه لا خلاف في حصول الاثم سواء قلنا بالاجزاء ام لا للمخالفة ووجه الاجزاء معه حصول الغرض وهو وصولها الى المستحق كالدين اذا دفعه الى مستحقه وهو خيرة [illegible] وما اختاره المص اجود لانها عبادة قد خولف في فعلها مقتضى الامر والامر بالشيء يقتضي النهي عن ضده وهو يستلزم فساد العبادة قوله ويجب دفعها اليه عند المطالبة ولو خالف المالك اخرجها بنفسه فالوجهان والاولى بالصحة والوجه الفساد ايضا والتقريب ما تقدم وللمالك استعادة العين مع بقائها في الموضعين او تلفها وعلم القابض بالحال وفي رجوعه مع التلف وجهله احتمال قوله دفعت الى الفقيه المامون المراد بالفقيه حيث يطلق على وجه الولاية الجامع لشرائط الفتوى وبالمامون من لا يتوصل الى اخذ الحقوق مع غناه عنها بالحيل الشرعية فان ذلك وان كان جائزا الا انه نقص في همته وحط لمرتبته فانه منصوب للمصالح

العامل وفي ذلك اضرار بالمستحقين وكذا القول في باقي الحقوق والقائل بوجوب دفعها الى الامام ابتداء اوجب دفعها مع غيبته الى الفقيه المامون قوله و
الافضل قسمتها على الاصناف واختصاص جماعة من كل صنف هذا هو المذهب للاصحاب بناء على ان اللام في الاية ليست للملك بل لبيان المصرف واستحباب بسطها
عليهم للنص والخروج من الخلاف واعطاء جماعة من كل صنف لورودهم بصيغة الجمع واقله ثلثة ولا يجب التسوية بل الافضل التفضيل لمرجح من فضل او دفع
او ترك سؤال او شدة حاجة او قرابة قوله ولا يجوز ان يعدل بها الى غير الموجود ولا الى غير اهل البلد مع وجود المستحق الاصح جواز نقلها مع وجود المستحق
بشرط الضمان خصوصا للافضل او التعميم لصحيحة هشام بن الحكم عن الصادق قوله وان لا يوجد فيها بل الاصح جواز التاخير شهرا او شهرين لصحيحة معوية بن عمار
عن الصادق اذا اخرها للبسط او لمزيد المزية قوله نقلها الى بلد اخر ولا ضمان عليه واجرة النقل على المالك وعلى ما اخترناه المصنف الافضل على اقرب البلاد
الى بلد المال فالاقرب الا ان يختص الابعد بالمزية قوله ولو نقل الواجب الى بلده ضمن انما يتحقق نقل الواجب مع عزله بالنية والا فالذاهب من ماله لعدم
تعينه للوجوب ومع ذلك فان كان المستحق موجودا في بلد المال فتحقق العزل قبل قبضه اشكال فان الدين لا يتعين بدون قبض مالكه مع الامكان و
ان صحة العزل مع وجود المستحق فيمكن بناء المسئلة عليه والا لم يتحقق الحكم بالضمان وعدمه ويمكن ان يريد بالواجب مماثله في القدر والوصف ومعنى
ضمانه ذهابه من ماله وبقاء الحق في ماله او في ذمته هذا مع وجود المستحق في البلد والا لم يضمن قوله ولو عين الفطرة من مال غائب عنه ضمن بنقله عن ذلك
البلد انما يتحقق تعيينه في مال خاص بالنية مع عدم المستحق عند المخرج وان وجد في بلد المال اذا لم يمكن التوصل اليه في الوقت وح لا يجوز اخراجها عن بلد
المال لانه يصير كبلد زكوة المال وعلى ما اخترناه يكره النقل مع وجود المستحق بشرط الضمان وانما يتحقق الكراهة او التحريم اذا لم يكن نقله عن بلد المستحق
فلو قبضه في بلد المال بنفسه او بوكيله ونقله انتفى التحريم والكراهة قوله اذا قبض الامام او الساعي برئت ذمة المالك ولو تلفت بعد ذلك وكذا لو
قبضها الفقيه الشرعي بخلاف ما لو قبضها الوكيل لانه لان يتلف في يده بغير تفريط مع عدم المستحق وعزلها بالنية قوله اذا لم يجد المالك مستحقا فالافضل
لم عزلها ويكون بعد ذلك في يده امانة ولا يضمنها لو تلفت بدون تعد او تفريط وليس له ابدالها بعد ذلك ونماؤها المتصل تابع لها اما المنفصل ففيه ...
التمهيد انه للمالك ولا يتحقق العزل مع وجود المستحق على الاصح قوله المملوك الذي يشترى من الزكوة اذا مات ولا وارث له ورثه ارباب الزكوة وقيل بل
يرثه الامام المراد بالوارث المنفي هو الخاص اعني من عدا الامام وارباب الزكوة للاجماع على ان احدهما وارث فلا يتحقق عدم الوارث العام ولما كان عدم
الاخص اعم من عدم الاعم صدق نفي الاخص مع وجود الاعم ويصحح ذلك قرينة المقام ووجه القول بان الوارث له هو الامام ظاهر لانه وارث من لا وارث له الا
انه قول شاذ بل قال في البيان انه لا نعلم به قائلا ولعله اراد به من القدماء فانه خيرة العلامة في كثير من كتبه والاصح الاول لما ذكرناه ولرواية عبيد بن زرارة
عن الصادق يرثه الفقراء المؤمنون الذين يستحقون الزكوة لانه انما اشترى بمالهم وخصوص مدلولها يجبر بانه لا قائل بالفرق واما التفصيل بانه ان اشترى من
سهم الرقاب فميراثه للامام والا فلارباب الزكوة فلا اصل له في المذهب قوله كانت الاجرة على المالك لان دفع المال واجب عليه ولا يتم الا بذلك فيجب عليه
من باب المقدمة ووجه كونه من الزكوة مناسبته لما دخل في العامل من الحساب والكتابة والقسمة والاصح الاول والفرق ان عمل العامل في مال الزكوة بعد تعيينه
بخلاف الكيل والوزن اذ لا يتعين بدونهما ويعلم من الفرق ان المراد بالحساب والقسمة ونحوهما ليس هو الواقع بين العامل والمالك بل ضبط قدر الحق وقسمته
على المستحقين ان فوض اليه ذلك والا اشكل الفرق بين الامرين قوله اذا اجتمع للفقير سببان او ما زاد الفائدة على تقدير البسط ظاهرة وعلى عدمه تظهر
فيما لو اتفق الحاجة المعتبرة في احد الوجوه فانه يجوز ان يزاد بسبب الاخر كما لو اعطي ما يغني بدينه وكان عاملا يجوز ان يعطى بسبب العمل وهكذا ولو كان فقيرا
والدفع دفعة لم ينحصر العطاء في قدر قوله اقل ما يعطى الفقير ما يجب في النصاب الاول المشهور ان هذا التقدير على سبيل الاستحباب دون الوجوب بل ادعى عليه في التذكرة الاجماع
مع انه نقل الوجوب عن جماعة منا واكثر الاصحاب والاخبار على ان اقل ما يعطى الفقير ما في النصاب الاول لا الثاني وهذا الحكم انما هو حيث يمكن امتثاله
فلو كان عند المالك نصابان اول وثان جاز ان يعطى ما في الاول لواحد وما في الثاني لاخر من غير كراهة ولا تحريم على القولين ويحتمل اعطاء الجميع لواحد ان لم
يتكمل من النصب المتاخرة بقدر النصاب الاول للقدرة على الامتثال والتقدير بخمسة دراهم ونصف دينار يؤذن بان ذلك مختص بزكوة النقدين فلا يتعدى
الحكم الى غيرهما وان فرض فيه نصاب اول وثان والا لزم وجوب اخراج القيمة او استحبابه ولا يقولون به وقيل يتعدى فلا يدفع للفقير اقل ما في النصاب الاول والثاني
على حسبه ويحتمل تقديره باقل ما يعطى بقدر زكوة النقدين عملا بظاهر الخبر فيعتبر قيمة المخرج ان لم يكن من النقدين باحدهما وهذا هو الاجود ولو فرض انه عنده
بقصر عن ذلك كما لو وجب عليه شاة ولحدة لا تساوي خمسة دراهم اكتفى بدفعها الى الفقير من غير كراهة ولا تحريم ولو لم يكن المال الا نصابا واحدا كالغلات
نفى اعتبار المخرج بقيمة النقدين كما مر الوجهان ولو فضل الحق بعد المؤن عن المقدار اكتفي به ولو زاد بما لا يبلغ قدرا اخر فكما مر قوله اذا قبض الامام الزكوة دعا
لصاحبها وجوبا وقيل استحبابا وجوب الدعاء هو الاجود عملا بظاهر الامر في قوله تعالى وصل عليهم بعد قوله خذ من اموالهم صدقة فان حمل الامر على الوجوب
متعين الى ان يقوم دليل على غيره واختاره المصنف في المعتبر واكثر المتاخرين عنه وكذا يجب على نائبه خصوصا وعموما كالساعي والفقيه دون الفقير بل يستحب
وهل يجب الدعاء بلفظ الصلوة قيل به لذلك عملا بظاهر الاية وتاسيا بالنبي فانه قال اللهم صل على آل ابي اوفى لما جائته زكوتهم والوجه الاجزاء بمطلق
الدعاء لان معنى الصلوة لغة والاصل هنا عدم النقل فيجوز ان يقول اجرك الله فيما اعطيت وبارك لك فيما ابقيت ونحوه واعلم انه قد استفيد من
الاية والرواية جواز الصلوة على غير النبي كما ذهب اليه الاصحاب والعامة واتفقوا على الدلالة وخالفوا في المدلول لوجه غريب قوله بمهارت وما شابهه
من المشتبه شراء الوكيل ودفعه اليه من دينه مع موافقته له في الجنس والوصف قوله ويكتب في الميسم هو بكسر الميم وفتح السين المكواه بكسر الميم ايضا ويستحب ان
يضيف الى ما ذكر اسم الله تعالى وفائدة الوسم تميزها لئلا يشتبه ومعرفة مالكها بها لئلا ينتقل اليه باختياره قوله وان كان افتراقهما الانتزاع في الاصل

الكلام المرتجل وسؤال الشيء من غيره ونحوه والمراد هنا تاخير الزكوة بغير سبب مبيح له وقد تقدم الكلام في ذلك قوله ولا يجوز تقديمها قبل وقت الوجوب المراد
تقديمها زكوة بالنية فان ذلك غير مجز لانها عبادة موقتة فلا يتقدم على وقتها وقد روي عن الصادق حين سئل عن تقديمها فقال الا انه ليس لاحد ان يصلي
صلوة الا لوقتها فكذلك الزكوة وكل فريضة انما تؤدى اذا حلت وجوز بعض الاصحاب تقديمها وتسمى زكوة معجلة ويترتب عليها بعض الاحكام الاتية ومعنى
قول المص لا يجوز تقديمها انه لا يجزي بل يقع الدفع فاسدا فلا يستبيح القابض التصرف مع علمه بالحال ويحتمل ان يريد به التحريم كما هو الظاهر ويتوجه ذلك
مع اعتقاده شرعية الفعل فان ذلك تشريع محرم عند المص قوله ولو كان النصاب بالقرض لم يجب الزكوة سواء كانت عينه باقية او تالفة على الاشبه
رد بذلك على الشيخ حيث ذهب الى ان المقترض لا يملك العين المقترضة الا بالتصرف فمع بقاء عينها تكون باقية على ملك المقرض فلا يتم النصاب بها ومختار
المص انه يملك بالقبض مع العقد لان التصرف فرع الملك فلو كان مشروطا به لدار وسيأتي الكلام فيه ان شاء الله وح فيكمل النصاب بها قوله ولو خرج
المستحق عن الوصف استعيدت جواز الاستعادة لا يتوقف على خروج القابض عن وصف الاستحقاق بل له ان يستعيدها منه كما سيأتي وان كان باقيا على
الاستحقاق ويعطيها غيره او يعطيه غيرها او يعطيه عين ما ومع خروجه عن الوصف لا يتعين على المالك استعادتها بل عليه ان يخرج الزكوة منها او
من غيرها وكذا الحكم في حق القابض فانه مع طلب المالك يجب عليه الوفاء مع الامكان وان كان مستحقا ففي العبارة تجوز والامر سهل قوله ولو ان يمنع من اعادة
العين ببذل القيمة عند القبض كالقرض هذا اذا كانت قيمية والا وجب مثلها وعلى التقديرين له الامتناع من اعادة العين بناء على ما تقدم من ان المقترض
يملك العين بالقبض فيجب عليه فيمنح ان كان قيميا لانه اول زمان دخوله في ملكه والامثلة وفيه بذلك على خلاف الشيخ والمراد بالقرض المشبه به
في قوله كالقرض الماهية الكلية الشاملة لجميع افراده والمشبه هو الفرد الخاص منها وهو المبحوث عنه وبينهما تغاير يجوز تشبيهه به والتقدير كما ان جميع افراد
القرض كذلك فلا يرد انه شبه الشيء بنفسه قوله لو دفع اليه شاة فزادت زيادة متصلة كالسمن او قد تقدم ان الحكم عند المص ان المقترض يملك العين
بالقرض والقبض ويجب عليه مثلها او قيمتها بل لا يستبعد ثبوت المثل الى لزوم المثل مطلقا وان له استرجاع الحق وان بقي القابض على صفة الاستحقاق ففي العبارة
تسامح ان الاول حكمه بعدم جواز استعادة العين مع الزيادة المتصلة ومن المعلوم ان المالك يوجب تخيير المقترض عند الوفاء في تعيين الافراد المطابقة للحق
من المال الموجود في يده وغيره فلا وجه للحكم بعدم جواز اعادة المقترض العين مع الزيادة على مذهب المص اما على مذهب الشيخ في المجوز بان على ملك المقرض
فله اخذه سواء كانت الزيادة متصلة ام منفصلة والاعتذار بانه اراد بذلك التنبيه على ثبوت الحكم عند الجميع حتى من يرى ان الواجب في القيمي المثل فان
المماثلة منفية هنا بسبب الزيادة لا يدفع لان وجوب المثل لا ينحصر في هذا الفرد الثاني يفيد المنع بارتفاع الفقر لا وجه له ايضا فان التفريع على كونها
لا زكوة معجلة يوجب التسوية في جواز الاستعادة بين بقاء الفقر وارتفاعه ويمكن دفع الاولى ببنائها على ان الواجب في القيمي كما رجحه في بابه ونظر القائل
فيما لو لم يوجد من امثال الشاة المدفوعة شيء فانه لا يجب دفعها لمكان الزيادة والثانية بانه مع بقاء الاستحقاق لا اثر مهم في الاستعادة فلذا لم يذكر
تلك الحالة في الفرض ولا يخفى ان امثال هذه الاعذار لا تخل بالمسامحة قوله وللفقير بذل القيمة بناء على ان الواجب المثل مط والا لم يظهر للحكم فائدة وقد
تقدم في قوله ببذل القيمة عند القبض ما يدل على اختيار القيمة والعذر عنه بانا لو قلنا بالمثل فالحكم كذلك ان لم يوجد غيرها قوله لكن لو دفع الشاة لم
يجب عليه دفع الولد بناء على ان المدفوع المثل مع بقاء الام على الوصف ونبه بعدم دفع الولد على خلاف الشيخ كما مر فانه لم يفرق بين الزيادة المتصلة والمنفصلة
قوله لو نقصت قبل ردها ولا شيء على الفقير والوجه لزوم القيمة اه القول للشيخ بناء على ما تقدم وما استوجهه المص اوجه بناء على لزوم القيمة او المثل مع تعذر
غيرها مع احتمال جواز دفعها مع الارش قوله او استغنى بعين المال الى قوله استعيد انما جاز اخذها مع استغنائه بعينه لانه لو اخذت منه صار فقيرا وقد ثبت مثله
او قيمته في ذمته فهو في قوة الفقير بخلاف ما لو استغنى بغيره وفي حكم غنائه بها ما لو كان علة ناقصة في الغناء بان اجتمع منه ومن غيره وفي حكم غناه بعينه
غناه بنمائه لان الواجب عليه المثل او القيمة والنماء مستمر في ملكه خارج عنها قوله والمراعى نية الدافع ان كان مالكا اه اعلم ان النية معتبرة في الزكوة عند
الدفع لكن الدفع قد يكون الى المستحق وقد يكون الى من يدفعه اليه وهو اما وكيل المالك لا غير او وكيله ووكيل المستحق وهو الامام وساعيه والفقيه مع
تعذرهما والدافع الى المستحق اما المالك او احد الاربعة فان دفع المالك الزكوة الى المستحق ابتداء اجزاه قطعا وان دفعها الى احد الاربعة ونوى
عند الدفع اليه ونوى المدفوع اليه عند الدفع الى المستحق اجزا ايضا بل هو الافضل وان اقتصر على نية احدهما فان كان الناوي هو المالك عند الدفع الى
احدهم ففي الاجزاء به قولان اجودهما ذلك في غير وكيله المختص به لان يده كيده فنيته عند الدفع اليه كنيته وهي في يده وان كان الناوي هو الدافع الى
المستحق ففي الاجزاء به وجهان ايضا والاصح الاجزاء به مط وكذا لو لم ينو الدافع الى المستحق ولكن نوى المالك عنده وفي حكم نية المالك عند الدفع الى الامام
نية الساعي خاصة عند الدفع اليه اذ اثره في ذلك قول المص والمراعى نية الدافع ان كان مالكا اه يشمل كل واحد من الدافعين الا انه اظهر في الدلالة على ان
المراد به الدفع الى المستحق لكنه يقتضي ان نية المالك عند الدفع الى الوكيل كافية وهو ضعيف ويمكن ان يريد بقوله جاز ان يتولى النية كل واحد من المالك
والدافع ان المالك يجزي نيته عند دفع احد الثلثة فيزول الاشكال بالنسبة الى فرض نيته عند الدفع الى احدهم مسكوتا عنه مع ان المص في المعتبر منع من اجزاء
نية كل واحد من الوكيل والموكل خاصة فضلا عن الاجزاء بنية الموكل عند الدفع الى الوكيل قوله وتتعين عند الدفع المراد بالدفع هنا الدفع الى المستحق
ووجه التعين انه لو فات محل النية فان كان المراد بالدفع في الاول العام فالتعيين هنا ظاهر وان كان المراد به الدفع الى المستحق فالمراد هنا بيان وجوبه
المضيق اذ ليس فيما تقدم اشعار به قوله ولو نوى بعد الدفع لم يستبعد جوازه مع بقاء العين او تلفها وعلم القابض بالحال وهو انها زكوة غير منوية فانه
لا يملكها ويضمنها مع التصرف فيصح احتسابها ما يثبت في ذمته من عوضها عليه قوله ولا يفتقر الى نية الجنس الذي يخرج منه لا فرق في ذلك بين ان يكون
محل الوجوب عنده متعددا او متحدا ولا بين ان يكون الحق متحد النوع كما لو كان عنده اربعون من الغنم وخمس من الابل او مختلفة كنصاب من النقدين والحر

م من التمر ولا بد ان يكون المدفوع من جنس احدهما او من غير جنسهما فانه اذا اخرج عما في ذمته صح وبقي عليه ما زاد من عينه او قيمته وهل يبقى له بعد ذلك صرفه الى ما
شاء منهما ام يتوقع صح فيكون بالاول ولختار الشهيد ره الثاني وهو الاجود وتظهر الفائدة فيما لو وجب عليه شاتان في المثال الاول فاخرج شاة ثم تلف احد
النصابين قبل التمكن من اخراج الثانية فعلى الاول له صرف المخرج الى ايهما شاء فان صرفها الى الباقي برئت منه وعلى الثاني يسقط عنه نصف شاة ولو تلف النصف
سقط ربع وهكذا ويمكن وقوع عدم التمكن من دفع الثانية مع القدرة على دفع الواحدة بان لا يجد من يستحق الا واحدة كابن السبيل ومن يتوقف تكمله قوت سنته
على شاة لا غير قوله ولو قال ان كان مالي الغائب باقيا فهذه زكوته اه الفرق بين المسئلتين ان النية حاصلة في المسئلة الاولى مجزوم بها وانما التردد في المنوي
لانه جازم بالوجوب على تقدير سلامة المال وبالنفل على تقدير تلفه وارتكاب مثل ذلك جائز للحاجة اذ لا وثوق باحد الامرين فجاز تلفه فلو اطلق الوجوب
لم يكن زكوة ولا صدقة وقد وقع مثل ذلك في قضاء الصلوة المجهولة العين ولو فرض عدم الحاجة اليه لم يصح كما لو كان جازما بسلامته بخلاف الثانية
فان التردد فيها في نفس النية لان التقدير ان كان مالي باقيا فهذه زكوته او نافلة فقد تردد على تقدير واحد وهو كون المال معلوم الوجود والزكوة معلومة
الوجوب بعينه وبين الندب فلا يصح واعلم ان الشيخ ادعى الاجماع على صحة النية في المسئلة الاولى فارتفع الاشكال مع ما تقرر من الوجه قوله ولو كان له مال الان
متساويان حاضر وغائب اه قد تقدم الكلام في ذلك وانه لا فرق بين المالين المتساويين والمختلفين ولا بين الحاضرين والغائبين والمتفرقين ولعل تقييد
الثانية اصل الوجوب بما لا قدر الواجب كالاربعين من الغنم والخمس من الابل فلا نكتة في ذكره اذ جواز الاطلاق في المختلفين اغرب قوله وكذا ان قال ان كان
مالي الغائب سالما يحتمل ان يكون منه المسئلة السابقة بمعنى جواز اخراج بعض الحق عن مالين غائب وحاضر وان ضم الى ذلك تقييد الغائب بكونه سالما ووجه
الجواز مع ما تقدم ان التقييد بسلامة الغائب معتبر وان لم يذكر لان الوجوب فرع سلامته فلا يضر التقييد لانه الواقع ويحتمل ان تكون مستقلة براسها
والمراد انه نوى الاخراج عن ماله الغائب ان كان سالما ووجه الصحة ما مر وهذا الاحتمال الصق بالمقام وربما احتمل ان يريد بمعنى ثالثا وهو ان يكون المراد انه
لو كان له مالان متساويان حاضر وغائب فنوى المخرج عن الغائب ان كان سالما والا فعن الحاضر ووجه الاجزاء الجزم بالنية على كلا التقديرين وهذا الحكم
صحيح الا ان حمل العبارة عليه يحتاج الى تكلف وقيود خارجة من المتن قوله ولو اخرج عن ماله الغائب ان كان سالما ثم بان تالفا جاز نقلها الى غيره على الا
وجه الجواز تقييد الاخراج على وجه معين وقد ظهر خلافه فيبقى على ملكه فيصرفه الى ما شاء ووجه العدم فوات محل النية وهو حال الدفع والاصح التفصيل
وهو ان الشرط المذكور ان كان قد صرح به بحيث علمه القابض جاز نقله الى ما شاء لتبين عدم انتقاله عن ملكه بتلف المال سواء كانت عين المدفوع باقية
ام تالفة ومحل النية باق لما تقدم من جوازها بعد الدفع على التفصيل وان نواه من غير اعلام القابض جاز النقل مع بقاء العين خاصة والفرق بين هذه
المسئلة وما قبلها على الاحتمال الثاني وهو كونها مستقلة ان الاولى لبيان صحة النية وفي هذه تفريع على الصحة بجواز النقل قوله زكوة الفطرة
الفطرة لغة الخلقة وقد فطره فطرا بالفتح اي خلقه ويقال على الابتداء والاختراع قال ابن عباس ما كنت ادري ما فاطر السموات حتى اتاني اعرابيان يختصمان
في بئر فقال احدهما انا فطرتها اي انا ابتدأتها ويقال ايضا على الفطرة الاسلامية قال الله تعالى فطرة الله التي فطر الناس عليها والفطر بالكسر افطار الصائم
ويمكن اخذ زكوة الفطرة من كل واحد من المعاني الثلثة والمعنى على الاول زكوة الخلقة اي البدن ومن ثم قسموا الزكوة الى مالية وبدنية وعلى الثاني زكوة
الدين والاسلام ومن قرائنه وجوب الزكوة على من اسلم قبل الهلال ولو بلحظة وعلى الثالث زكوة الافطار وترك الصوم كانه فدية عن تركه وتقديم صدقة
عوضا عنه وقد روى اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلام انه قال لبعض اصحابه اذهب فاعط عن عيالنا الفطرة وعن الرقيق واجمعهم ولا تدع منهم احدا فانك ان تركت منهم
انسانا تخوفت عليه الفوت قال قلت له وما الفوت قال الموت وهذه الرواية تؤيد كون المراد بالفطرة الخلقة والبدن فان زكوة الفطرة حافظة
البدن وتتمته تكذا رواه وابو بصير عنه ع ان تمام الصلوة اعطاء الفطرة ومن صام ولم يؤد الزكوة فلا صوم له اذا تركها متعمدا ولا صلوة له ان الله قد بدا بها
قبل الصلوة وقال قد افلح من تزكى وذكر اسم ربه فصلى وهذه الرواية تناسب كونها زكوة الدين وان المراد بالفطرة ولعل الشرع في تسميتها زكوة الفطرة اشار الى
بين ما ذكر لتضلح الجميع قوله ولا المكاتب المشروط وهل يجب فطرته على مولاه قبل الانقطاع تصرفه عنه والمشهور الوجوب سواء عاله ام اكل من كسبه ما لم يعله
غيره قوله ولا المطلق الذي لم يتحرر منه شيء بل يجب على مولاه الا مع عيلولة غيره له وقيل يسقط عنهما معا قوله ولو تحرر وجبت عليه بالنسبة والباقي على المولى
وقيل لا يجب لعدم الفطرة عليهما لانتفاء الحرية والمملوكية قوله وضابطه من لا يملك قوت سنته له ولعياله وهو الاشبه الضابط من يستحق اخذ الزكوة لفقره ويخرج
منه القادر على قوت السنة فعلا او قوة كالمحترف والغارم مع ملكه لقوت سنته ولا يشترط ان يفضل عن قوت سنته اصواعا بعدد من يخرج عنه مع احتماله
واوله لسنة العيد قوله ويستحب للفقير اخراجها واقل ذلك ان يدير صاعا على عياله ثم يتصدق به ومعنى الادارة ان يأخذ صاعا ويدفعه الى احد عياله المكلفين
ناويا بها عن نفسه ثم يدفعه الاخر عن نفسه الى الاخر وهكذا ثم يدفعه الاخير الى المستحق الاجنبي ولو دفعه الى احدهم جاز ايضا بل هو الظاهر من الادارة ولو كانوا غير
مكلفين او بعضهم تولى ذلك الولي عنه ولا يشكل اخراج ما صار ملكه عنه بعد النفي وثبوت مثله في الزكوة المالية قوله من زوجة وولد وما شاكلهما شرط
في الزوجة وجوب النفقة فلا تجب الزكوة عن الناشزة والصغيرة خلافا لابن ادريس ولا يشترط الدخول والمطلقة رجعية زوجة قوله وضيف وما شابه
الضيف تقبل الانسان وان لم يكن قد اكل عنده لان ذلك هو المفهوم منه لغة وعرفا ولا يشترط ان يفطر عنده مجموع الشهر ولا نصفه ولا الثاني ولا العشر الاخر
ولا الليلتين من اخره ولا اخر ليلة على الاصح بل يكفي نزوله عليه قبل دخول شوال وبقاؤه عنده الى ان يدخل ولو تعدد المضيف وجبت عليهم بالنسبة ولا فرق
بين من افطر عنده منهم وغيره ولا بين اكله من ماله ليلة العيد وعدمه والمراد بمشابهته من يعوله الانسان تبرعا قبل هلال شوال كاملا ولعبد الاجير وان
عاله ان شرط النفقة او قلنا بانها على المستاجر والا فانه كحكم الضيف وانما يجب على المضيف مع يساره كما نبه عليه بقوله ومع الشروط يخرجها فلو اعسر
يجب على الضيف الموسر ولو تبرع المعسر باخراجها عنه ففي الاجزاء قولان وجزم الشهيد بعدمه وهو حسن مع عدم اذن الضيف والا فالاجزاء احسن والظاهر

موضع الاشكال ما لو كان الاخراج بغير اذنه ولو تبرع الضيف باخراجها عن الموسر توقفنا الاجزاء على اذنه وكذا القول في الزوجة وغيرها قوله ما لم يعل العبد اه
المراد بصلوة العبد هنا وقتها والضابط في الاستحباب حصول الشرط قبل الزوال قوله وان لم يكونا في عياله اذا لم يعلهما غيره هذا اذا كان المعيل لهما مخاطبا
بالزكوة بان كان موسرا والا فالزكوة على المولى والزوج قوله وفيه تردد منشاؤه الشك في كون السبب هو العيلولة او الزوجية والمملوكية وظاهر النص والمشهور
الثاني فيجب عنهما وان لم يعلهما كما مر قوله كل من وجبت زكوته على غيره سقطت عن نفسه لا فرق في ذلك بين علمه باخراج من وجبت عليه وعدمه مع احتمال
الوجوب عليه لو علم بعدم اخراج المكلف بها قوله اذا كان له مملوك غائب يعرف حيوته اه لا فرق في ذلك بين المملوك وغيره ممن يجب نفقته كالزوجة والولد
وانما ذكر المملوك على وجه التمثيل او لدفع توهم ان زكوته متعلقة برقبته كالزكوة العينية فلما لم يمكن التوصل اليها لا يجب اخراجها بخلاف غيره فانه لا
يتوهم فيه ذلك ويفهم من العبارة انه لو لم يعرف حيوته لم يجب كونه وهو موضع خلاف في الوجوب وجه لاصالة البقاء الى ان يحكم بموته شرعا واكتفى العلامة
بغلبة ظن الموت وهو متجه قوله اذا كان العبد بين شريكين فالزكوة عليهما فان عاله احدهما فالزكوة على العائل المشهور وجوب زكوة المشترك على الشركاء
بالحصص ثم ان اتفقت اقواتهم فالاولى اتفاقهم في جنس المخرج ليصدق اخراج الصاع ولو اخرج كل واحد من جنس فالاجود الصحة وفاقا للشهيد ره ولو
ولو اختلفت اقواتهم جاز اختلافهم في المخرج ولا فرق في وجوبها عليهم بين تهاياتهم فيه واتفاق الوقت في نوبة احدهم وعدمه وان كان صاحب النوبة ينفق
عليه الا ان يتحقق منه التبرع بالنفقة والمراد بقوله وان عاله احدهما وجبت على العائل تبرعا لا كونه في نوبته فقد وجبت زكوة مملوكه وماله وكذا زكوة
غيره ممن يجب عليه فطرته وتخصيص المملوك بالذكر اما على وجه المثال او لدفع توهم تعلق زكوة العبد برقبته فيقدم على الدين كالعينية او لبيان ثبوت حكمها
بعده وهو ما لو مات قبل الهلال فان ذلك مختص بالعبد بناء على القول بعدم انتقال التركة التي من جملتها العبد الى الوارث على تقدير وجود الدين الا
بعد وفائه قوله ولو مات قبل الهلال لم يجب على احد الا بتقدير ان يعوله بناء على ان التركة قبل وفاء الدين على حكم مال الميت سواء كان مستغرقا لها
ام لا ومن ثم اطلق الدين ولو قلنا بانتقالها الى الوارث وان منع من التصرف فيها قبل وفاء الدين كما هو الاجود كانت الزكوة على الوارث قوله وان قبل بعده
سقطت وقيل يجب على الورثة وفيه تردد منشا التردد الشك في كون قبول الوصية ناقلا للملك الى الموصى له من حينه او كاشفا عن سبق ملكه من حين موت
الموصي فعلى الاول يسقط عن الوارث بناء على ما اختاره المص من ان التركة مع الوصية والدين باقية على حكم مال الميت لا ينتقل الى الوارث وعن الموصى له لعدم
انتقالها اليه قبل تحقق سبب النقل وهو القبول ويحتمل على القول بانه ناقل وجوبها على الوارث بناء على انه مالك وان امكن تجدد الانتقال عن ملكه لا نتقال
التركة عن مال الميت بموته واستحالة بقاء الملك بلا مالك وعلى الثاني يحتمل وجوبها على الموصى له لتبين ملكه حين الوجوب وعدمه لاستحالة تكليف الغافل
ووجوبها على الوارث ان قلنا بانتقال التركة اليه لانه المالك ظاهرا ومن الممكن حين تعلق الوجوب برد الموصى له الوصية فمن ثم تردد المص والاصح وجوبها
على الموصى له لما سيأتي انشاء الله تعالى من ان القبول كاشف وعدم علمه حين الوجوب لا يمنع لانه انما يخاطب حالة العلم كما لو ولد له ولد ولم يعلم به حتى دخل
شوال ولو رد الوصية وجبت على الوارث بناء على انتقال التركة اليه قوله ولو قبل ولو قبل وما ت ثم قبض الورثة قبل الهلال تجب عليهم وفيه تردد من ان
قبض الموهوب هل هو شرط في صحة الهبة او في لزومها والمشهور الاول فتبطل الهبة بموته ويجب الفطرة على الوارث او ورثته قوله والضابط في ذلك اخراج ما كان
قوتا غالبا خالف في ذلك جماعة وحصروه على الغلات الاربع والاصح ما هنا القول الصادق ع من اصاب قوتا فعليه ان يؤدي من ذلك القوت ويحمل الرواية المقصورة
على الاربع على الافضل فيجوز الاخراج من الذرة والدخن اصالة اذا غلبا في قوت احد قوله ومن غير ذلك يخرج بالقيمة السوقية المشار اليه بذلك هو ما كان
قوتا غالبا الا الاجناس المذكورة والحاصل ان الاجناس المذكورة يجوز اخراجها اصلا وان لم تكن غالبة في قوت المخرج وما عداها يعتبر فيه كونه غالبا والا
اخرج قيمته قوله والافضل اخراج التمر ثم الزبيب انما كان التمر افضل لانه اسرع منفعة واقل كلفة لاشتماله على القوت والادام ومثله الزبيب بخلاف
غيرهما فانه يحتاج في الانتفاع به الى ضرب من العمل او يصلح لاحد الامرين خاصة كاللبن فانه يؤدم به غالبا وقد اشار الى هذا التعليل في صحيحة هشام بن الحكم
عن الصادق ع قال التمر في الفطرة افضل من غيره لانه اسرع منفعة وذلك انه اذا وقع في يد صاحبه اكل منه قوله ومن اللبن اربعة ارطال وفسره قوم بالمدني فيكون
ستة ارطال بالعراقي والاصح وجوب صاع من اللبن كغيره قوله وربما نزل على اختلاف الاسعار القائل بهذا بين التقدير بن غير معروف نعم ورد بهما روايتان
وحملنا على ما ذكره المص من اختلاف الاسعار وان قيمة الصاع من احد الاجناس كانت في وقت السؤال مساوية لذلك التقدير ومن اعترف بعدم العلم با
لقائل العلامة في المختلف قوله ولا يجوز تقديمها قبل الاعلى سبيل القرض على الاظهر يمكن عود الخلاف الى تقريب الغاية وهو تقديمها على الهلال قرضا فان
المشهور جواز تقديمها زكوة من اول شهر رمضان وعوده الى جميع ما تقدم الذي اوله قوله ويجب بهلال شوال وقد ذهب بعض الاصحاب الى ان اول وقتها طلوع
فجر يوم الفطر وما اختاره المص من اول وقتها الهلال جيد والمراد به دخول شوال واما تقديمها قرضا قبله فهو احوط غير ان الاصح جواز التقديم من اول
الشهر لصحيحة الفضل بن زرارة وبكير ابني اعين ومحمد بن مسلم وجماعة عن الصادقين ع وقالا يعطى يوم الفطر قبل الصلوة فهو افضل وهو في سعة ان يعطيها
من اول يوم يدخل من شهر رمضان اه قوله وان لم يكن قد عزلها قيل سقطت وقيل يأتي بها قضاء المراد بالعزل تعيينها في مال خاص بقدر ها في وقتها ما ينبغي
وفي تحقق العزل مع زيادة عنها احتمال ويضعف بتحقق الشركة وان ذلك يوجب جواز عزلها في جميع ماله وهو غير المعروف من العزل ولو عزل اقل منها اختص
الحكم به ولوجود الاقوال وجوب قضائها مع خروج وقتها وعدم العزل قوله ولا يجوز حملها الى بلد اخر مع وجود المستحق ويضمن اه الكراهة مع اخراجها
في الوقت واضح وقد مر مثله في المالية قوله ومع التعذر الى فقهاء الشيعة المؤمنين كما مر في زكوة المال قوله ولا يعطى غير المؤمن او المستضعف مع عدمه
الاجود الاقتصار على المؤمن مطلقا فيعزلها مع تعذره ويتوقع المكنة قوله ولا يعطى الفقير اقل من صاع الا ان يجتمع اه هذا على سبيل الوجوب عند اكثر علمائنا
بل ادعى المرتضى عليه الاجماع والرواية مرسلة والوجه الاستحباب ولا فرق في ذلك بين الصاع المخرج عنه وعمن يعول قوله ويستحب اختصاص ذي القرابة

بهاشم الجيران مع اتصافهم بالصفات المقتضية للاستحقاق لقوله لا صدقة وذو رحم محتاج وقوله جيران الصدقة احق بها ويستحب تخصيص اهل الفضل بالعلم والزهد وغيرهما وترجيحهم في سائر المراتب كتاب الخمس الخمس حق مالي يثبت لبني هاشم في مال مخصوص بالاصالة عوضا عن الزكوة فالحق بمنزلة الجنس يشمل الزكوة وغيرها وخرج بالمالي غيره كالولاية الثابتة للامام على بعضه وخرج بني هاشم حق الزكوة وخرج بنو المطلب فقد قيل باستحقاقهم له وخرج بقيد الاصالة ما لو نذر لهم نذرا ما فانه لا يسمى خمسا وان لاحظ في النذر كونه عوضا عن الزكوة لكونها لا تحل لهم واشار بقيد العوضية الى ان الله سبحانه فرض خمس الرسول ولقبيلته اكراما لهم وعوضا عن الزكوة التي هي اوساخ الناس وتوسعة عليهم وتشريفا لهم بزيادته وكثرة موضوعه وقلة شروطه ودفع تهمة المسامحة في اخذه بيد اشتراكه فيه بنفسه وتثنيته برسوله وجعله شرط الايمان بالله وبما انزل على رسوله وكل هذه المزايا زائدة على الزكوة قوله غنائم دار الحرب اي دار ما غنم منها باذن النبي او الامام والاكان المغنوم بالجمعة له كما سيأتي وفي حكم غنيمة دار الحرب غنيمة مال البغاة التي حواها العسكر عند الاكثر وسهم المصنف وكان عليه ان يذكرها ايضا وكذا فداء المشركين وما صولحوا عليه قوله المعادن جمع معدن بكسر الدال وهو هنا كل ما استخرج من الارض مما كان منها بحيث يشمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها ومنها الملح والجص وطين الغسل وحجارة الرحى والمغرة واشتقاقها من عدن بالمكان اذا اقام به لاقامتها في الارض ومنه جنات عدن قوله والزبرجد هو بفتح الزاء والباء والجيم جوهر مخصوص قوله والنفط بفتح النون وكسرها والكسر افصح دهن مخصوص قوله وقيل لا يجب حتى يبلغ عشرين دينارا وهو المروي ويكفي في حصوله ما قيمته عشرون دينارا واكتفى الشهيد ره وجماعة ببلوغه مائتي درهم لانها كانت قيمة العشرين دينارا في صدر الاسلام والرواية لا تدل عليه ولا يشترط اتحاد زمان الاخراج ولا اتصال النية بل لو اعرض عنه ثم تجدد له العزم ضم بعضه الى بعض خلافا للفاضل وكذا لا يشترط اتحاد نوعه بل يضم بعض الانواع الى بعض ويعتبر النصاب في المجموع ولو اشترك فيه جماعة اعتبر بلوغ نصيب كل واحد نصابا والمعتبر اخراج خمسه مخرجا ان لم يفتقر الى سبك وتصفية والا اعتبر بعدهما ولو لم يخرج منه حتى عمل الآلات زائدة على ذلك كالحلي اعتبر في الاصل نصاب المعدن وفي الزائد حكم المكاسب وكذا لو اتجر به قبل اخراج خمسه قوله والاول اكثر اي اكثر الاصحاب لم يعتبروا فيه نصابا بل اوجبوا الخمس في الزائد عن المؤنة وان قل قوله وقيل لا يجب حتى يبلغ عشرين دينارا اي من حيث كونه معدنا وذلك لا ينافي الوجوب من حيثية اخرى لكونه من جملة المكاسب فلو قصر عن نصاب المعدن ما يعتبر في المكتسب قوله كل مال مذخور يعتبر في الادخار كونه مقصودا لتحقق الكنز فلا عبرة باستتار المال بالارض بسبب الضياع بل يلحق باللقطة ويعلم ذلك بالقرائن الحالية كالوعاء قوله عشرين دينارا اطلق المصنف وجماعة اعتبار نصابه بعشرين دينارا ولم يذكروا اعتباره بمائتي درهم مع مساواتها في صدر الاسلام له وقد تقدم بالمعدن الخلاف فيها وان الشهيد ره الحقها بها لكنه توقف هنا قال في البيان ويمكن الحاق نصاب الفضة بها والذي في صحيحة البزنطي عن الرضا حين سئله عما يجب فيه الخمس من الكنز فقال ما يجب الزكوة في مثله ففيه الخمس فينبغي القطع هنا بالاكتفاء بمائتي درهم للرواية قوله وكان في ارض دار الحرب وليس عليه اثره لا فرق في كنوز دار الحرب بين ان يكون عليه اثر الاسلام اولا وانما يعتبر ذلك في كنز دار الاسلام فالكنز اربعة اقسام منها ثلثة وهو كنز دار الحرب مع وجود اثر الاسلام وعدمه وكنز دار الاسلام مع عدمه لواجده وعليه الخمس مع الشرط والقسم الرابع كنز دار الاسلام مع وجود اثره والاصح انه لقطة كما سيأتي وفي حكم دار الحرب دار حربي معين في دار الاسلام ويعتبر في كنز دار الاسلام وجوده في ارض غير مملوكة للغير والا فسيأتي حكمه والمراد باثر الاسلام اسم النبي او احد ولاة الاسلام قوله ولو وجد في ملك مبتاع عرفه البائع فان عرفه فهو احق به وان جهله فهو للمشتري اه المراد بالبائع هنا الجنس فيعرف كل بائع للملك ان امكن والا اقتصر على الممكن ويبدء بالاقرب اليه فالاقرب فمتى عرفه القريب لا يفتقر الى سؤال البعيد بل لو عرف وادعى به اجمع لم يلتفت الى قوله بدون البينة ويقبل قول البائع من غير بينة ولا يمين ولا وصف على ما يشيره السابقة وتخصيص البائع بالذكر على وجه المثال فلا يختص به بل يتعدى الى الواهب والمصالح ووارث كل واحد منهم وكذا القول فيما لو انتقل اليه بالارث ولو تعدد الوارث او المالك في جميع الفروض واتفقوا على نفيه او ملكه فلا اشكال فيقسم بينهم في الثاني حسب ما يقتضيه الملك وان اختلفوا فحكم المعترف حكم المالك فيختص به مع احتمال ان لا يعطى المعترف في صورة الارث الاحصته منه هذا اذا لم يصرح المدعي بكون سبب الملك هو الارث والاقوى الاحتمال فيوقف حصة الباقين وينبغي تقييد ما حكم به للواجد بعدم وجود اثر الاسلام عليه والا فلقطة اذ لا يقصر ذلك عما وجد في الارض المباحة قوله وكذا لو اشترى دابة فوجد في جوفها شيئا له قيمة ولو ابتاع سمكة فوجد في جوفها اه الفرق بين الدابة والسمكة حيث جعل ما يوجد في بطن الدابة كالموجود في ارض مملوكة وفي السمكة كالموجود في ارض مباحة ان الدابة ملك للغير في الاصل ولم عليها يد يقتضي الملك لاجزائها كالارض وان الظاهر ان ما في بطنها لم يعد وجود المالك في الصحراء واعتلافها لم يكونه قد ذهب من المالك في العلف فاكلته بخلاف السمكة فانها في الاصل من جملة المباحات التي لا تملك الا بالحيازة مع النية والصياد انما حاز السمكة دون ما في بطنها لعدم علمه به فلم يتوجه النية بقصد والملك فرع القصد المتوقف على العلم ويشكل اطلاق الحكم في المسئلتين فان الدابة كما تكون مملوكة في الاصل كالفرس ونحوها قد يكون من الدولاب الوحشية التي تملك بالحيازة كالسمكة فلا يتوجه قصد تملكها الى تملك ما لا يعلم في بطنها والسمكة قد تكون مملوكة بالاصل كما لو كانت في ماء محصور مملوك للبائع بحيث يكون منشاؤها فيه فيكون كالدابة بالمعنى الاول فلا بد من التقييد بذلك في المسئلتين ولا يقال ان المراد بالدابة الفرس اذ هي المرادة عند الاطلاق في العرف الخاص لان المراد بها في هذه المسئلة ما هو اعم منها بمرقيه لك عن كلامهم ومن الرواية التي هي مستند الحكم وهي صحيحة علي بن جعفر قال سئلته عن رجل اشترى جزورا او بقرة للاضاحي فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم او دنانير او جوهرة لمن يكون قال فوقع عرفها البائع فان لم يعرفها فالشيء لك رزقك الله اياه وفرق مال العلامة في كرة الى الحاق السمكة بالدابة مطلقا لان القصد الى حيازة السمكة يستلزم القصد الى حيازة جميع اجزائها وما يتعلق بها وفي المسئلتين اشكال اخر وهو اطلاق الحكم بكون الموجود لواجده بعد الخمس في اي فرض ثم فان ذلك انما يتم مع عدم اثر الاسلام والا فلا يقصر عما يوجد في الارض لاشتراك الجميع

فيدل لزاز اثر الاسلام على مالك سابق والاصل عدم زواله فيجب تقييد جواز التملك بعدم وجود الاثر والا كان لقطة في الموضعين وربما اعتذر عما في جوف السمكة بان ما وقع من مال المسلم في البحر ووصل الى جوفها صار كالمعرض عنه فيجوز اخذه نظرا الى ما ورد في كتابه على اخذ السفينة المنكسرة الا ان الحكم في السمكة غير مقصور على الماخوذ من البحر ومع ذلك فالاصل ممنوع قوله تفريع اذا وجد كنزا هذا التفريع احد اقسام المسئلة السابقة وقد صرح بحكمها فيها وانما اعاده ليفرع عليه حكم ما لم يذكره وهو ما يوجد في دار الاسلام وعليه اثره وقد تقدم حكمه والعادي بالتشديد القديم كانه منسوب الى عاد قبيلة وهم قوم هود والمراد هنا ما لم يكن سكنه سكان الاسلام سواء كانت خلية او عادية وخص العادية بناء على الغالب من ان الكنز المذخر لا يكون سكنه الا قديمة قوله كلما يخرج من البحر بالغوص المفهوم من الغوص اخراجه من داخل الماء فلو اخذه من الساحل او عن وجه الماء لم يكن غوصا وفي حكم الغوص ما يخرجه من داخل الماء بالات مع عدم دخول المخرج في الماء ورجح في البيان الحاق ما اخذه من الساحل بالغوص وان لم يدخل في مسماه والحاقه بالمكاسب اولى ولا يعتبر في المخرج بالغوص اتحاد وقت الاخراج بل يضم بعض الدفعات الى بعض وان طال الزمان او نوى الاعراض وفاقا للشهيد ره قوله ولو اخذ منه شيء من غير غوص لم يجب الخمس اه الخمس المنفي هو الواجب من جهة كونه عوضا لا مطلق الخمس وان كانت العبارة توهم ثم ان كان من الجوهر والسمك ونحوهما الحق بالمكاسب ووجب فيه خمسه وان كان عنبرا الحق بالمعدن كما سيأتي ونظهر الفائدة في اعتبار بلوغه الدينار عند الحافر بالغوص والعشرين عند الحافر بالمعدن وزيادته على مؤنة السنة عند الحافر بالمكاسب كما سيأتي قوله العنبر ان اخرج بالغوص لم يمكن الحاق العنبر بالانواع الثلثة المتقدمة فانه مع الاخراج من تحت الماء غوص من وجه من المخرج نصابا المعدن معدن ومع قصوره عنه مكتسب فيلحقه حكم ما الحق به قوله ما يفضل عن مؤنة السنة له ولعياله من ارباح التجارات اه المراد بالمؤنة هنا ما ينفقه على نفسه وعياله الواجبي النفقة وغيرهم كالضيف والهدية والصلة لاخوانه وما ياخذه الظالم منه قهرا او يصانعه به اختيارا والحقوق اللازمة له بنذر او كفارة ومؤنة التزويج وما يشتريه لنفسه من دابة ولة وثوب ونحوها ويعتبر في ذلك ما يليق بحاله عادة فان اسرف حسب عليه ما زاد وان قتر حسب له ما نقص ولو استطاع للحج اعتبرت نفقته من المؤن لكن جميع ذلك انما يستثنى من ربح عامه فلو استقر الوجوب في مال بان مضى عليه الحول وان لم يكن شرطا في الوجوب لم يستثن منه ما يتجدد من المؤن فلو حصلت الاستطاعة للحج من فضلات في احوال متعددة وجب الخمس فيما سبق على عام الاستطاعة وكانت مؤنة الحج في ذلك العام من جملة مؤنة السنة اذا صادف سير الرفقة حول تلك الفضلة والا كانا لفضلة المتقدمة كما لو كان اول حول فضلة الوجوب مضان فمضى شعبان المكمل لحولها قبل سير القافلة الى الحج وقد يكمل عنده ما يكفي الحج فانه يجب الخمس في تلك الفضلة وان كانت الاستطاعة للحج حصلت في تلك السنة والظاهر عدم اشتراط سفره في سقوط خمس فضلة عام الاستطاعة بل هو مع عدم السفر بمنزلة المقتر فيحتسب له وان اثم بالتاخير ولو تعدد السفر تلك السنة لم يحتسب لعدم الوجوب وليس ببعيد الحاق اسفار الطاعة كالزيارات والحج المندوب بالواجب ويجبر خسران التجارة ونحوها بالربح في الحول الواحد ويلحق بالمؤنة وكذا الدين السابق والمقارن للحول مع الحاجة اليه والا لم يجبر نعم القصد عن المال بالربح مط ولو كان له مال اخر لا خمس فيه اما لكونه مخمسا او لانتقاله اليه بسبب لا يوجب الخمس كالميراث والهبة والهدية والمهر وعوض الخلع فالمؤنة ماخوذة منه في وجه ومن الارباح في اخر والاول احوط والاعدل احتسابها منهما بالنسبة فلو كانت المؤنة مائة والارباح مائتين والمال الاخر ثلثمائة مثلا بسطنا المؤنة عليهما اخماسا فيسقط من الارباح خمسها ويخمس الباقي وهو مائة وستون وهكذا ولو زاد ما لا خمس فيه زيادة متصلة او منفصلة وجب الخمس في الزائد وفي الزيادة لارتفاع السوق نظر وقطع العلامة في التحرير بعدم الوجوب فيه ولا فرق في وجوب تخميس الزيادة بين الاخراج من عين الاصل وقيمته ولو نمى المخرج بنسبة الباقي وازيد لكون نمائه في ملك المستحق فلا يحتسب عليه خمسا لغيره ونماء مال المالك ربح جديد فيجب خمسه قوله اذا اشترى الذمي من مسلم اه لا فرق بين ان يكون الارض معدة للزراعة او لغيرها حتى لو اشترى بستانا او دارا اخذ منه خمس الارض وخص المص في المعتبر الارض بالمزارع دون المساكن ويتعدى الارض المشغولة بكون الشاغل مستحق البقاء باجرة لصاحب الارض لا مجانا والا الاحاط بالقيمة غالبا والاكثر عبروا بلفظ الشراء تبعا للرواية وقطع في البيان بالاكتفاء بمطلق الانتقال ويتخير الامام او الحاكم بين اخذ خمس العين او خمس الارتفاع ويتولى النية عند الاخذ والدفع وجوبا عنهما الا عنه مع احتمال سقوط النية هنا وبه قطع في البيان والاول احوط ولا يسقط الخمس عن الذمي ببيع الارض قبل الاخراج وان كان البيع لمسلم ولا باقالة المسلم له في البيع مع احتمال السقوط هنا قوله سواء كانت مما فيه الخمس اه ينصرف فيما المفتوحة عنوة تبعا للاثار المتصرف فيها من بناء وشجر وبهذا الاعتبار يخرج خمسها لا باعتبار نفس الارض ولا فرق في وجوب الخمس فيها بين ان يكون قد خمست اولا قوله الحلال اذا اختلط بالحرام ولا يتميز وجب فيه الخمس هذا اذا جهل قدر الحرام والمالك فلو عرفهما تعين الدفع الى المالك سواء زاد عن الخمس اولا ولو علم الملك خاصة وجبت الصدقة به على مستحق الزكوة لحاجته ولو علم من وجه دون اخر كما لو علم انه يزيد عن الخمس اخرج خمسه وتصدق بما يغلب على ظنه انه مع الخمس قدر الحرام فصاعدا ويحتمل كون الجميع صدقة وكونه خمسا ولو علم انه اقل من الخمس اقتصر على اخراج ما يتحقق معه براءة الذمة ويحتمل الاكتفاء بالظن وهل هو خمس او صدقة وجهان ولا ريب ان جعله خمسا احوط ولو علم المالك وجهل القدر فان ابى فاق في كرة دفع اليه خمسه مع الجهل المحض بقدره او ما يغلب على الظن لو علم زيادته عنه او نقصه لان هذا القدر جعله الله تعالى مطهرا للمال ولو كان الخليط مما يجب فيه الخمس لم يكن هذا الخمس كافيا عن خمسه بل يخرج الخمس لاجل الحرام اولا او ما يقوم مقامه ثم يخمس الباقي بحسبه من غوص او مكتسب ولو ظهر مالك الحرام بعد الاخراج ولم يرض به ففي الضمان له وجهان اقربهما ذلك قوله سواء كان الواجد له حرا او عبدا صغيرا او كبيرا والمكلف بالاخراج الولي حيث يكون الواجد ناقصا وهو المولى في العبد والولي في الصغير قوله لا يعتبر الحول في شيء من الخمس ولكن يؤخره اه لا فرق بين الارباح وغيرها في عدم اعتبار الحول بل يجب فيما جمع الاوقات المتقدمة من حين الملك وجوبا مضيقا في غير الارباح وفيها يجب ايضا فيما لو علم زيادته عن المؤنة المعتادة من حين ظهور الربح ولكن الوجوب موسع طول الحول من حين ظهور الربح احتياطا للمكلف باحتمال زيادة مؤنته بتجدد ولد ومملوك وزوجة وضيف غير معتاد

وغرابة لا يعلمها وخسارة في تجارة ويجوز للمكلف تقديره وكون الاحتياط السنوي لاحتمال زيادة المؤنة وله تعجيل الاخراج عن الزائد المعلوم لا ضبط الربح
بما يجد علم زيادته فان التقديم مبني على التخمين والظن فمن فضل شيء عن المؤنة وجب اخراج خمسه سواء كان بسبب تقصير لنفقته ام لعدم ذلك فتعجيل الاخراج
ما علم زيادته اغبط للمستحق على التقديرين ولو عجل الاخراج فزادت المؤنة لم يرجع على المستحق مع علمه بالحال وتلف العين وفي جواز رجوعه عليه مع بقاء
العين او علمه بالحال نظر وقد تقدم مثله في الزكوة الا ان عدم الرجوع هنا مطلقا متوجه وانما يعتبر الحول بسبب الربح فاول ظهور الربح فيعتبر منه مؤنة السنة
المستقبلة ولو تجدد ربح آخر في اثناء الحول كانت مؤنة بقية حول الاول معتبرة منهما وله تأخير اخراج خمس الربح الثاني الى آخر حوله ويختص بمؤنة بقية حوله
بعد انقضاء حول الاول وهكذا فان المراد بالسنة هنا ما تجددت بعد الربح لا بحسب اختيار المكتسب فاعلم انه كما لا يعتبر الحول هنا لا يعتبر السنة بل يخمس اخماسا
وان قل وكذا القول فيما عدا المعدن والكنز والغوص قوله فان اختلفا في ملكه فالقول قول المؤجر لانه بل الاصح تقديم قول المستاجر لانه صاحب اليد حقيقة
ولدعوى المؤجر خلاف الظاهر وهو ايجار دار فيها كنز ولا يقدح في ذلك كون يده فرعية على يد المؤجر كما في اختلاف البائع والمشتري وكذا تقديم قول كل ذي يد
كالمعير والمستعير مع الاختلاف نعم لو شهدت الحال بتقدمه على زمان ذي اليد كالبناء المتقادم عليه رقمه بعهد ذي اليد ونحو ذلك عمل بها مع اليمين
كما اختاره في البيان ولو شهدت الحال لذي اليد زال الاشكال قوله الخمس يجب بعد المؤنة التي يفتقر اليها اخراج الكنز والمعدن من حفر وسبك وغيره
لا ريب في اعتبار اخراج المؤنة فيهما لكن هل يعتبر النصاب بعدها ام قبلها فيخرج منه ما بقي بعد المؤنة العبارة تحتمل كلا الامرين والذي صرح به الاصحاب
هو الاول ولم يتعرض اصحابنا لتفصيل ذلك كما ذكروه في مؤنة زكوة الغلات قوله وقيل يقسم خمسة اقسام والاول الاشهر المشهور وقسمته ستة اقسام والاية الشريفة
دالة عليه صريحا وكذا الروايات والقول الآخر مع شذوذه لا يعلم قائله قوله فلو انتسبوا بالام خاصة لم يعطوا اه خالف في ذلك المرتضى ره فاكتفى بالانتساب
بالام خاصة والمشهور الاول واستعمال اهل اللغة حجة عليه ولا حجة له في قوله للحسين ع هذان ابناي لان الاستعمال اعم من الحقيقة وحمله على المجاز اولى من
الحقيقة لاستلزام الاشتراك والمجاز خير منه وللرواية عن الكاظم ع قوله وفي استحقاق بني المطلب تردد اظهره المنع هذا هو المشهور وخالف فيه المفيد
وابن الجنيد وقد تقدم الكلام في ذلك قوله وهل يجوز ان يخص بالخمس طائفة قيل نعم لا يجب اه المراد بالخمس هنا غير حصة الامام ومنشأ الخلاف من كون اللام
في الآية للاختصاص او الملك وقد تقدم الكلام عليه في الزكوة وان القول بالاختصاص اوجه وان الاشتراك فيجوز تخصيص من شاء وللرواية عن الكاظم ع قوله
يقسم الامام على الطوائف قدر الكفاية مقتصدا المراد بالكفاية مؤنة السنة وبالاقتصاد التوسط في النفقة بحسب عادتهم من غير اسراف ولا اقتار
ولا فرق في ذلك بين من حضر ومن غاب عنه من سائر بقية منهم وهل يجوز ان يتجاوز مؤنة السنة دفعة كالزكوة وجهان اجودهما العدم وفاقا للشهيد والحكم
بكون المعوز عليه والفاضل له هو المشهور بين الاصحاب وبه خبران مرسلان وانكره ابن ادريس لمخالفته لظاهر الآية المقتضية لتخصيص كل صنف بحصة معينة
والتفصيل قاطع للشركة والزيادة على النص هنا للقرآن بخبر الآحاد او ما دونه ولانتفاء فائدة القسمة والتقدير وهو متجه لولا مخالفته لاجلاء الاصحاب
ويتوقف العلامة في المختلف لذلك قوله وهل يراعى ذلك في اليتيم قيل نعم اه المراد باليتيم الطفل الذي لا اب له ووجه اشتراط فقره ظاهر لعدم كونه غنيمة
فيما تقدم على الطوائف على قدر الكفاية لانه مع وجود الكفاية يسقط نصيبه ولان حصة الامام من الخمس عوض الزكوة وهي مختصة بالمحاويج في غير
من ذكر فكذا العوض ووجه العدم جعل اليتيم قسيما للمساكين في الآية وهو يقتضي المغايرة والا لتداخلت الاقسام واختاره الشيخ واجيب بان المغايرة
بينه وبين المسكين حاصلة على هذا التقدير ايضا فان المغايرة اعم من المباينة والكلام هنا كما تقدم في قوة الدليل ومخالفة الاكثر والمشهور
كان الاقتصار على اعطاء الفقير خاصة كما اختاره المص هو الاحوط قوله لا يحل حمل الخمس الى غير بلده الاصح جواز الحمل مط كما مر في الزكوة خصوصا مع طلب المساواة
بين المستحقين وعلى المنع يقتصر في موضع الجواز على اقرب الاماكن فالاقرب ومؤنة النقل على المالك كالزكوة فهذا كله حال الغيبة اما مع حضور الامام
فيتقل اليه مط قوله الايمان يعتبر في المستحق للخمس على تردد من اطلاق الآية ومن ان الخمس عوض عن الزكوة والايمان شرط فيها اجماعا والاخبار متظافرة
باشتراطه فيها وانه صلة ومواددة مع ان المخالف بعيد عن ذلك قيل ومن العجب هاشمي يرى رأي بني امية ولا ريب ان اعتبار الايمان اولى اما العدالة فعدم
اعتبارها اصح قوله وفي الانفال جمع نفل بسكون الفاء وفتحها وهي الزيادة ومنه النافلة والمراد هنا كل ما يختص بالامام زيادة على قبيلة وقد
كانت الانفال المذكورة لرسول الله ص في حيوته وهي بعده للامام القائم مقامه قوله والارضون الموات التي لا يعرف لها مالك كما يستفاد من قوله سواء
ملكت ثم باد اهلها اه والمراد بابادتهم هلاكهم ولا فرق بين ان يكونوا مسلمين وكفارا قوله وسيف البحار وهو بكسر السين ساحل البحر قاله الجوهري
قوله ورؤس الجبال وما يكون بها لا يخفى ان المراد بها ما كان في غير ارض ضرورة المتقدمة والمرجع في الجبال والاودية الى العرف قوله من قطايع وصفايا
الضابط ان كل ما كان لسلطان الكفر من مال غير مغصوب من محترم المال فهو لسلطان الاسلام وقد قيل ان الصفايا ما ينقل من المال والقطايع ما
لا ينقل قوله وما يغنمه المقاتلون بغير اذنه فهو له هذا هو المشهور بين الاصحاب وبه رواية مرسلة عن الصادق ع منجبرة بعمل الاصحاب قوله لا يجوز التصرف بغير
اذنه اشار بذلك الى الانفال المذكورة ومنها ميراث من لا وارث له عن نافل العبارة لظهور التصرف في ذلك حال الحضور وغيبته الا ما استثنيه
وهو المناكح وقسيمه والاصح اباحة الانفال حالة الغيبة واختصاص المنع بالخمس وما استثنى قوله نعم ثبت اباحة المناكح والمساكن والمتاجر في حال
الغيبة اه المراد بالمناكح السراري المغنومة من اهل الحرب في حال الغيبة فانه يباح لنا شراؤها ووطؤها وان كانت باجمعها للامام على ما مر وبعضها
على القول الآخر وربما فسرت بالزوجات والسراري التي يشتريها من كسبه الذي يجب فيه الخمس فانه لا يجب اخراج خمس الثمن والمهر وهذا التفسير راجع الى
المؤنة المستثناة وقد تقدم الكلام فيها وانه مشروط بحصول الشراء والتزويج في عام الربح وكون ذلك لائقا بحاله والمراد بالمساكن ما يتخذه
منها في الارض المختصة به كالمملوكة بغير قتال ورؤس الجبال وهو مبني على عدم اباحة مطلق الانفال حالة الغيبة وقد ثبت ايضا ما يشتريه من

المساكن

المساكن مما يجب فيه الخمس كالمكاسب فهو راجع الى المؤنة ايضا كما مر والمتاجر ما يشترى من الغنائم المأخوذة من اهل الحرب حالة الغيبة وان كانت باسرها
او بعضها للامام او ما يشترى ممن لا يعتقد الخمس كالمخالف مع وجوب الخمس فيه وقد علل اباحة هذه الثلثة في الاخبار بطيب الولادة وصحة الصلوة
وحل المال قوله من غير لزوم خمس بمعنى اباحة المراد به العقب لسد الانام الجامع لشرائط الفتوى لان نائب الامام ويتولى عنه الاتمام لباقي الاصناف
مع اعواز نصيبهم كما يجب عليه ذلك مع حضوره والى ذلك اشار بقوله كما يتولى اداء ما يجب على الغائب ولو تولى ذلك غيره كان ضامنا عنه وكل من
صرف الى الاصناف

كتاب الصوم

وهو الكف عن المفطرات مع النية لانه الامساك مطلقا والامساك عن الطعام على اختلاف بين
اهل اللغة وقد عرفه المص شرعا بما ذكره وهو تخصيص المعنى اللغوي مط على الاول ومن وجه على الثاني اما لعدم ثبوت الحقائق الشرعية او لان النقل
لمناسبة اولى فالكف بمنزلة الجنس يدخل فيه الكف عن الكلام والطعام وغيرها من المفطرات كالفصل يخرج به بعض افراد المعنى اللغوي على الاول
ويدخل فيه غير الطعام من المفطرات على الثاني ومع النية فصل آخر ان جعلناها شطرا والا فشرطا وينتقض في طرده بالكف عن المفطرات ليلا او بعض
النهار مع النية وعكسا بمتناول المفطرات سهوا فانه صائم مع عدم الكف ويحمل النية على الشرعية وهي لا تصلح لغير مجموع النهار واضعا العالم
مفسد من وجه آخر وبان الكف امر عدمي فيستحيل التكليف به ومن ثم قيل ان التروك يراد بها فعل الضد ويكراهة هذه الاشياء مع عدم
تعلق الارادة بالمعدوم وبانه دوري اذ المراد بالمفطر مفسد الصوم فيتوقف معرفة كل واحد منهما على الآخر ويمكن تكلف يحمل المفطر على ما كان
على اشياء مخصوصة فيصير التعريف في قوة الامساك عن الاكل والشرب اه واختار ذلك ابتدارا للاختصار وقد عدل بعضهم عنه الى انه توطين النفس على ترك
الاشياء المخصوصة وفيه التزام بالنقل مع عدم المناسبة لكنه اولى لكون التوطين امرا وجوديا وهو حمل النفس على ذلك فيكون من افعال القلوب وهو
مستغن عن اعتبار النية لاستلزام التوطين لها نعم يبقى ابدالها بالقربة لعدم استلزام التوطين لها وقد احسن الشهيد ره في حده حيث عرفه بانه توطين
النفس لله على ترك الثمانية الاكل والشرب اه من طلوع الفجر الثاني الى الغروب من المكلف او المميز المسلم الخالي من السفر وغيره من الموانع التي هي تعلق
استلزم الطول فلا يكاد يسلم من الكلام بتعريف والله المحيط قوله وهي بالشرط اشبه قد تقدم الكلام في ذلك في باب الصلوة ومع ذلك فشبهها
الصوم بالشرط اقوى من شبه نية الصلوة به لجواز تقدمها على الفجر الذي هو اول ماهيته والركن يستلزم الدخول في الماهية قوله ويكفي في رمضان ان ينوي
انه يصوم متقربا مقتضاه عدم وجوب نية الوجوب مع القربة وهو متجه لعدم امكان وقوع رمضان بنية الندب للمكلف به فلا يحتاج الى التمييز عنه وهو
مذهب جماعة من الاصحاب الا ان يقول بوجوب ايقاع الفعل لوجهه من وجوب او ندب كما ذكره المتكلمون فيجب ذلك وان امكن تمييز الكفر وفي وجوبه نظر
ولا ريب ان اعتبار الوجوب الى القربة احوط وضم التعيين اليهما افضل والتعرض للاداء مع ذلك اكمل قوله وهل يكفي ذلك في النذر المعين قيل نعم اه
المشهور وجوب التعيين في النذر المعين وهو احوط وان كان القول الاول متجها وهو مذهب المرتضى لكن يبقى على القائل بوجوب التعيين هنا
القول بوجوب التعرض للوجوب ايضا لاقتضاء دليله وهو ان الزمان باصل الشرع غير معين بالنذر وانما يتعين بالعارض وما بالاصل لا يزيله ما
بالعارض فلا بد من نية التعيين وهذا بعينه آت في الوجوب ومقتضى كلام المص الاكتفاء في النذر المعين بالقربة والتعيين وفيه سؤال الفرق بين
الامرين اللهم الا ان يحمل نية القربة على ما يعم الوجوب كما سيأتي نقله عن جماعة قوله او نسيها مستمرا على حكمها لا فرق مع نسيانها بين ان يتجدد له قبل الفجر
ما يمنع الصوم كالاكل والجماع وعدمه مع زوال اثره قبل الفجر وان كان الافضل اعادتها مع عروض ما يوجب الغسل واولى بعدم الاعادة لو وقع ذلك
في النهار قوله ولو نسيها ليلا جددها نهارا ما بينه وبين الزوال ما هنا ظرفية زمانية والضمير يعود الى الليل المتقدم والتقدير ان ناسي النية
ليلا يجددها في المدة التي بين الليل وبين الزوال من النهار لا في مطلقه والمراد انه يجددها حال التذكر على الفور لئلا يخلو جزء من النهار من نية
اختيارا فلو تراخى بها بطل الصوم وان جددها قبل الزوال وسيأتي مثله عن قريب هذا الحكم في الواجب هو اشهر القولين رواية وفتوى بل كاد يكون اجماعا
ويستثنى منه قضاء الواجب كرمضان فانه يجوز تجديد النية له قبل الزوال وان اصبح بنية الافطار ما لم يفطر بالفعل كما وردت به النصوص واما سواه فالمشهور انه كذلك كما اشار اليه المص وبه روايات دلت باطلاقها عليه وفي بعضها تصريح بامتداد وقتها الى الغروب والاجود التفصيل الجامع بين الروايات
المختلفة الذي صرحت به صحيحة هشام بن سالم عن ابي عبد الله ع وهو ان الصوم يصح على التقديرين لكن ان اوقع النية قبل الزوال اثيب على الصوم لجميع
النهار وان نوى بعده حسب له من الوقت الذي نوى فيه الى آخر النهار ولا بد في صحة الصوم اذا وقعت النية بعد الزوال من بقاء جزء معه بعد النية ليتحقق
القصد اليه والا لم يصح قوله وقيل يختص رمضان بجواز تقديم نيته عليه اه هذا قول الشيخ ره وحاصله ان نية رمضان يجوز تقديمها عليه يوما ويومين
وثلثة الا انه لا اكتفاء بما قدمه عن النية في اوله مطلقا بل يظهر فائدة التقديم فيما لو نسي تجديدها اول ليلة ونام او اغمي عليه فانه لا قضاء بخلاف ما لو لم
يقدمها فانه يجب عليه القضاء ومن هنا يظهر ضعف هذا القول فانها ان وقعت معتبرة اجزأت مطلقا كغيرها من النيات واعلم انه لم يحدد وقت التقديم
في كلامه صريحا لكنه صرح بجواز تقدمها بثلثة ايام ولم يذكر ذلك على وجه الانحصار لكن الثلثة هي المتيقن من مذهبه وهذا القول مع شذوذه لا
شاهد له في الاخبار وانما استخرجه من الاعتبار وهو ضعيف قوله وكذا قيل يجزي نية واحدة لصيام الشهر كله هذا هو المشهور خصوصا بين المتقدمين حتى ادعى
عليه الشيخ ونقل الاجماع واختاره العلامة في اكثر المصنفات المعتبرة وانما جعل تجديد النية لكل يوم اولى كما اختاره الشهيد ره ولو قلنا بعدم اجزاء النية
الواحدة للشهر ففعلها اجزأت لاول يوم لم يجز اضعا او اعلم انه لا فرق على القولين بين ناسي النية لكل ليلة وبين الذاكر بل الاجماع واقع على اختصاص
المسألة في القولين فالاشهر في بعض القيود الفاسدة من الاجزاء بالنية الواحدة لناسي النية الخاصة لليوم دون الذاكر احداث قول ثالث في مقابلة
على الظاهر وعدم فهم حاصل القول الاول حيث اختص بالمتقدمين للناسي دون العالم فظن ان المقارنة لاول الشهر كذلك وهو غلط اتفاقا بقي هنا بحث

به وهو ان القائل بالاكتفاء بنية واحدة للشهر يجعله عبادة واحدة كما صرح به في دليله ومن شان العبادة الواحدة المشتملة على النية الواحدة ان لا يجوز تفريق النية على اجزائها كما هو المعلوم من حالها وح يشكل اولوية تعدد النية بتعدد الايام لاستلزام تفريق النية على اجزاء العبادة الواحدة التي يفتقر الى النية الواحدة اللهم الا ان يفرق بين العبادة المتحدة التي لا ينفصل بعضها عن بعض شرعا كالصلوة وبين ما ينفصل كالصوم ويؤيده حكم بعض الاصحاب ومنهم المص بجواز تفريق النية على اعضاء الوضوء بان ينوي رفع الحدث عند كل عضو وان كان في ذلك خلاف الا انه لا يخلو من وجه وجيه وان امتنع في مثل الصلوة بكل وجه وظاهر جماعة من مختاري هذا القول كون النية لكل يوم اولى فضلا عن جوازه ومثل الصوم في الاشكال غسل الميت عند من اكتفى بالنية الواحدة للاغسال الثلاثة والطريق المخرج من الاشكال الجمع بين نية المجموع وبين النية لكل يوم قوله ولو نوى غيره واجبا كان او ندبا اجزا عن رمضان دون ما زاد وجهه ان تقدم من ان المعتبر في نية الصوم القربة دون الوجوب والتعيين وهي حاصلة في الفرض فيصح الصوم ويلغو الضميمة الزائدة لعدم وقوع صوم غير رمضان فيه ويشكل بان ما زاد على القربة من المميزات وان لم يجب نيته لعدم امكان وقوع غير المطلوب في رمضان شرعا الا انه يجب تجريد النية عن ذلك المنافي لتصرف الامر الكلي الى الفرد المطلوب منه فانه لا ينافيه بخلاف ما لو عين غيره فانه لا ينصرف اليه لان قيود افراد الكلي متنافية وارادة احد الضدين يستلزم عدم ارادة الاخر ولا يلزم من عدم وجوب نية الفرد الخاص مع كونه هو المطلوب جواز ارادة غيره والحاصل ان المطلوب شرعا من هذا الصوم ماهيته من حيث كونه صوم شهر رمضان وان لم يجب التعرض لذلك في النية لا ماهيته من حيث هي اعني لا بشرط شيء حتى يصح مجامعتها الاشياء والحق ان التقرب بالصوم على الوجه لا يتحقق للاتفاق على ان ما نواه لم يحصل له وانما حصل ما يريده الشارع الداخل ضمنا وهو صوم رمضان وذلك غير منوي ولا مقصود فان الداخل الضمني هنا غير مراد وقد قال ع وانما لكل امرئ ما نوى فما نواه لم يحصل وما يريده الشارع لم ينوه ولم يتقرب به فيقع باطلا وهذا مع العلم بانه من شهر رمضان اما مع الجهل به كصوم يوم الشك بنية الندب والنسيان فيتم ما ذكره لان حكم الخطاء مرتفع عنهما دون العامد وان كان الدليل شاملا لهما وايض فلا قائل بفساد الصوم مط فكان التفصيل اوجه قوله ولا يجوز ان يردد نيته بين الوجوب والندب هذا على القول بالاكتفاء بالقربة والحكم بالغاء الزائد لو وقع كما سلف مشكل لحصول النية المعتبرة بدون التردد واذا لم يؤثر نية المنافي فالتردد بينه وبين الموافق اولى ان لا يؤثر ويمكن بناء ذلك على اعتبار نية الوجوب مضافا الى القربة كما يظهر من قوله بل لا بد من قصده وان كان ظاهر كلامه فيما سبق يقتضي خلاف ذلك وانه يكفي مجرد القربة او نقول ان نية القربة لا يتحقق الا مع ضم الوجوب اليها فيكون اطلاق الاكتفاء مقتضيا للوجوب ايض وهذا المعنى وان كان بعيدا في اللفظ لكن قد صرح به جماعة منهم العلامة في لف فانه قال فيه ان القدر الواجب فيه ان القدر الواجب في نية القربة اى ينوي الصوم متقربا الى الله لوجوبه والظاهر ان نية القربة لا يتوقف على الوجوب كما صرح به الشيخ ره وان التردد المذكور مبطل وان كان الاطلاق مجزيا وقد علم وجهه مما سبق قوله ولو صام على انه ان كان من رمضان اه وجه الاجزاء وهو نية القربة فاما ان يلغو الزائد او يكون نية للواقع فيكون مجزيا ولانه لو جزم بالندب لاجزأ عن رمضان اجماعا فالضميمة المرددة فيها اما مجزية او ادخل في المط منها ووجه العدم اشتراط الجزم في النية حيث يمكن وهو هنا ممكن بان ينوي الندب فلا يجوز الترديد ويمنع كون نية الوجوب ادخل في صوم رمضان عند عدم العلم به ومن ثم لم يجز الجزم بالوجوب ثم ظهر كونه منه بل ورد النهي عنه في النصوص وهو يقتضي البطلان في العبادة وكيف كان فعدم الاجزاء اوجه وان كان الاجزاء متوجها وقد اختاره العلامة في لف والشهيد في س واعلم ان موضوع هذه المسئلة اخص من موضوع المسئلة السابقة لاختصاص هذه بيوم الشك وتفصيل هذه واطلاق تلك والخلاف واقع في المسئلتين وان كان في الثانية اشهر وربما قيل باتحادهما وان المسئلة مكررة وليس بجيد قوله فان كان ذلك بعد الزوال امسك وعليه القضاء الامساك هنا على سبيل الوجوب ويجب فيه النية ولو افطر وجب عليه الكفارة اذ لا منافاة بين وجوبها وعدم صحة الصوم بمعنى اسقاط القضاء ولو كان قد صام ندبا جدد نية الوجوب واجزأ على التقديرين قوله ولو نوى الافطار في يوم من رمضان الى قوله كان تاثيمه هذا على القول باجزاء نية واحدة مع تقدمها او على القول بجواز تأخير النية الى قبل الزوال اختيارا متوجه لحصول النية المعتبرة والحاصل منه انما ينافي الاستدامة الحكمية لا فعل النية وشرطية الاستدامة في توقف صحة الصوم عليها غير معلوم وان ثبت ذلك في الصلوة واما على القول بوجوب ايقاع النية ليلا فاخل بها ثم جددها قبل الزوال ففي الصحة نظر لان الفائت هنا نفس النية في جزء من النهار وهي شرط في صحة الصوم فينتفي لانتفائها ذلك الجزء والصوم لا يتبعض وح فيقوى عدم الانعقاد قوله لو عقد نية الصوم ثم نوى الافطار اه ما جزم به هنا من الصحة مبني على ما سلف من ان الفائت انما هو الاستدامة الحكمية لا النية والشرط هو الثاني لا الاول والفرق بين المسئلتين ظاهر فان نية الافطار في الثانية مسبوقة بنية الصوم دون الاولى والاقوى فساد الصوم في الصورتين وان كان القول بعدم الفساد في الثانية لا يخلو من قوة قوله نية الصبي المميز صحيحة وصومه شرعي اما صحة نيته وصومه فلا اشكال فيه لانها من باب خطاب الوضع وهو غير متوقف على التكليف واما كون صومه شرعيا ففيه نظر لاختصاص خطاب الشرع بالمكلفين والاصح انه تمريني لا شرعي قوله وفي دبر المرأة على الاظهر هذا هو الاصح بناء على ايجابه الغسل وقد تقدم قوله ويفسد صوم المرأة اى الموطوءة في القبل ليكون موضع الجزم واما الموطوءة في الدبر ففي فساد صومها قولان كما في الواطي ويمكن ان يريد بها الموطوءة مط بناء على ما اختاره في الواطي فيكون في الواطي قد ترك الخلاف فيها احالة عليه او لاشتماله على مسئلتين احدهما اجماعية واعلم انه لم يتقدم ما يدل على فساد صوم الواطي حتى يتبعه بفساد صوم المرأة وانما تقدم وجوب الامساك عن الجماع وهو اعم من ان يثبت به الافساد وعدمه فكان الاولى تأخير حكم فساد صوم الموطوءة الى المقصد الثاني قوله وفي فساد الصوم بوطي الغلام والدابة تردد اه قد تقدم في الطهارة ان الاصح ايجابه للغسل فيفسد الصوم قوله وعن الكذب على الله ورسوله اه لا خلاف في تحريم الكذب مط وتاكده على الله ورسوله والائمة في الصوم وغيره وان كان في الصوم اكد وانما وقع البحث فيه هنا للخلاف فيما يترتب عليه مع تحريمه في فاعله العقاب فقيل يجب القضاء والكفارة وقيل يجب القضاء خاصة والاصح انه غير مفسد

وان تضاعف به العقاب قوله وعن الارتماس المراد بالارتماس غمس الرأس في الماء دفعة واحدة عرفية وان بقي البدن والاصح الاول تحريمه دون ان يفسد الصوم ونظرا الى فائدة التحريم فيما لو ارتمس في غسل مشروع فانه يقع فاسدا للنهي عن بعض اجزائه المقتضي للفساد في العبادة ولو كان ناسيا ارتفع حدثه لعدم توجه النهي اليه وجاهل عامد كما سبق قوله وفي ايصال الغبار الى الحلق خلاف لم يقيد الغبار بكونه غليظا كما فعل جماعة وورد في بعض الاخبار والظاهر عدم القيد اجود لان الغبار المتعدي الى الحلق نوع من المتناولات وان كان غير معتاد فيحرم ويفسد الصوم ويجب به الكفارة سواء في ذلك الغليظ والرقيق بل الحكم فيه اغلظ من تناول الماكول اذا كان غبار ما يحرم تناوله وحيث اعتبر الغليظ فالمرجع فيه الى العرف وسيأتي في العبارة ان ذلك واشباهه مقيد بالعمد والاختيار فلا شيء على الناسي ولا على من لا يمكن التحرز عنه بحال والحق به بعض الاصحاب الدخان الغليظ وبخار القدر ونحوه وهو حسن ان تحقق معهما جسم قوله وعن البقاء على الجنابة عامدا حتى يطلع الفجر هذا هو الصحيح والاخبار به متظافرة وخلاف ابن بابويه ضعيف قوله ولو اجنب فنام غير ناو للغسل اه الفرق بين هذه وبين تعمد البقاء على الجنابة فرق ما بين العام والخاص فان تعمد البقاء عزم على عدم الغسل وعدم نية الغسل اعم من العزم على عدمه والحاصل ان النومة الاولى بعد الجنابة انما تصح مع نية الغسل ليلا والا لم يصح النوم ولا بد مع ذلك من احتمال الانتباه والا كان كتعمد البقاء وشرط بعض الاصحاب مع ذلك اعتياد الانتباه والا كان كتعمد البقاء على الجنابة ولا باس به قوله ولو انتبه ثم نام ناويا فاصبح نائما اه قد تقدم ان النومة الاولى انما تصح مع العزم على الغسل وامكان الانتباه او اعتياده فاذا نام بالشرط ثم انتبه ليلا حرم عليه النوم ثانيا وان عزم على الغسل واعتاد الانتباه لكن لو خالف واثم فاصبح نائما وجب عليه القضاء خاصة والاصح ان تجدد الجنابة بعد الانتباه الاولى لا يهدم العدد وسيأتي حكم النومة الثالثة قوله ولو استمنى او لمس امرأة فامنى فسد الصوم وفي حكم اللمس تقبيل الملاعبة ولا فرق في ذلك بين المرأة المحللة والمحرمة ولا بين معتاد الامناء بذلك وغيره ولا بين القصد اليه وعدمه لاطلاق النص والتقبيل نوع من اللمس فيلحق به حكمه قوله ولو احتلم بعد نية الصوم نهارا لم يفسد صومه ولا يتوقف صحة الصوم ح على الغسل بل انما يجب للصلوة ولصوم اليوم المقبل قال العلامة في المنتهى ولا نعلم في ذلك خلافا وفي كره انه اجماعي قوله وكذا لو نظر الى امرأة فامنى على الاظهر لا فرق في ذلك بين المحللة والمحرمة نعم لو قصد الامناء او كان معتادا له عنده وان كان الى محلل وجبت الكفارة وخالف في ذلك الشيخ فاوجب القضاء مع النظر الى المحرم والامناء من غير تفصيل قوله والحقنة بالجامد جائزة المراد بالجامد نحو الفتائل وان كان لا يطلق عليه الحقنة عرفا والاصح تحريم الحقنة بالمائع من دون ان يفسد الصوم قوله انما يفسده اذا وقع عمدا سواء كان عالما او جاهلا الحاق الجاهل بالعالم في وجوب القضاء لا اشكال فيه واما في الكفارة فالاحوط انه كذلك كما جزم به المص واختاره العلامة والاصح انه لا كفارة عليه لرواية زرارة وابي بصير عن الصادق ع قوله وكذا لو اكره على الافطار او وجر في حلقه لا خلاف في عدم وجوب القضاء على من وجر في حلقه بتخفيف الجيم بغير اختياره لانه لم يتناول المفطر واما الاكراه فان بلغ حدا يرفع قصده او يسلب اختياره كما لو قهره قاهر بضرب شديد او تخويف عظيم حتى لم يملك امره ولم يكن له بد من الفعل فلا قضاء ايض وان لم يبلغ ذلك الحد بان توعده بفعل لا يليق بحاله او بعض ضرر المثل من ضرب او شتم ونحوهما وشهدت القرائن بايقاعه لو لم يفعل الا ان اختياره لم يذهب وقصده لم يرتفع ففي فساد صومه قولان احدهما الحاقه بالاول لقوله ص رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه والمراد رفع حكمها ومن جملته القضاء ولسقوط الكفارة عنه وهي من جملة احكامه واصحهما وجوب القضاء وان ساغ له الفعل لصدق تناول المفطر عليه باختياره وقد تقرر في الاصول ان المراد برفع الخطاء وشبهه في الحديث رفع المؤاخذة عليها لا رفع جميع احكامها ومثله الافطار في يوم يجب صومه للتقية او التناول قبل الغروب لها وقيد الشهيد في س جواز الافطار لها بخوف التلف وكانه نظر الى ظاهر الخبر عن الصادق ع مع السفاح حيث افطر معه اول يوم من رمضان وقال لاصحابه لئن افطر يوما من رمضان احب الي من ان يضرب عنقي ولا يعبد الله والظاهر الاكتفاء بمطلق الضرر كما في غيره من موارد ها ويحمل هذا القيد من بعض الروايات وفي بعضها لئن افطر يوما من شهر رمضان واقضيه وهو نص على القضاء فيكون كذلك في الاكراه كما اخترناه وحيث ساغ الافطار للاكراه والتقية يجب الاقتصار على ما يندفع به الحاجة فلو زاد عليه كفر ومثله ما لو تادت بالاكل فشرب معه او بالعكس قوله لا باس بمص الخاتم ومضغ الطعام للصبي اه الضابط في ذلك جواز كل ما لا يتعدى الى الحلق ولا فرق بين المضغ للصبي وغيره وخصه المص تبعا للرواية حيث ذكر فيها الصبي وان فاطمة ع كانت تمضغ للحسنين ع وهي صائمة ولو سبق منه الى الحلق شيء بغير اختياره فهل يفسد الصوم وجهان اجودهما عدم الافساد للاذن فيه وعدم الاختيار في الدخول قوله يستحب السواك للصلوة بالرطب واليابس لا فرق في ذلك بين اول النهار واخره عندنا ونبه بالرطب على خلاف الشيخ والحسن حيث ذهبا الى كراهته به ولا يخفى ان ذلك مقيد بما اذا لم يتعد الى الحلق شيء من اجزائه المتحللة والا حرم قوله والاستمناء هو طلب الامناء والمراد به حصول الامناء لا مطلق طلبه وان كان الطلب محرما لكنه لا يوجب الكفارة بدون حصوله قوله وايصال الغبار لا فرق في ذلك بين غبار المحلل كالدقيق وغيره كالجص والتراب ولا يشترط كونه غليظا كما مر ومن ثم اطلق قوله ومن اكل ناسيا فظن فساد صومه اه هذا فرد من افراد الجاهل بالحكم وقد تقدم ان الاجود سقوط الكفارة عنه وان كان ما اختاره المص احوط قوله مخير في ذلك وقيل بل هي على الترتيب الاصح انها مخيرة وعليه الاكثر قوله وقيل يجب بالافطار بالمحرم ثلث كفارات هذا قول الصدوق ره استنادا الى رواية رواها باسناده الى الرضا ع دالة على التفصيل وانما ترك المص العمل بها لان في سندها عبد الواحد بن عبدوس النيسابوري وهو مجهول الحال مع انه شيخ ابن بابويه وهو قد عمل بها فهو في قوة الشهادة له بالثقة ومن البعيد ان يروي الصدوق ره عن غير الثقة بلا واسطة واعلم ان العلامة في باب الكفارات شهد بصحة الرواية وهو صريح في التزكية لعبد الواحد وان كان قد قال في غيره من الكتب انه لا يحضره حاله وكيف كان فالعمل بها متعين مع اعتضادها بموثقة سماعة ولا فرق في المحرم بين الاصلي كالزنا واكل مال الغير بغير اذن والعارضي كالوطي في الحيض ومن افراد المحرم ايضا وايصال الغبار الذي لا يسوغ تناوله في غير الصوم الى الحلق وابتلاع نخامة الرأس اذا صارت في فضاء الفم او مط مع امكان اخراجها على قول قوله اذا افطر

باديه

زمانا قدر سوماه الاصح ان كفارة مخلف النذر كرمضان لخ قوله من اجنب في نام للغسل الى قوله وفيه تردد منشاؤه اصالة البرائة وضعف مستمسك القائل بها فان
الاخبار التي استدل بها غير صريحة في ذلك ومن انه عاد بالنومة الثالثة فكان كما لو نام عزما للغسل وفيه منع ان مطلق العدوان بالنوم يوجب الكفارة ورجح
العلامة في المنتهى عدم الكفارة بل صرح بعدم العدوان بالنوم ثانيا وثالثا وان اوجب القضاء ولا ريب ان العمل بالمشهور اولى قوله والاخبار اخلا الا من خبر
مستند ذلك النصوص الدالة على ان تارك مراعاة الفجر ثم يظهر طالعا يجب عليه القضاء وان استند فيه ولا منافاة بين وجوب القضاء وجواز الاكل
والامر بالقلة على المراعاة عن العجز عنها كالاعمى والمحبوس فلا شيء عليهما مع ظن عدم الطلوع بل يحمل ذلك مع الشك ايضا عملا باستصحاب عدم الطلوع و
مقتضى اطلاق النص وجوب القضاء مع ترك المراعاة وان كان المخبر اكثر من واحد ويمكن الفرق بين اخبار العدلين وغيرهم لانهما حجة شرعية فلا يجب القضاء
معهما واختاره بعض الاصحاب ولا باس به والخبر لا ينافيه لانه فرض فيه كون المخبر واحدا قوله وترك العمل بقول المخبر بطلوعه لا فرق في ذلك بين كون المخبر عدلا
او فاسقا لاطلاق النص والاصحاب نعم لو كان المخبر بالطلوع عدلين فتناول وجبت الكفارة وان ظن كذبهما الحكم بقولهما شرعا فهو في قوة تعمد الافطار
مع تيقن الطلوع ويبقى في المسئلة قسم ثالث وهو ما لو عجز عن المراعاة وانتفى اخبار العدلين بالطلوع فتناول ثم تبين الطلوع ويمكن القول بعدم وجوب

قوله من فعل ما يجب به الكفارة ثم سقط فرض الصوم قبل سقوط الكفارة وقيل لا وهو الاشبه الاصح وبتقدير ان يتجدد الارتداد او الجماع بالعود بعد النزع

علم سقوط الكفارة مط لتحقق فعل ما يوجبها في صوم يوجب ذلك في تلك الحالة ولانها كحرمة الصوم ووجه السقوط ان الصوم غير واجب عليه في علم الله سبحانه وتعالى وقد انكشف ذلك بتجدد العذر فلا يجب الكفارة كما لو انكشف انه من شوال بالبينة والفرق بين الامرين واضح وفرق بعضهم بين ما لو كان المسقط باختياره كالسفر غير الضروري او بغير اختياره كالحيض والسفر الضروري فاسقط الكفارة بالثاني دون الاول ومبنى المسئلة على قاعدة اصولية وهي ان المكلف اذا علم فوات شرط الفعل هل يجوز ان يكلف به ام يمتنع فيه خلاف فعلى الاول تجب الكفارة وعلى الثاني تسقط قوله فان عاد قبل الاول قتل في الرابعة وانما يقتل مع تخلل التعزير كما ذلك وان تكرر منه الافطار قوله من وطئ زوجته مكرها كان عليه كفارتان لا فرق في الزوجة بين الدائم والمتمتع بها وفي الحاق الامة بها وجه والاصح الاقتصار على مورد النص فلا يتعدى الحكم الى الاجنبية ولا الى الزوجة المكرهة له ولا الى الاجنبي المكره لها ولا الى الزوجة النائمة وحيث يتحمل عنها الكفارة يتحمل التعزير ويعزر بخمسين سوطا وقد يجمع في الحالة الواحدة الاكراه والمطاوعة كما لو اكرهها ابتداء ثم طاوعته بعد ذلك فيلزمه حكم الاكراه ويلزمها حكم المطاوعة ولا فرق في الاكراه بين المجبورة ومن ضربت ضربا مضرا بها حتى مكنته من نفسها وقد تقدم خلافا للشيخ حيث فرق بينهما فاوجب على المضروبة القضاء كالمريض قوله وكذا لو كان الاكراه لاجنبية وقيل لا يتحمل هنا وهو الاشبه متعلق التحمل امراة المكره قبل ويلحقها الاجنبية من باب مفهوم الموافقة فان تحمل الكفارة عن الزوجة تغليظ في الحكم والعقوبة وهما في المحرم اولى وبضعف بان الكفارة مسقطة للذنب او مخففة له غالبا ومنه سميت كفارة فجاز اختصاصها بالاخف ويكون الاثقل مما ينتقم الله به كما في قتل الصيد عمدا مع وجوب الكفارة في الخطاء ومن هنا يعلم ان الكفارة عن العبادة لا تدل على عظم شانها على غيرها فان الصلوة افضل من الصوم مع انه لا كفارة في افسادها قوله كل من وجب عليه شهران متتابعان فعجز صام ثمانية عشر يوما هذا مع انحصار الوجوب في الشهرين اما لو كان مخيرا بينهما وبين غيرهما ككفارة رمضان كان وجوب الثمانية عشر مشروطا بالعجز عن الخصال الثلثة عملا بالنص والاصح انه يتخير بين صوم الثمانية عشر وبين ان يتصدق بما استطاع جمعا بين خبري زرارة وابي بصير عن الصادق عليه السلام وعدم اشتراط التتابع في الثمانية عشر وان كان اولى ولو عجز عن الثمانية عشر اتى بالممكن من الصيام والاطعام بل قيل بوجوب الاتيان بالممكن من الشهرين حتى لو امكنه صومهما متفرقين وجب بعوض ولو عجز عنهما اصلا استغفر الله تعالى ناويا به الكفارة فيسقط بعد ذلك وان استطاع ويفهم من قوله عجز عن الصوم اصلا بعد ايجابه الثمانية عشر انه يجب الاتيان بالممكن كما قلناه وقيل ينتقل بعد العجز عن الثمانية عشر الى الاستغفار ويمكن حمل العبارة عليه ايضا بان يريد بالمعجوز عنه اصلا ما تقدم من الشهرين والثمانية عشر قوله لو تبرع متبرع بالتكفير عنه جاز التكفير عن الميت هو اصح القولين من غير فرق بين خصالها واما الحي فقيل هو كذلك واختاره العلامة في المختلف لانه كوفاء الدين وعلى القول بالمنع هناك يمتنع هنا بطريق اولى ووجهه انها عبادة ومن شانها ان لا تقبل النيابة وكلية الكبرى ممنوعة والاولى المنع من التبرع بالصوم مطلقا عن غيره على اذن من وجب عليه لان الوجوب متعلق به فلا يسقط الا بفعله او بفعل نائبه قوله النساء تقبيلا ولمسا وملاعبة يستثنى من ذلك الشيخ الكبير المالك اربه فان ذلك غير مكروه له وكذا من لا يحرك ذلك شهوته روى ذلك عن الصادق قوله والاكتحال بما فيه صبر وهو بفتح الصاد وكسر الباء ولا يسكن الا في ضرورة الشعر هو الدواء المر المخصوص قوله والسعوط بما لا يتعدى الى الحلق بفتح السين وضم العين ما يصل الى الدماغ من الانف قوله وشم الرياحين ويتاكد في النرجس الكراهة مخصوصة بالرياحين فلا يكره الطيب بل روى استحبابه للصائم وانه تحفته والنرجس بفتح النون وسكون الراء وكسر الجيم زهر معروف وعلة كراهته في الاخبار بانه ريحان الاعاجم وذلك انهم كانوا يشمونه اذا صاموا لانه يمسك الجوع قوله وبل الثوب على الجسد ولا يكره للرجل الاستنقاع في الماء وان كان اذى منه بدنيا وانما يكره للمراة والخنثى بل قيل ان المراة يلزمها القضاء لو فعلته قال الحسن بن راشد قلت لابي عبد الله عليه السلام الحائض تقضي الصلوة قال لا قلت تقضي الصوم قال نعم قلت من اين جاء ذا قال ان اول من قاس ابليس قلت والصائم يستنقع في الماء قال نعم قلت فيبل ثوبا على جسده قال لا قلت من اين جاء ذا قال من ذلك قوله ولو نذر يوما معينا فاتفق احد العيدين لم يصح صومه الاصح عدم وجوب قضائه وان استحب قوله وكذا البحث في ايام التشريق لمن كان بمنى لا فرق في ذلك بين الناسك وغيره عملا باطلاق النص قوله وقيل اذا سبقه من المغمى عليه ما اختاره المص هو الاجود قوله ويصح الصوم من الصبي المميز قد تقدم ان الصحة لا تستلزم كون صومه شرعيا فيمكن وصفه بها دون الشرعي ومنها بعض الاصحاب كما منع الشرعي وقد عرفت ان الصحة من خطاب الوضع وهو لا يتوقف على التكليف قوله والنائم اذا سبقت منه النية اه اعلم ان النوم غير مزيل للعقل اجماعا وانما يغطي الحواس الظاهرة ويزيل التمييز وهو امر طبيعي سريع الزوال فلا يخرج المكلف به عن اهلية التكليف فاذا وقع في عبادة لا يشترط فيها الطهارة الصغرى لم يبطلها كالصوم والاعتكاف والاحرام والسعي والوقوفين وغيرهما بل الامر في الصوم اقوى لانه امر عدمي وهو الامساك عن الامور المخصوصة كما عرفته ومثله الاحرام وهذا بخلاف الجنون والسكر لانهما يذهبان العقل ويخرجان عن اهلية التكليف فيبطلان الصوم وغيره من العبادات واما الاغماء فالاصح انه بمنزلتهما لانه يزيل العقل ولا يبقى معه رفعه اختيارا فيفسد الصوم ايضا وذهب بعض الاصحاب الى انه لا يفسده بل يقع معه صحيحا مع سبق النية كالنوم والفرق بينهما واضح فان النوم جبلة وعادة لا يزيل العقل اجماعا ولهذا ينتبه صاحبه بخلاف الاغماء فانه يزيله ويشبه الجنون فكان حكمه حكمه هنا اذا تقرر ذلك فلا نعلم خلافا ممن يعتد به من العامة والخاصة في ان النوم غير مبطل للصوم ولا مانع منه ولانه لو ابطله لحرم النوم على الصائم اختيارا حيث يجب المضي فيه وهو خلاف الاجماع والنصوص الدالة على اباحته بل المجازاة عليه في الاخرة كما روي ان نوم الصائم عبادة وصمته تسبيح ونقل عن ابن ادريس ان النائم غير مكلف بالصوم وليس صومه شرعيا وقد عرفت فساده فان قيل النائم غير مكلف لانه غافل ولقوله رفع القلم عن ثلثة وعد منهم النائم حتى يستيقظ وقد اطبق المحققون

في الاصول على استحالة تكليف الغافل وذلك يقتضي عدم وقوع جزء الحاصل وقت النوم شرعيا لانه غير مكلف به وبلحقه باقي النهار لان الصوم لا يقبل التجزية في اليوم الواحد واولى منه ما لو نوى ليلا ثم نام مجموع النهار وهذا يؤيد ما ذكره ابن ادريس بل يقتضي عدم جواز النوم اختيارا على الوجه المذكور قلنا تكليف النائم والغافل وغيرهما ممن يفقد شروط التكليف ينظر فيه من حيث الابتداء به بمعنى توجه الخطاب الى المكلف حين امره بايقاعه على الوجه المامور به بعد الخطاب وقد ينظر فيه من حيث الاستدامة بمعنى انه لو شرع في الفعل قبل النوم والغفلة وغيرهما ثم عرض له ذلك في الاثناء والقسم الاول لا اشكال في امتناع التكليف به عند المانع من تكليف ما لا يطاق من غير فرق فيه بين انواع الغفلة وهذا هو المعنى الذي اطلق الاكثر من الاصوليين وغيرهم امتناعه كما يرشد اليه دليلهم عليه وان اطلقوا الكلام فيه لانهم احتجوا عليه بان الاتيان بالفعل المعين لغرض امتثال الامر يقتضي العلم به المستلزم للعلم بتوجه الامر نحوه فان هذا الدليل غير قائم في اثناء العبادة في كثير من الموارد اجماعا اذ لا يتوقف صحتها على توجه الذهن اليها فضلا عن ايقاعها على الوجه المطلوب كما سنبينه واما الثاني فالعارض قد يكون مخرجا عن اهلية الخطاب والتهيؤ له اصلا كالجنون والاغماء على اصح القولين وهذا يمنع استدامة التكليف كما يمنع ابتدائه وقد لا يخرج عن ذلك كالنوم والسهو والنسيان مع بقاء العقل وهذه المعاني وان منعت من ابتداء التكليف بالفعل لكن لا يمنع من استدامته اذا وقع على وجهه اذا استلزمت ابطاله من حيثية اخرى كالنوم المبطل للصلوة لا من حيث انه غفلة وتنقص عن فهم الخطاب بل من حيث نقضه للطهارة التي هي شرط للصلوة ومن ثم لو ابتدء الصلوة على وجهها ثم عرض له في اثنائها ذهول عنها بحيث اكملها وهو لا يشعر بها اولا وفعل منها شيئا على غير وجهها او ترك بعضها مما هو ليس بركن ونحو ذلك لم يبطل الصلوة اجماعا مع انه يصدق عليه انه في حالة النسيان والغفلة غير مكلف وكذا القول في الصوم كما لو ذهل عن كونه صائما في مجموع النهار مع نية الصوم بل لو اكل وشرب وجامع ذاهلا عن الصوم ونحو ذلك من المنافيات لم يبطل الصوم اجماعا وهي مع مشاركتها للنوم في عدم التكليف حالتها اعظم منافاة للصوم منه لان حقيقة الصوم كما قد عرفت هي الامساك عن الاشياء المخصوصة او توطين النفس على تركها وقد فاتت على هذا التقدير بخلاف حالة النوم فان الامساك متحقق لانه امر عدمي والتوطين المذكور انما يشترط في حالة النية لا في جميع النهار وهذا من اكبر النواقض على تعريف الصوم بالتوطين المذكور مضافا الى ما اسلفناه في التعريف وكذا القول في بقية العبادات وحيث كان النوم غير موجب لزوال العقل والصوم غير مشروط بالطهارة الصغرى كان وقوعه في النهار كوقوع السهو والغفلة المتقدمين ولولا اشتراط الصلوة بالطهارة لما نافاها النوم بعد تحقق نيتها ومقارنتها للتكبير حتى ان القائل بان الممكن مقعدته من الارض لا ينقض وضوءه كابن بابويه والشافعي يلتزم ببقاء الصلوة على الصحة لو وقع النوم في اثنائها على هذا الوجه كما في حال التشهد او كون الصلوة في حالة الجلوس وقد تلخص من ذلك ان معنى قولهم باستحالة تكليف الغافل والنائم والخبر الدال على رفع القلم عنه انه يستحيل ابتداؤهم بالتكليف وانهم لو فعلوا في تلك الحالة محرما او تركوا واجبا لم يؤاخذوا عليه وهذا التفصيل وان لم يصرحوا به في قاعدتهم لكن استقراء كلامهم بل اجماعهم على هذه الفروع ونظائرها يحققه على اتم وجه ووضوح فلا منافاة بين ذلك وبين الاجزاء بالفعل الذي ابتدأ على وجهه اذا وقع بعضه في تلك الاحوال خصوصا الصوم وكيف يتصور كون النوم منافيا له مع بقاء الامساك عن الامور المخصوصة وعدم منافاة الاكل والشرب والجماع وغيرها له مع ظهور منافاتها له والاشتراك الجميع في وصف الغفلة التي هي مناط اطلاق امتناع التكليف والحاصل ان مقتضى الصحة وهو النية والبلوغ وكمال العقل والاسلام ونحوها موجود والمانع مفقود واستدامة النية حكما بمعنى عدم نية المنافي حاصلة فيتعين القول بالصحة وقد ظهر بما حررناه ضعف هذا الوهم والله الموفق قوله ويصح من المستحاضة اذا فعلت ما يجب عليها من الاغسال والغسل انما يشترط في صحة صومها غسل اغسال النهار بالنسبة الى الحاضر اما غسل العشائين فلا يتوقف عليه الصوم المذكور لسبق انعقاده فلا يؤثر فيه بعد ذلك نعم هو شرط بالنسبة الى الصوم المقبل فان لم تغتسل في محله فلا بد من الغسل قبل الفجر للحدث السابق ان لم يجب عليها غسل اخر للمقبل والا تداخلا وحيث يجب عليها غسل فاخلت به فسد الصوم ووجب عليها القضاء اجماعا والاقوى عدم الكفارة وكذا الحائض والنفساء اذا انقطع دمهما قبل الفجر ولو تعذر الغسل تيممت بدلا عنه وجوبا فلو تركته وجب القضاء وعدم الكفارة هنا اولى وكذا يجب على المجنب التيمم لو تعذر الغسل على الاقوى فلو تركه احتمل وجوب القضاء والكفارة كما لو ترك المبدل منه والقضاء خاصة للاصل وعدم لزوم مساواة البدل للمبدل منه من كل وجه قوله والنذر المشترط سفرا وحضرا الخ انما وصفه بالشهرة دون القوة لضعف مستنده ظاهرا فانه خبر مقطوع ضعيف لكن العمل به متعين لعدم القائل بخلافه قال العلامة في المختلف حكاية عن الشيخين لا نعلم لهما مخالفا في ذلك قوله وهل يصوم مندوبا قيل لا وقيل يكره وهو الاشبه الاخبار الصحيحة دالة على المنع من الصوم سفرا من غير تقييد بالواجب لكن وردت اخبار مرسلة بجواز المندوب للمسافر وعمل بها اكثر الاصحاب حاملين للاخبار الاول على الكراهة للمندوب جمعا بينها وبين ما دل على الجواز وقد عرفت ما فيها الا ان دلائل السنن يتسامح فيها ويمكن الاحتجاج للجواز بحديث من بلغه شيء من اعمال الخير وح فالقول بالكراهة لا بان يراد كونه انقص ثوابا من الصوم في الحضر كنظائره من مكروه العبادة وح فلا ينافي اصل الاستحباب قوله ويصح كل ذلك ممن له حكم المقيم وهو من نوى اقامة عشرة ايام في غير بلده او مضى عليه ثلثون يوما مترددا في الاقامة وكثير السفر والعاصي به قوله ولو استيقظ جنبا لم ينعقد صومه لا فرق في ذلك بين من علم بالجنابة ليلا وتعمد البقاء عليها ومن لم يعلم بها حتى اصبح لاطلاق النهي في الخبر ولان القضاء موسع نعم لو تضيق برمضان امكن جواز القضاء للثلثة كما ينعقد مع ذلك كل صوم معين وفي حكم القضاء النذر المطلق والكفارة قبل التلبس بها ولو كان في الاثناء يشترط حيث التتابع او في اثنائه حيث يشترط تتابعه فوجهان اجودهما عدم صحة الصوم ولا ينقطع التتابع لعدم التقصير قوله وقيل ولا بد بالنسبة الى القول ساكتا عليه يشعر بتوقفه فيه ووجه عدم الجواز انه غير معين فلم يصح صومه كقضاء رمضان وان الجنب غير قابل للصوم في تلك الحال والصوم لا يتبعض ومستند الجواز رواية عبد الله بن بكير عن الصادق في الرجل يجنب ثم ينام حتى يصبح ايصوم ذلك اليوم تطوعا فقال اليس هو بالخيار ما بينه وبين نصف النهار وفي رواية ابن بكير اطلاق الصحة

٤٦ اذا اغتسل وحملها الشهيد ره على المعين او الندب وهو يشعر بتجويزه ذلك ويؤيده ايضا جواز تجديد الندب للعازم على الافطار خصوصا بعد الزوال لكن
ايضا ينافى للصوم وعدم قابلية الصوم للجنب انما يمنع منه حال الجنابة اما بعد الغسل فلا ويمنع عدم تبعض الصوم مطلقا وقد تقدم النص الصحيح بان الثواب
بعد الزوال انما لزم الصوم ما بعد النية وهذه الادلة وان ضعف بعضها الا انها لا تقصر عن ادلة جواز صوم النافلة سفرا وقد عمل بها المص والجماعة
تساهلا بادلة السنن وخبر من بلغه شيء من اعمال الخير فيشملها قوله ويصح من المريض ما لم يتضرر به بحيث الضرر المجوز للافطار يخوف زيادته بسبب الصوم
او بطء برئه او بحصول مشقة شديدة لا يتحمل مثلها عادة او بحدوث مرض اخر والمرجع في ذلك الى ما يجده المريض من نفسه او باخبار عارف او طبيب يحصل
الظن بصدقه وان كان فاسقا او كافرا ولو خاف الصحيح حدوث المرض بالصوم ففي جواز افطاره كالمريض نظر من حصول الضرر وورود النص في المريض
قوله البلوغ الذي يجب معه العبادات الاحتلام او الانبات اه الخلاف في الاخير فقد قيل انه يكفى بلوغ ثلث عشرة سنة استنادا الى رواية ضعيفة السند
والمراد ببلوغ تلك السنة اكمالها لا الدخول فيها وان كان العرف قد يقضى بانه بلوغ لتلك السنة وقد ورد في بعض الاخبار اكمال خمس عشرة سنة والمراد
بها الهلالية الحقيقية فلا يكفى التقريب ويعلم السن بالبينة والشياع وهل يكفى قول الابوين او الاب احتمال ولو شك في البلوغ فلا وجوب عملا
بالاصل ولا يجب التعرض للجماع لو ظن انه يمنى به نعم لو وجد على بدنه او ثوبه المختص به منيا حكم ببلوغه مع امكانه ولو كان مشتركا فلا قوله يمرن الصبي
والصبية على الصوم قبل البلوغ اه التمرين تفعيل من المرانة وهي الصلابة والعادة يقال مرن بالفتح على الشيء يمرن مرونا ومرانة اذا اعتاده واستمر
عليه ويقال مرنت يده على العمل اذا صلبت والمراد هنا حمل الولي الصبي والصبية على الصوم ليعتاده ويصلب عليه فلا يجد فيه مشقة بعد البلوغ
وكذا القول في الصلوة وغيرها من العبادات ويفهم من قوله ويشدد عليهما لسبع انما يؤمران به قبل السبع من غير تشديد مع الطاقة ورواية معوية بن
وهب عن الص دالة على عدم التحديد وكذا مقطوعة سماعة ولو اطاق بعض النهار لصحيحة الحلبي عن الص قوله والاعتكاف على وجه لو وجب بنذر
وشبهه واليوم الثالث اذا اعتكف يومين ندبا وما اشبه ذلك قوله او يرى رؤية شائعة المراد بالشياع هنا اخبار جماعة بالرؤية تامن النفس من
تواطؤهم على الكذب ويحصل باخبارهم الظن المتاخم للعلم واعتبر العلامة في التذكرة افادة العلم ولا ينحصر ذلك في عدد نعم يشترط كونهم ثلثة فما زاد ولا فرق
بين خبر الكبير والصغير والذكر والانثى والمسلم والكافر اذا حصل الوصف ومع تحقق الشياع يجب الصوم على من علم به وان لم يحكم به حاكم ولا فرق في
ذلك بين هلال رمضان وغيره قوله وشهد شاهدان اه الاصح ثبوته بشاهدين عدلين مط وان لم يحكم بهما حاكم بل ولو رد شهادتهما لعدم علمه بحالهما
فانه يثبت الهلال عند من يطلع على عدالتهما ولو شهد الشاهدان على مثلهما او على الشياع قبل ايض قوله وقيل يقبل مع العلة المراد بالعلة هنا
ما نعا يمنع من رؤية الهلال كغيم ونحوه وبه يقول سواء كانا من البلد او خارجه على خلاف الشيخ حيث اعتبر شهادة خمسين من البلد في الصحو واثنين من
خارج قوله واذا رؤى في البلاد المتقاربة كالكوفة وبغداد اه المراد انه اذا رؤى في احد البلاد المتقاربة ولم ير في الباقي وجب الصوم على الجميع بخلاف
المتباعدة فان لكل واحدة منها حكم نفسها ولا ريب في كون مثل بغداد والكوفة متقاربا ومثل خراسان والعراق والشام متباعدا ان الكلام في الحد
الذي يوجب البعد والظاهر ان المرجع فيه الى اختلاف المطالع فانها هي الموجبة لاختلاف الرؤية بناء على ما دلت عليه البراهين الاعتبارية من ان الارض
كروية فيختلف المطالع باختلاف محالها وتطلع الكواكب على جهاتها الشرقية قبل طلوعها على الغربية وكذا في الغروب فعلى هذا يمكن ان لا يرى الهلال
عند الغروب في البلاد الشرقية لقربه من الشمس ثم يرى في تلك الليلة في الغربية لتاخر غروبها فيحصل التباعد بينهما الموجب للرؤية وهذا امر قد شهدت
به التجربة فضلا عن البراهين ويتفرع على ذلك ما لو راى الهلال في بلد ليلة الجمعة مثلا ثم سافر الى بلد بعيدة شرقية قد رؤى فيها ليلة السبت او بالعكس
فانه ينتقل حكمه الى الثاني على اظهر القولين فيصوم احدا وثلثين ويفطر التاسع والعشرين ولو اصبح معيدا ثم انتقل ليومه ووصل قبل الزوال امسك تبعا
واجزاه او بعده امسك مع القضاء ولو انعكس افطر والاولى مراعاة الاحتياط في هذه الفروض لعدم النص وانما هي امور اجتهادية قد فرعها العلماء على
هذه المسئلة مختلفين فيها قوله ولا يثبت بشهادة الواحد على الاصح خالف في ذلك سلار ره واجتزأ بشهادة العدل الواحد في هلال رمضان لا
غيره استنادا الى ظاهر رواية والمشهور بل الاجماع على خلافه وعلى القول به لا يثبت غير الصوم من الاحكام المتعلقة بشهر رمضان كما لو كان منتهى اجل
او عدة او مدة ظهار ونحو ذلك نعم قد يثبت به هلال شوال تبعا وان لم يثبت اصالة كما لو مضى ثلثون يوما من تلك الشهادة فانه يجب الافطار والحكم
بدخول شوال ووجوب الفطرة وغير ذلك لاستلزام ثبوت وجوب الصوم ذلك قوله ولا بشهادة النساء اى لا يثبت بها الهلال من حيث هي شهادة
وذلك لا ينافى ثبوته بهن من جهة اخرى كما لو حصل بهن الشياع فان شياعهن معتبر في ذلك كغيرهن قوله ولا اعتبار بالجدول هو حساب مخصوص
ماخوذ من سير القمر ومرجعه الى عد شهر تاما وشهر ناقصا في جميع السنة فيجعل المحرم ثلثين وصفر تسعة وعشرين وهكذا فيكون شعبان ناقصا
ابدا ورمضان تاما ابدا وهذا الحساب قريب من كلام اهل التقويم فانهم يجعلون الاشهر كذلك في غير السنة الكبيسة وفيها يجعلون ذى الحجة تاما بعد
ان كان تسعة وعشرين في غيرها ولا اعتبار بذلك كله لعدم ثبوته شرعا بل ثبت ما ينافيه قال الص شهر رمضان يصيبه ما يصيب الشهور من الزيادة
والنقصان وعن النبي ص من صدق كاهنا او منجما فهو كافر بما انزل على محمد وايض فاهل التقويم لا يثبتون اول الشهر بمعنى جواز الرؤية بل بمعنى تاخر
القمر عن محاذاة الشمس ليترتبوا عليه مطالبهم من حركات الكواكب وغيرها ويعترفون بانه قد لا يمكن رؤيته بل يقولون ان الاغلب عدم امكان رؤيته
تلك الليلة وقد لا يمكن ايض ويتفق نادرا ان لا يمكن في الثالثة ايض والشارع علق الاحكام الشرعية على الرؤية لا على التاخر المذكور قوله ولا
بالعدد المراد بالعدد عد شعبان ناقصا ابدا وشهر رمضان تاما ابدا كما روى في شواذ الاخبار عن الص وقد يطلق العدد على عد شهر تاما وشهر
ناقصا في جميع السنة وعلى عد خمسة من هلال الماضية وعلى عد تسع وخمسين من هلال رجب وعلى عد كل شهر ثلثين ثلثين وانما خصصنا المقتضى

بالاول

بالاول لانه هو المشهور في تفسيره ولدخول الثاني في الجدول فاستغنى بنفيه وسيأتي في كلامه ذكر الثالث والرابع يرجع الى الجدول ايضا وان لم يتعين كون الناقص ٤٧
شعبان واما الخامس فيستثنى في مذهب المص العمل به مع عدم الشهرة وكذا به اكثر الاصحاب فلا يتم اطلاق نفيه قوله ولا بغيبوبة الهلال بعد الشفق ولا برؤيته
يوم الثلثين اه ذهب الاصحاب الى ثبوته بذلك بمعنى انه لو بقى الهلال الى ان ذهب الشفق الاحمر حكم به لليلة الماضية وكذا لو رؤى قبل الزوال يحكم
بان ذلك اليوم منه وانه اذا لم يغب حتى تطوق ويتحقق جرمه مستديرا حكم به لليلة الماضية استنادا الى اخبار شاذة ومعارضة باقوى منها والاشهر
قوله ولا بعد خمسة ايام من اول الهلال في الماضية بمعنى انه لو تحقق الهلال في السنة الماضية عد من اوله خمسة ايام وصام اليوم الخامس كما لو اهل في الماضي
يوم الاحد فيكون اول رمضان الثاني يوم الخميس وبه روايات لا تبلغ حد الصحة ولا اعتبار بذلك شرعا وان كان الاغلب كذلك في غير السنة الكبيسة واما فيها
فلا بد من عد ستة ويكفى في فساد اعتبار الخمسة عدم تعرض قولها وروايتها لذلك فهي مخالفة للشرع والاعتبار قوله ويستحب صوم يوم الثلثين اه
نبه بذلك على خلاف المفيد ره حيث كره صومه مع الغيم لمن لم يكن صائما قبله محتجا بنهى النبي ص عن صومه وعن زين العابدين ع ذلك النهى بان
المراد به منع صومه بنية رمضان فالاصح استحباب صومه مط قال الص صمه فان يك من شعبان كان تطوعا وان يك من شهر رمضان فيوم وفقت له واعلم ان
موضع الخلاف انما هو مع تحقق كونه شكا لا مطلق يوم الثلثين ولا يتحقق كونه شكا الا مع تحدث الناس برؤيته على وجه لا يثبت او شهادة الواحد
والعدد الذى لا يثبت به الشياع وقد يراد بها كلما افاد الظن بدخول شهر رمضان وان كان بحثا ونحوه والاصح عدم الاجزاء مط قوله ولو غمت
شهور السنة عد كل شهر منها ثلثين وقيل ينقص منها لقضاء العادة بالنقيصة وقيل يعمل في ذلك برواية الخمسة اه الاول هو قول الاكثر لاصالة عدم النقصان
ويشكل بان ذلك خلاف الواقع في جميع الازمان ويمنع كون التام هو الاصل اذ ليس للشهر وظيفة معينة حتى يكون خلافها خارجا عن الاصل شرعا وانما
الاهلة وهي محتملة للامرين ويجاب بان معنى الاصل ان الشهر المعين كشعبان مثلا واقع ثابت فالاصل استمراره الى ان يتحقق زواله ولا يتم ذلك الا
بمضى ثلثين وكذا القول في غيره او يقول اذا حصلت الخفية للهلال وهو المحاق فالاصل بقاؤها وعدم امكان الرؤية الى ان يتحقق خلافه بمضى الثلثين
ولكن ذلك متوجه في الشهرين والثلثة اما في جميع السنة كما هو المفروض ففيه اشكال البعد وعدم وجود نظيره ومن ثم قال جماعة من الاصحاب منهم العلامة
والشهيد ره بالرجوع الى رواية الخمسة ولا باس به عملا بالرواية وقضاء العادة لكن يبقى الاشكال فيما لو غم بعض السنة خاصة كما هو الواقع وحينئذ فعد
الثلثين للشهرين والثلثة اقوى وفيما زاد نظر واشار برواية الخمسة الى ما رواه عمران الزعفراني انه سئل الص ان السماء تطبق علينا بالعراق اليومين
والثلثة لا نرى السماء فاى يوم نصوم قال انظر اليوم الذي صمت فيه وصم يوم الخامس وعمران مجهول والرواية مرسلة في طريق وضعيفة في اخر
وغير صريحة بغمة الجميع ومحتاجة الى تقييد الخمسة بغير السنة الكبيسة وفيها ستة عملا بالعادة ومقتضى الحديث ان القول بالنقيصة مط فليس
بيان الناقص ولكن احالته على العادة تقربه من رواية الخمسة والله اعلم قوله ومن كان بحيث لا يعلم الشهر كالاسير والمحبوس صام شهرا اه اراد بالتغليب
تحرى شهر يغلب على ظنه انه شهر رمضان فيجب عليه صومه ويلحقه حكم شهر رمضان من وجوب المتابعة والكفارة في افساد يوم منه حيث يجب به
ويلحق احكام العيد بعده من الصلوة والفطرة وفي سقوط الكفارة لو تبين بعد ذلك تقدم الشهر او يوم الافساد وجهان تقدم مثلهما ولو لم يظن
شهرا تخير في كل سنة شهرا ويجب بين الشهرين مراعاة المطابقة بين الرمضانين ثم ان ظهرت المطابقة او استمر الاشتباه فلا كلام ولو ظهر متقدما
لم يجز ولو ظهر تقدم البعض اختص بعدم الاجزاء ولو ظهر متاخرا اجزا لكن ان وقع شوال او ذو الحجة وجب قضاء العيد ولو ظهر ناقصا وشهر رمضان
تاما وجب قضاء يوم اخر ايض ولو اتفق صيام شهر رمضان تطوعا فالاقرب الاجزاء ولو علم المحبوس الاشهر لكن لم يعلم ابتداء هلالها كان حكمه حكم
ما لو غمت وقد تقدم قوله ولو كمل بعد طلوعه لم يجب على الاظهر الا ظهر اظهر وكذا المغمى عليه قوله ولو صام لم يجزه مع العلم بالتحريم ويجزيه مع الجهل المراد
ان الجاهل لم يعلم بوجوب الافطار حتى خرج الوقت اما لو ذكر في اثناء النهار وجب الافطار والقضاء والناسى هنا كالجاهل وان افترقا في الصلوة اذ
لا يتصور اعادة الناسى هنا في الوقت قوله او حضر بلده او بلدا يعزم فيه الاقامة عشرة ايام كان حكمه حكم المريض بمعنى ان نية الاقامة ان حصلت قبل الزوال
ولم يتناول وجب عليه تجديد نية الصوم واجزاؤه والا فلا ولو تقدمت نية الاقامة على الوصول كان الاعتبار بالوصول الى البلد قبل الزوال وهل
يعتبر نفس البلد او موضع يسمع فيه اذانها او يرى جدرانها وجهان تقدما في باب السفر قوله وقيل يصح اذا اسلم فان ترك قضى والاول اشبه الاصح
الاول لصحيحة العيص بن القسم عن الص فعلى هذا يكون الكفر من موانع الصحة كالحيض والنفاس والصغر قوله وكذا ان فاته لاغماء الاصح ان المغمى عليه
لا قضاء عليه كالمجنون وهذا الحكم وما قبله ليس تكرارا لما قبل في شرائط الوجوب اذ لا تلازم بين عدم الوجوب وعدم القضاء بل قد يجب القضاء
على من لا يجب عليه الاداء قوله ويجب القضاء على المرتد سواء كان عن فطرة او عن كفر وجوب القضاء على المرتد عن فطرة مع القول بقبول توبته باطنا كما
هو المختار ظاهر فيجب عليه القضاء ويصح منه فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يحكم عليه ظاهرا بالاسلام واما على القول بعدم قبول توبته مط فيشكل
الوجوب فانه تكليف ما لا يطاق كما ان تكليفه بالاسلام مع عدم قبول توبته كذلك وكانهم يريدون بذلك عقابه عليه في الاخرة قوله وكل تارك
لمرض يجب عليه اذا لم يتم مقامه غيره اراد بذلك اخراج نحو الشيخ والشيخة وذى العطاش ومن استمر به المرض الى رمضان اخر فان الفدية تقوم
مقام القضاء قوله ويستحب الموالاة في القضاء احتياطا وقيل بل يستحب التفريق الاصح استحباب المتابعة لصحيحة عبد الله بن سنان وكما لا يجب المتابعة
لا يجب الترتيب فلو قدم اخره جاز وان كان تقديم الاول فالاول هو الافضل كما في المتابعة وكذا لا ترتيب بين القضاء والكفارة وان كانت صوما
قوله وان استمر به المرض الى رمضان اخر اه هذا هو المشهور وبه وردت النصوص الصحيحة وعليه العمل والقول الاخر وجوب قضائه لعموم الاية ووجوب
الجمع بين الخاص والعام بخروجه عن العموم وربما قيل بالجمع بين القضاء والفدية عملا بروايتين حملها على الاستحباب اجود ولا يتكرر الفدية بتكرر السنين

وتطوع فيه كما بالتعدد ومحلها مستحق الزكاة المحتاجة ولا يجب تعدده وكذا القول في كل فدية تجب هنا وهل يتعدى الحكم الى غير المرض كالسفر المستمر الى رمضان وغيره توقف فيه المصنف في المنتهى لعدم النص والمشاركة في العلة وتظهر الفائدة في وجوب الفدية على القادر على القضاء مع تركه وسقوط القضاء عن العاجز والاجود وجوب الكفارة مع التأخير لتعذر عدم وجوب القضاء مع دوام العذر اخذا للاول من مفهوم الموافقة في المريض وللثاني من عموم الآية وبطلان القياس الا على الاولى قوله وان برئ بينهما واخر جازما على القضاء ولا كفارة وان تركه تهاونا آه هذا التفصيل هو المشهور خصوصا بين المتأخرين وفسروا التهاون بعدم العزم على القضاء سواء عزم على الترك ام لم يعزم على واحد من الامرين وغير المتهاون هو الذي عزم على القضاء في حال السعة واخره اعتمادا عليها فلما ضاق الوقت عرض له المانع كالحيض والمرض والسفر الضروري وفي استفادة هذا التفصيل من النصوص نظر والذي ذهب اليه الصدوقان وقواه في س ودلت عليه الاخبار الصحيحة كخبر زرارة ومحمد بن مسلم وغيرهما وجوب القضاء مع الفدية على من قدر على القضاء فلم يقض حتى دخل رمضان الثاني سواء عزم على القضاء ام لا وهذا هو الاقوى واكتفى ابن ادريس بالقضاء وان نوى عملا بظاهر الآية كما في المسئلة السابقة والتقريب بعينه قوله ولا يقضي الولي الا ما تمكن الميت من قوله على رواية وابن منصور بن حازم عن ابي عبد الله ع في الرجل يسافر في شهر رمضان فيموت قال يقضي عنه وان امرأة حاضت في شهر رمضان فماتت لم يقض عنها وكذا المريض قيل والسر في وجوب القضاء على المسافر خاصة تمكن المسافر من الاداء وهو ابلغ من التمكن من القضاء بخلاف المريض والحائض ويشكل الفرق في السفر الواجب ومن ثم ذهب جماعة من الاصحاب الى اعتبار التمكن من القضاء في وجوب القضاء عنه كغيره ولو بالاقامة في اثناء السفر وهو الاقوى والرواية مع عدم صحة سندها يمكن حملها على الاستحباب او على الوجوب لكون السفر معصية وان بعد قوله والولي هو اكبر اولاده الذكور هذا هو المشهور بين المتأخرين والمراد بالاكبر من ليس هناك ذكر اكبر منه فلو لم يخلف الميت الا ذكرا واحدا تعلق به الوجوب وهل يشترط في تحمله بلوغه حين موت ابيه فلو كان صغيرا لم يجب عليه شيء وان بلغ ام يراعى الوجوب ببلوغه فيتعلق به حينئذ وجهان والمعتبر الاكبر بالسن عند الاشتراك في البلوغ وعدمه اما لو اختص احدهما بكبر السن والآخر بالبلوغ بالانبات او الاحتلام ففي تقديم ايهما نظر من انه بتقديم البالغ ولو لم يكن هناك بالوصف المذكور لم يجب القضاء على باقي الوارث وان كانوا اولادا اقتصارا في وجوب ما خالف الاصل على موضع الوفاق ولانه في مقابلة الحبوة وذهب جماعة من القدماء واختاره الشهيد رح وبعض المتأخرين الى وجوب القضاء عند عدم الولد المذكور على كل وارث حتى المعتق وضامن الجريرة والزوج والزوجة ويقدم الاكبر فالاكبر من الذكور ثم الاناث كذلك وهو احوط قوله ولو كان الاكبر انثى سقط القضاء بناء على ما اختاره من اختصاص الولي باكبر اولاده الذكور وعلى القول الآخر يجب عليها القضاء قوله ولو كان له وليان او اولياء متساوون في السن تساووا في القضاء وفيه تردد منشأه من انتفاء الاكبر في صورة الفرض لاستوائهم في السن ومن صدقه على الجميع فان كل واحد لو انفرد تعلق به الوجوب فلا يسقط ذلك بانضمام غيره اليه وهو الاقوى فعلى هذا يقسط عليهم الفائت بالسوية فان انكسر منه شيء وجب عليهم كفاية ويصير عينا عند عدم قيام احد به ولو كان الفائت من قضاء رمضان فصاماه قضاء معا وافطرا فيه بعد الزوال ففي وجوب الكفارة عليهما او وجوب واحدة بالسوية او كونها فرض كفاية كالاصل اوجه اجودها عدم الكفارة ولو افطر احدهما فلا شيء عليه اذا ظن بقاء الآخر والا اثم ولو تبرع احدهما بالجميع او استأجرا ثالثا او احدهما الآخر فالاقرب الجواز قوله ولو تبرع بالقضاء بعض سقط يمكن ان يريد به تبرع بعض الاولياء المتساوين في السن بناء على الوجوب عليهم جميعا وتبرع اجنبي على الولي مط وما هو اعم ووجه السقوط حصول المقتضي وهو براءة ذمة الميت من الصوم ويحتمل عدم الاجزاء لان المكلف به هو الولي فلا يجزي فعل غيره عنه عملا بظاهر الآية ولو صام الاجنبي باذن الولي او احد الوليين باذن الآخر فاولى بالجواز قوله وهل يقضي عن المرأة ما فاتها فيه تردد منشأه من اشتراك الذكور والاناث في الاحكام غالبا وظ رواية ابي بصير وعن اصالة البراءة وانتفاء النص الصريح والاول اولى وانما اقوى قوله وحيث لم يوجب على الوارث القضاء لو اوصى به الميت وجب انفاذ وصيته وقضاؤه عنه ولو لم يوص به فالمشهور عدم الوجوب خلافا لابي الصلاح حيث جعله كالحج قوله اذا لم يكن له ولي او كان الاكبر انثى آه هذا مبني على اختصاص الولي بالولد الذكر كما مر ووجه سقوط القضاء عن الاناث عدم الوجوب واما الصدقة فاوجبها الشيخ وجماعة كما ذكر وتوقف فيها المص وجعلها قولا لعدم النص الصريح بها وعلى هذا الوجه فان الموجود في ذلك رواية ابي مريم الانصاري وهي متضمنة لتقديم الصدقة على قضاء الولي وعمل بها المرتضى والجماعة لا يقولون بمضمونها واعلم انه متى كان الاكبر انثى وكان الذكر دونها في السن فالقضاء متعلق به مع بلوغه قطعا ومع عدمه عند بلوغه كما مر وانما يسقط القضاء مع كون الاكبر انثى اذا لم يكن له الا اناث او لم يكن له غيرها على تفسير الاكبر من ان المراد به انه ليس هناك اكبر سواه وهذه الصور كلها داخلة في عبارة المص ومقتضية لسقوط القضاء في الجميع ولم يكن كذلك فكان حقه ان يستثني الاولتين او الاولى اللهم الا ان يذهب المص الى ان المراد بالولي هو الاكبر ان كان ذكرا والا فلا كما يظهر من كلامه هنا فلا يجب على تقدير كون الاكبر انثى عليها ولا على الذكر الصغير وان كان بالغا فيتم اطلاقه هنا الا انا لا نجده الاول قوله ولو كان عليه شهران متتابعان صام الولي شهرا آه لا فرق في الشهرين اللذين على الميت بين كونهما واجبين عليه على التعيين كالمنذورين وكفارة الظهار مع قدرته عليه في حال الحياة وعجزه عن العتق وعلى التخيير ككفارة رمضان على تقدير اختيار الولي الصوم فان التخيير ينتقل اليه كما كان للميت وله ان يختار الاعلى من الاصل وهذا الحكم تخفيف على الولي بالصدقة عن احد الشهرين من مال الميت مع ان النصوص تقتضي وجوب قضاء الجميع عليه ومستند هذا الحكم المستثنى من عموم القضاء رواية الوشاء عن الرضا ع قال سمعته يقول اذا مات رجل وعليه صيام شهرين متتابعين من علة فعليه ان يتصدق عن الشهر الاول ويقضي الثاني ومقتضى الرواية تحتم الصدقة عن الشهر الاول فلا يجزيه صوم الشهرين لو اراده ولا الصدقة عن الثاني وذهب بعض الاصحاب الى تخيير الولي بين الصوم والصدقة كما ذكر وهو ظ المص في النافع لكن في سند الرواية ضعف فالقول بتعين صوم الجميع على الولي اقوى وعلى القول بها يقتصر على موردها

فلا يتعدى الى غير الشهرين قوله القاضي لشهر رمضان لا يحرم عليه الافطار قبل الزوال هذا اذا كان الوقت متسعا اما لو تضيق برمضان الثاني حرم عليه الافطار لكن لا يجب الكفارة وكذا لو ظن الوفاة قبل فعله بعد ذلك والضابط ان كل من دخل في صوم واجب غير معين كمنذور رمضان حيث لا يتضيق والنذر المطلق وشبهه والكفارة فانه يجوز له الخروج منه اختيارا الا في قضاء رمضان بعد الزوال ولو كان الواجب متعينا لم يجز له الخروج منه مطلقا وابو الصلاح في الاول فاوجب المضي في كل صوم واجب شرع فيه وحرم قطعه مط قوله ويحرم بعده ويجب معه الكفارة لا خلاف في تحريم الافطار بعد الزوال في قضاء رمضان والمنصوص وارد به والحق به بعض الاصحاب قضاء كل صوم واجب كالنذر المعين لصحيحة عبد الله بن سنان عن الص حيث جعل مناط الحكم قضاء الفريضة والمشهور الاول وحيث يحرم الافطار يجب المضي فيه وان فعل المفطر كرمضان والظ ان ذكر الكفارة بنكرة السبب كما مر وما ذكره من الكفارة هو المشهور والاصح وقيل كفارة رمضان قوله اذا نسي غسل الجنابة ومضى عليه ايام آه القول بوجوب قضائهما هو الاقوى والاشهر لصحيحة الحلبي عن الص وغيرها ولا فرق في ذلك بين اليوم والايام وجميع الشهر وفي حكم الجنابة الحيض والنفاس وفي حكم رمضان المنذور المعين وما اختاره المص تبعا لابن ادريس بناء على اصل ابن ادريس من المنع من العمل بخبر الواحد وكون الطهارة الكبرى ليست شرطا في الصوم الا مع العمد لا على اصول المص فكان قوله بعض ولو ترك الغسل كذلك جهلا بوجوبه للصوم وجب قضاؤه بطريق اولى وفي وجوب الكفارة الوجهان ويبقى في المسئلة اشكال وهو انه قد تقدم ان من نام جنبا اول مرة فاصبح لا يجب عليه القضاء ولا المبادرة الى الغسل ذلك اليوم لاجل الصوم فلو ترك الغسل مجموع النهار صح الصوم فكيف يتم الحكم بصحة الصوم ذلك اليوم مع تعمد ترك الغسل ووجوب قضائه مع نسيان ذلك اليوم مع فرض ذكره ليلا ثم نسيانه الى انقضاء النهار حتى لو فرض انه نام النومة الاولى واصبح ناسيا الجنابة فمقتضى ما هنا وجوب قضاء ذلك اليوم وهو مناف للاول واجيب بحمل ما هنا على الناسي ليلا بعيدا لا انتباه او على ما عدا النوم الاول على تقدير النسيان بعد فوات محل الغسل جمعا بين النصوص ولعل مخالفة المص في الحكم هنا لاجل ذلك حيث لم يجد قائلا بالتفصيل ولم يمكن القول بالقضاء مط لمنافاته لما مر والله اعلم قوله والحق بذلك من افطر على محرم آه قد تقدم الكلام في ذلك وان العمل بالرواية اقوى وانما جعله الحاقا لانه لا يقول به او للخلاف فيه قوله وفي كفارة جزاء الصيد تردد آه منشأ الخلاف من دلالة الآية صريحا على التخيير ويعضدها الرواية الصحيحة عن الص ان او في القرآن للتخيير حيث وقع ومن دلالة الرواية عن الص على الترتيب ولا ريب ان القول بالترتيب احوط وان كان القول بالتخيير اقوى والمراد بالصيد هنا النعامة والبقرة الوحشية والظبي وما الحق بها لا مطلق الصيد لان منه ما هو مرتب قطعا كما سيجيء بيانه قوله والحق بهذه كفارة شق الرجل ثوبه على زوجته او ولده آه انما جعل هذه الحاقا لان في وجوب الكفارة فيها خلافا فمن اوجبها الحقها والمشهور ان كفارتها كفارة يمين فيكون صومها مرتبا على غيره كما ذكره والمراد المرأة ونتفها في المصاب لا في مطلق الاحوال وانما اجمله لان الكلام فيه يأتي في باب الكفارات وانما الغرض هنا مجرد ذكر الصوم قوله والحق بها جز المرأة شعر رأسها في المصاب الكلام في الالحاق كما مر لوقوع الخلاف في هذه الكفارة دون ما سبق فمن اوجبها وجعلها كفارة رمضان الحقها بالاقسام الثلاثة والا فلا وسيأتي الكلام فيها في محلها وكان عليه ان يجعل كفارة خلف النذر والعهد من الملحق للخلاف فيه فان من جعلها كفارة يمين يكون عنده من القسم الثاني ولعله ادرجها بغير الحاق نظرا الى الحكم فيها قوله وهو كفارة الواطئ امته المحرمة باذنه فان كفارته بدنة او بقرة او شاة مخير في الثلاثة فان عجز عن الاولين فشاة او صيام ثلثة ايام فالصيام فيها مرتب على غيره وهو البدنة والبقرة مخير بينه وبين غيره وهو الشاة قوله وكلما يشترط فيه التتابع اذا افطر فيه يستثنى من هذه الكلية ثلثة مواضع صوم كفارة اليمين وقضاء رمضان وثلثة الاعتكاف فان الافطار في هذه الثلثة يوجب الاستئناف مط ومتى جاز البناء مع العذر يجب المبادرة اليه بعد زواله على الاصح قوله ثم افطر يوم النحر جاز ان يبني بعد انقضاء ايام التشريق آه ظاهره ان التتابع لا ينقطع بالعيد بعد اليومين وان كان يعلم ان العيد يأتي كذلك واطلاق الرواية يدل عليه ايضا ويظهر من بعض الاصحاب ان البناء مشروط بما لو ظهر العيد وكان ظنه يقتضي خلافه والا استانف قوله والحق به من وجب عليه شهر في كفارة الى قوله وفيه تردد الضمير العائد الى الملحق به يعود الى ما ذكر من وجب عليه صوم شهر متتابع بنذر ووجه التردد اشتراك الشهرين في الوجوب في اشتراط التتابع فالاكتفاء بخمسة عشر في الاول يوجب الحاق الثاني للاشتراك ومن اختصاص النص بالمنذور والحاق غيره به قياس مع ان الاصل يقتضي متابعة الجميع وقد يعتني باندراجه في النص من حيث وروده فيمن جعل على نفسه شهرا والجعل يتحقق في الظهار وقتل الخطأ باعتبار فعل السبب ولا بأس به وما قيل من ان التردد هنا في موضعين هذا احدهما والآخر التضعيف على العبد ان يجعل لمناسبة تضعيف الحد وعدمه لعموم النص خروج بالبحث الى ما لا يقتضيه المقام ولا يناسب الكلام قوله فمن وجب عليه شهران متتابعان لا يصوم شعبان الا ان يصوم قبله ولو يوما لا يقتضي الاستثناء انه لو فعل ذلك صح لسلامة شهر شعبان مع اليوم السابق وهو يقتضي ان البداءة بالصوم في اثناء الشهر لا يوجب اعتبار كون الشهر ثلثين متصلة والمواضع القولين في المسئلة وعلى القول الآخر لا بد في الحكم بالصحة من فرض تمامية شعبان ليسلم له واحد وثلثون يوما وهذا البحث آت في جميع الآجال والعدة ونحوها قوله وكذا الحكم في ذي الحجة مع يوم آخر اي لا يصح الانتقال عليه بمعنى حصول الموالاة لعدم تحقق الشهر واليوم بسبب العيد وظاهره انه لو ضم اليه يومين صح كغيره وليس كذلك لان العيد هنا متوسط فلا يسلم معه العدد بل لا بد من تتابع شهر ويوم كغيره قوله وقيل القاتل في اشهر الحرم يصوم شهرين منها ولو دخل فيهما العيد المراد انه يصوم شهرين من اشهر الحرم وان دخل بينهما العيد وايام التشريق صامها واجزأت عنه وان كان صومها محرما لولا ذلك وسياق الكلام لا يدل على هذا المعنى بل على ان تخللها لا يقطع التتابع لان البحث انما هو عنه وليس ذلك مرادا ولقد كان حق هذه المسئلة ان تذكر عند ذكر تحريم صوم العيد وايام التشريق وسبق الاشارة اليها عنده لكن لما ذكر ان ذا الحجة لا يجزي مع يوم آخر ناسب حكم المسئلة ومستند القول رواية زرارة عن الباقر بذلك وظاهر الرواية تحتم ذلك والاصح المنع والحديث لا دلالة فيه على صومهما قوله فلا يحصل فيه

كصيام ايام السنة لا يخفى ان المراد بايام السنة غير الواجب منها والمحرم لاستحالة اجتماع الوجوب الحقيقي مع الندب كذلك وكذا التحريم ويدخل فيها ما كره صومه اذ يمكن اجتماع المكروه من العبادة والمندوب فانهم لا يريدون بالمكروه منها ما كان تركه ارجح من فعله كما هو المراد من المكروه بقول مطلق لان العبادة لا تكون الا راجحة فضلا عن ان تكون مرجوحة لكونها قربة فلا بد فيها من الرجحان وانما يريدون بالمكروه فيها ما كان مرجوحا بالاضافة الى غيره وان كان في نفسه راجحا ويعبر عنه بخلاف الاولى وهو اصطلاح خاص فعلى هذا يمكن مجامعته للواجب ايضا لذلك ويثاب عليه قوله فانه جنة من النار هذا لفظ الحديث النبوي والجنة بالضم ما استترت به من سلاح والجنة السترة قاله الجوهري والصوم في الحديث عام من الواجب والندب والمراد انه موجب المغفرة والعفو عن الذنب الموجب للنار زيادة على غيره من العبادات والا فكل واجب يقي من النار المستحقة بسبب تركه وكل مندوب يرجى به تكفير الصغائر الموجبة لها كما قال تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات وقد ورد ان اعمال الخير من الصوم والصلوة وغيرها يكفر الذنوب الصغائر فبقي ان للصوم خصوصية زائدة على غيره في حصول المغفرة ودفع العذاب لا يحصل في غيره ومثله ما ورد في الحديث القدسي كل عمل ابن ادم له الا الصوم فانه لي وانا اجزي به وقد قيل في وجه اختصاصه بذلك من بين العبادات مع ان اعمال ابن ادم كلها لله وكل نفعها عائد الى فاعلها وبما تقدم اختصاصه بترك الشهوات ووقوع التقرب بغيره لغير الله والتشبه بصفات الله الالهية وهي الصمدية وايجابه صفاء العقل والفكر بواسطة ضعف القوى الشهوية الموجب لحصول المعارف الالهية التي هي اشرف احوال النفس الانسانية وقد قال ع لا يدخل الحكمة جوفا ملئ طعاما واشتماله على العبادة الخفية التي لا يطلع عليها سوى الله وهذه الخواص باجمعها لا توجد في غيره من العبادات وان وجد احادها في احاده فاستحق بذلك مزية على غيره وان كان لغيره مزية من جهة اخرى قوله وصوم ثلثة ايام من كل شهر اه كون الثلثة هي ما ذكره هو المشهور رواية وفتوى وروى اربعاء بين خميسين ثم خميس بين اربعائين في الشهر الاخر وهكذا وعمل به ابن الجنيد وقال ابو الصلاح الصوم ثلثة ايام من كل شهر خميس في اوله واربعاء في وسطه وخميس في اخره والكل مستحب غير ان الافضل الاول رواها حماد بن عثمان عن الص ع وعللها بان من قبلنا من الامم كانوا اذا نزل على احدهم العذاب نزل في هذه الايام فصامها رسول الله ص ومات على صومها وقال انهن يعدلن صوم الدهر ويذهبن بوحر الصدر قال حماد الوحر الوسوسة ويختص هذه الايام باستحباب قضائها لمن فاتته ولو قضاها في مثلها حصل على فضيلتي الاداء والقضاء قوله وصوم ايام البيض في الكلام حذف الموصوف تقديره ايام الليالي البيض فان العرب سموا كل ثلث ليال من الشهر باسم وسموا هذه الليالي بيضا لبياضها اجمع بضوء القمر فانه يطلع فيها اول الليل ولا يغيب حتى يطلع الفجر ويمكن ان لا يكون في العبادة حذف بل اضافة الموصوف الى الصفة اي الايام البيض لما ذكره الصدوق ره في كتاب العلل باسناده الى النبي ص ان ادم لما اكل من الشجرة اسود لونه فلما اراد الله التوبة عليه ناداه مناد من السماء صم لربك فصام هذه الايام الثلثة فا[illegible] منه في كل يوم منها ثلث وذهب سواده في اخرها فسميت ايام البيض لرد الله تعالى فيها على ادم بياضه في حديث طويل قال الصدوق في اخره وانما ذكرت الحديث لما فيه من ذكر العلة وليعلم السبب في ذلك ولان الناس اكثرهم يقولون انها انما سميت بيضا لان لياليها مقمرة وعلى هذا التفسير يجوز ان يقال الايام البيض بالوصف خلافا لمن منع منه من اهل اللغة بناء على التفسير الاول قوله وصوم يوم الغدير ويوم مولود النبي ص ودحو الارض يوم الغدير هو ثامن عشر ذي الحجة وروي ان صومه يعدل العبادة من ابتداء الدنيا الى انقضائها ومولد النبي ص سابع عشر شهر ربيع الاول ومبعثه سابع عشر شهر رجب ودحو الارض يوم الخامس والعشرين من ذي القعدة ومعنى دحو الارض بسطها من تحت الكعبة قوله وصوم عرفة لمن لم يضعفه عن الدعاء ويحقق الهلال اشار بذلك الى ان استحباب صومه مشروط بشرطين احدهما ان لا يضعفه عن الدعاء بمعنى انه ينقص عما هو عازم عليه منه في الكمية والكيفية كمنافاة الخشوع بسبب الجوع والعطش فان الخشوع واقبال القلب روح العبادة وفي هذه دلالة على ان الدعاء في ذلك اليوم افضل من الصوم والثاني ان يحقق الهلال بحيث ان يرى في اول الشهر رؤية لا يحصل فيها التباس واحتمال كونه لليلة الماضية حذرا من صوم العيد وينبغي قراءته ويحقق بفتح القاف المضعفة وفتح الاخر ليكون فعلا ماضيا معطوفا على قوله لم يضعفه اي لمن اجتمع له الامران فيكون الضمير المستكن في الفعل عائدا الى الموصول قوله وصوم عاشوراء على وجه الحزن اشار بقوله على وجه الحزن الى انه صوم ليس صوما معتبرا شرعا بل هو امساك بدون نية الصوم لان صومه متروك كما وردت به الرواية وينبه على ذلك قول الص صمه من غير تبييت وافطره من غير تشميت وليكن فطرك بعد العصر فهو عبارة عن ترك المفطرات اشتغالا عنها بالحزن والمصيبة و ينبغي ان يكون الامساك المذكور بالنية لانه عبادة قوله ويوم المباهلة هو الرابع والعشرون من ذي الحجة وهو يوم صدقة امير المؤمنين بخاتمه مصليا حتى نزلت فيه الاية وقيل المباهلة هو الخامس والعشرون قوله واول ذي الحجة هو مولد ابرهيم روي ان صومه يعدل ثمانين شهرا وصوم التسعة الى العيد يعدل صوم الدهر قوله ويمسك الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا الطامث اذا حاضت او نفست قوله ولا يجب صوم النافلة بالدخول فيه وكذا القول في جميع النوافل عدا الحج والعمرة فانهما يجبان بالدخول فينوى بباقي افعالهما بعد الاحرام الوجوب والاعتكاف على تفصيل ياتي قوله ويكره بعد الزوال اي افطاره اقتراحا والا فقد لا يكره بل يستحب كالمدعو الى طعام وسيجيئ قوله وصوم الضيف نافلة من غير اذن مضيفه والاظهر انه لا ينعقد مع النهي وكذا يكره صوم الولد من غير اذن والده قد اختلف كلام الاصحاب في الضيف والولد فذهب المص الى كراهة صومهما بدون الاذن من غير تحريم وجزم بالتحريم بالضيف مع النهي وفي النافع اشترط الاذن في صحة صومهما وكذا اطلق جماعة وفي بعض اشترط الاذن في الولد خاصة محتجا برواية هشام بن الحكم المصرحة بعقوقه من دون الاذن وبرواية الزهري عن زين العابدين ع مطلقة في اشتراط الاذن في الجميع لكن في طريقها ضعف كرواية هشام فالاولى الحكم بالكراهة بدون الاذن فيهما وكذا يكره صوم المضيف بدون اذن الضيف للرواية قوله والصوم ندبا لمن دعا الى طعام لا فرق بين دعائه في اول النهار واخره ولا بين تهيئ الطعام له ولغيره ولا بين من يشق عليه المخالفة وغيره لاطلاق النص نعم يشترط كونه مؤمنا والحكمة في افضلية الافطار على الصوم اجابة دعوة المؤمن وادخال السرور في قلبه وعدم رد قوله لا مجرد كونه اكلا وقد روى داود الرقي عن ابي عبد الله ع انه قال لـ

عليه

لافطارك

لافطارك في منزل اخيك المسلم افضل من صيامك سبعين ضعفا او تسعين ضعفا وروى جميل بن دراج عنه ع من دخل على اخيه وهو صائم فافطر عنده ولم يعلمه بصومه فيمن عليه كتب الله له صوم سنة قوله وصوم العيدين وايام التشريق لمن كان بمنى على الاشهر يمكن كون الخلاف اشارة الى ما تقدم من الخلاف في ان القاتل في اشهر الحرم يجوز له صوم العيدين وايام التشريق في كفارته كما رواه زرارة فيكون المسئلة مكررة وروى اسحق بن عمار عن الص صيام ايام التشريق بدلا من الهدي ويظهر من بعض الاصحاب به قائلا فيجوز الاشارة بالاشهر الى الخلاف ويمكن ان يعود الى ما دل عليه اطلاق الحكم لمن كان بمنى فيكون اشارة الى خلاف من شرط في تحريم ايام التشريق كونه ناسكا فلا يحرم صومها على غيره وان كان بمنى وقد تقدم الكلام ايضا فيه ويظهر من المص في النافع ان الخلاف اشارة الى الاول لانه عقبه بقوله وقيل القاتل اه قوله وصوم نذر المعصية كان ينذر الصوم عند فعله المحرم شكرا او ترك الطاعة كذلك ولو قصد في الاولين الزجر وفي الاخيرين الشكر كان النذر طاعة والفارق بين الطاعة والمعصية في الجميع النية وحيث لم ينعقد النذر فالواقع من الصوم مع حصول الشرط على ذلك الوجه كان محرما قوله وصوم الصمت هو ان ينوي الصوم ساكتا فانه محرم في شرعنا وان كان ترك الكلام في جميع النهار صائما غير محرم مع عدم ضمه الى الصوم في النية قوله وصوم الوصال وهو ان ينوي اه المشهور عند الاصحاب من التفسيرين هو الاول والاجود تحققه بالتفسيرين وانما يحرم مع نيته ذلك اما لو اخر الصائم عشاءه ولم يكن قد نوى ذلك في الابتداء لم يحرم وكذا لو ترك الافطار ليلا قوله وصوم المرأة ندبا وكذا المملوك ما اختاره المص هنا هو الاجود ولا فرق في الزوجة بين كون الزوج حاضرا او غائبا ولا في المملوك بين ان يضعفه عن حق مولاه قوله وصوم الواجب سفرا عدا ما استثني المستثنى ثلثة المنذور سفرا وحضرا والثلثة في بدل الهدي والثمانية عشر في بدل البدنة وصوم كثير السفر وناوي الاقامة عشرا والعاصي به وفي كفارة الصيد قول قوله المرض الذي يجب معه الافطار ما يخاف به الزيادة بالصوم تصدق الزيادة بزيادة المرض وزيادة مدته ببطء برئه والامر فيهما كذلك ويكفي في العارف الذي يجوز الرجوع اليه عدالته ذلك مع ظن صدقه وان كان كافرا قوله ولو صام جاهلا بوجوبه قضاه ولو كان جاهلا لم يقض لا اشكال في القضاء على العالم بالوجوب حال الصوم وعدمه على الجاهل باصل وجوب الافطار وانما الكلام في الناسي فان الاكثر لم يتعرضوا له هنالك وفي اللمعة الحقه بالعامد وهو اولى وقد تقدم ذكره ولو علما في اثناء النهار افطرا وقضيا قطعا قوله ويشترط على ذلك تبييت النية اي نية السفر ليلا فلو طرأت نهارا او سافر لم يفطر ذلك اليوم مطلقا والقول الاوسط عدل فيجب الافطار مع خروجه قبل الزوال بحيث يتجاوز حدود البلد وهو موضع خفاء الجدران والاذان قبله ولا اعتبار باول الخروج وقد اورد على القول باعتبار تبييت نية السفر ان نية الصوم ليلا واجبة ليتحقق كونه صائما فيحكم عليه بوجوب الافطار بعد الشروع في السفر ونية السفر ليلا مضادة له فلو اعتبر تبييت نية السفر امتنع اعتبار تبييت نية الصوم لانه حاضر مكلف به فامتنع القول باعتبار تبييت نية السفر ويجاب بمنع كون نية السفر ليلا على هذا الوجه وهو كونه يخرج نهارا منافية لنية الصوم لان نية السفر غير كافية في جواز الافطار بل لا بد معها من الخروج الى السفر بل من مجاوزة الحدود معه فقبل حصول الشرط واجتماع شرائط وجوب الصوم عن التكليف نحوه يجب نية الصوم الى ان يتحقق المبطل له فان من الممكن عدم السفر وان نواه ليلا اما لعارض او لمانع فعلى هذا يجب على مبيت السفر نية الصوم جازما عملا بالاستصحاب لعدم المعارض له الان وان كان جازما بالسفر في ثاني الحال فاذا سافر بالفعل لزمه حكمه قوله كل سفر يجب فيه قصر الصلوة يجب فيه قصر الصوم اه يستثنى من الكلية الثانية نية السفر في مواضع التخيير الاربعة فان قصر الصلوة فيها غير متعين بخلاف الصوم ويمكن تكلف الغناء عن الاستثناء بالتزام كون قصر الصلوة في هذه الاربعة واجبا تخييرا بينه وبين التمام لان الواجب هو الصلوة لا يتادى الا باحدهما فيكون كل واحد منهما موصوفا بالوجوب كالجهر والاخفات في بسملة القراءة الواجبة الاخفاتية وقد تقدم الكلام فيها مرارا ولا يجوز ان يحمل العكس المذكور على الاصطلاحي وهو العكس المستوي ليكون القضية جزئية لان المعكوس جزئية كلية فلا ينافيه خروج بعض الافراد لان الاستثناء الذي بعده يدل على كليته لعكس لانه استثناء منه والاستثناء اخراج ما لولاه لدخل فيتعين ارادة العكس اللغوي والقول المذكور وهو قصر الصوم دون الصلوة في سفر التجارة هو المشهور والاجود القصر فيهما قوله ما لم يحصل لاحدهم مقام عشرة اه قد سبق الكلام في ذلك مستوفى في قصر الصلوة وانه لا فرق بين المكاري وغيره وان اقامة العشرة في غير البلد لا بد فيها من النية والا لم تعتبر قوله لا يقصر المسافر حتى يتوارى عنه جدران بلده اه قد تقدم ان الاولى اعتبار خفائهما معا في الذهاب والعود وحكم البلد الذي لزمه فيه الاتمام حكم بلده في ذلك قوله فلو افطر قبل ذلك كان عليه مع القضاء الكفارة لا اشكال في وجوب الكفارة بالافطار قبل الخفاء لافساده صوما واجبا من شهر رمضان ولا يقدح في هذا الوجوب اسقاطه من السفر لعدم وقوعه حال الافساد وانما هو متجدد ومن الممكن ان يرجع عن السفر قبل الخفاء وبعد الافساد فتستقر الكفارة وانما الكلام في ثبوتها بعد الخفاء ووجوب الافطار وقد تقدم الكلام في ذلك وان الاولى عدم سقوطها بذلك وهو موافق لما هنا وفي بعض النسخ قيل كان عليه مع القضاء الكفارة فحكاه قولا مشعرا بتردده في حكمه وهو مخالف لما تقدم فكان تركه اولى ليتفق كلاما هاهنا ويجوز ان يكون رجع عن ذلك التردد والتحقيق ان هذا القيد هنا يفسد المعنى لان موضوع المسئلة الاكل قبل الخفاء وهذا الاشكال في ايجاب الكفارة كان في سقوطها بتجدد الخفاء او عدمه غير مذكور هنا وقد تقدم الكلام فيه فتكون المسئلتان متغايرتين موضوعا ولا يخفى ان ذلك كله مع العلم بتحريم الافطار فلو كان ناسيا لم يكن عليه شيء وفي الجاهل الوجهان قوله الشيخ والكبيرة وذو العطاش يفطرون اه العطاش بضم اوله داء لا يروى صاحبه ولا يتمكن من ترك شرب الماء طويلا والانثى في حكمه وحكم الشيخ والكبيرة انهم ان عجزوا عن الصوم اصلا بحيث خرج حدا لقدرة عليه ولو بمشقة شديدة سقط عنهم اداء وقضاء ولا كفارة فان اطاقوه بمشقة شديدة لا يتحمل مثلها عادة فعليهم الكفارة للافطار عن كل يوم بمد وهل يجب على ذي العطاش الاقتصار من الشرب على ما يسد به الرمق ام يجوز له التملي من الشرب وغيره رواية عمار مصرحة بالاول واختاره بعض الاصحاب ولا ريب انه احوط وفي كونه المختار الثاني

في الاعتكاف

وجملة كل ما لا يتوجه الا اذا كان العطاش مما لا يرجى برؤه والا وجب القضاء مع التمكن والاولى وجوب الفدية معه قوله الحامل المقرب والمرضع القليلة اللبن
اه هذا اذا خافتا على الولد اما لو خافتا على انفسهما فالمشهور انهما يفطران ويقضيان ولا كفارة كالمريض وكل من خاف على نفسه والنصوص مطلقة في الحكم
الاول ولا فرق في ذلك بين الخوف بجوع او عطش ولا بين كون الولد من النسب او من الرضاع ولا بين المستأجرة والمتبرعة نعم لو قام غيرها مقامها بحيث لا
يحصل للطفل ضرر فالاجود عدم جواز الافطار لعدم تحقق الخوف على الولد هذا مع تبرع القائم او اخذه ما تأخذه الام ومتى جاز لها الافطار وجب لانه دافع
للضرر والفدية من مالها وان كان لها زوج والمراد بالطعام في جميع هذه المسائل هو الواجب في الكفارات ومصرفه مصرفها ولا يجب فيه التعدد قوله
وسواء سبقت منهما النية او لم تسبق الى قوله على الاشبه نبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله حيث وجب القضاء بالاخلال بالنية للصوم من المجنون
والمغمى عليه وبمعالجتهما بالمفطر اذا بلغ الحلق ومختار المص واضح لانتفاء التكليف عنهما وثبوت الفرق بينهما وبين النائم وقد تقدم وانتفاء اختيارهما
في المعالجة بالمفطر بل هما في ذلك كمن وجر في حلقه الطعام فلا يجب القضاء لو فرض وجوبه عليهما بدونه قوله من يسوغ له الافطار يكره له التملي ويدخل فيمن
يسوغ له الافطار الشيخ والشيخة والحامل والمرضع وذو العطاش ولا خلاف في غير ذي العطاش في جميع ذلك نعم ادعى الجماع فقيل بتحريمه والاصح العدم
وضمير يحرم في القول المحكي يعود الى الجماع لا الى جميع ما سبق منه ومن التملي اذ لا خلاف في جواز غير الجماع كما قلناه والله الموفق **هذا كتاب الاعتكاف**
وهو اللبث المتطاول للعبادة هذا التعريف ليس بجيد لانه يدخل فيه مطلق اللبث الطويل لاجلها سواء كان في مسجد ام في غيره صائم او غير صائم بنية
الاعتكاف وعدمها وليس كل ذلك اعتكافا وعرفه العلامة بانه لبث مخصوص للعبادة وهو تعريف جيد لان الخصوص يخرج منه ما ليس بمراد وان كان
موجبا للاجمال وعرفه الشهيد ره بانه اللبث في مسجد جامع ثلثة ايام فصاعدا صائما للعبادة وقد ازال الابهام ورفع الاجمال الا انه ذكر شرايط الحد في
الحد وهو معيب لكن لما وجد ان الحقيقة انما يكشف بذكرها ادخلها كما يعرف بالامور العرضية اذا كانت كاشفة عن الحقيقة وايضا فجعل الصوم حالا
من اللابث المدلول عليه التزاما يقتضي تخصيص اللبث بحالة الصوم لان ذلك هو مقتضى الحال فانه وصف لصاحبه لان التقدير هو اللبث ثلثة
ايام وهو حالة كونه صائما فلا يدخل الليالي في الاعتكاف ولا يتوجه ثلثة ايام لان اليوم يطلق على النهار خاصة خصوصا عنده فانه لا يوجب دخول الليلة
الاولى فيه كما سيأتي وينتقض في طرده ايضا باللبث في المسجد ثلثة ايام صائما لاجل طلب العلم او قراءة القرآن او غيرهما من العبادات من غير ان يقصد الاعتكاف
فانه يصدق عليه التعريف وليس باعتكاف فلا بد من قيد اللبث بالمخصوص ونحوه ومع ذكره يستغني عن بقية القيود فيصير التعريف الاوسط اوسط قوله
ولا يصح الا من مكلف مسلم اما اشتراط الاسلام فظ لانه عبادة يتوقف على الصوم واللبث في المساجد والقربة وكلها ممتنعة من الكافر واما اشتراط
التكليف فمبني على ان افعال الصبي المميز ليست شرعية فلا توصف بالصحة وقد تقدم في كلامه ان صومه صحيح شرعي فليكن الاعتكاف كذلك والاجود صحته
من المميز بناء على ان عبادته كغيره قوله واذا مضى له يومان وجب الثالث ما اختاره المص هو الاجود وهو القول الوسط وللطرفين احدهما وجوبه
بالشروع فيه كالحج وهو قول الشيخ في ط والثاني عدم الوجوب مطلقا ويستند الاول الى الروايات الدالة عليه لكنها ليست نقية في طريقها والثاني الى
الى الطلاق في وجوب الكفارة بفعل موجبها فيه وحمل على الواجب جمعا والثالث الى اصالة عدم الوجوب والقدح في الاخبار الدالة عليه اذا تقرر ذلك فمحل
التجديد على القول بالوجوب عند تحققه وهو غروب اليوم الثاني فتكون النية بعد الغروب لانه وقت المخاطبة به اذ لا وجوب قبله ويحتمل
كونها قبل الغروب بلحظة ليتقدم على الفعل الواجب كما هو شانها ولئلا يخلو جزء منه بغير نية قوله الصوم فلا يصح الا في زمان يصح فيه الصوم المراد
كون المعتكف صائما سواء كان الصوم لاجل الاعتكاف ام لا فيجوز جعله في صيام مستحق وان كان قد نذر الاعتكاف نعم لا يصح جعل صوم الاعتكاف
المنذور مندوبا للتنافي بين وجوب المضي على الاعتكاف الواجب وجواز قطع الصوم المندوب قوله لا يصح الاعتكاف الا ثلثة فمن نذر اعتكافا
مطلقا وجب عليه ان يأتي بثلثة لا خلاف عندنا في ان اقل الاعتكاف ثلثة ايام انما الكلام في مسمى هذه الايام هل هو النهار لانه المعروف منها
عند الاطلاق لغة واستعمالا لا سيما في القرآن الكريم لقوله تعالى سخرها عليهم سبع ليال وثمانية ايام ام المركب منه ومن الليل لاستعماله شرعا فيهما
ايضا في بعض الموارد ولدخول الليلتين المتوسطتين فعلى الاول مبدء الثلثة طلوع الفجر وعلى الثاني الغروب والنصوص مطلقة وكذا كثير من عبارات
الاصحاب واختار المص في المعتبر والشهيد في س الاول ورجح العلامة وجماعة الثاني وهو اولى والاكمل منه ان يجمع بين النية عند الغروب وقبل الفجر
ومن فروع المسألة لو نذر اعتكافا مطلقا فانه ينصرف الى ثلثة ايام لانها اقل ما يمكن جعله اعتكافا ومبدؤها الغروب او الفجر على الخلاف ولو
عين زمانا كرجب او العشر الاخير من رمضان ونحو ذلك دخلت الليلة الاولى وان لم نقل بدخولها ثم على الاقوى والفرق ان الشهر والعشر اسم مركب
من جميع الزمان المعين الشامل لليل والنهار بخلاف اليوم فان فيه الاشكال ولا بد من ادخال لحظة بعد اليوم الثالث من باب المقدمة مط ومن
لحظة اخرى سابقة في المنذور وجوبا وفي المندوب شرطا ليتحقق الزمان المقدر فاطلاق الثلثة بحسب الاصالة فلا ينافي الزيادة بحسب المقدمة
قوله وكذا اذا وجب عليه قضاء يوم من اعتكاف اه لا وجه لتخصيص اليوم بالقضاء بل متى وجب عليه اعتكاف يوم بنذر اما لكونه لم ينذر سواه
ولم ينف الزائد او لكونه نذر اربعة فاعتكف منها ثلثة متتالية واخر عنها الرابع ونحو ذلك فانه يضم اليه يومين ليتحقق معه اقل زمان الاعتكاف
وكذا لو وجب عليه يومان اضاف اليهما ثالثا ولو اريد القضاء اللغوي فهو الاتيان دخل الجميع ويتخير بين تقديم الزائد على الواجب وتأخيره عنه
وتوسيطه فاذا كان الواجب يوما فأخر عنه اليومين نوى بهما الوجوب وكذا ان وسطه بينهما لان صحة الواجب مقيدة بفعلهما فيجبان لذلك
واما لو قدمهما جاز ان ينوي بهما الوجوب ايضا من باب مقدمة الواجب وان ينوي بهما الندب لعدم تعين الزمان لذلك والواجب يحصل مع
الندب لان الشرط تحقق الثلثة لكن يبقى فيه اشكال وهو ان اعتكاف اليومين المندوبين يوجب الثالث بهذا السبب فلا يجزي عن ذلك

الواجب

في الاعتكاف

الواجب لما لزم من عدم تداخل المسببات عند اختلاف الاسباب ولو نوى بالاول الندب وجعل ما في ذمته وسطا زال الاشكال ويبقى فيهما اشكال اخر وهو الصوم
ندبا لمن في ذمته واجب فان قيل لم يخلفا وانما يصح الفرضان لو قلنا بجوازه والاصح العدم للنصوص الصحيحة الدالة عليه وح فينوي الوجوب فيهما سواء قدمهما
او اخرهما ام وسطه بينهما وسيأتي في ذلك بحث اخر قوله وكذا لو اعتكف ثلثة ثم اعتكف يومين اه هذا مبني على وجوب الثالث فان لم نوجبه لم يجب السادس
بطريق اولى وان اوجبناه وجب ثالث كل ثلثة بعده اما السادس فهو منصوص في خبر ابي عبيدة عن الباقر ع اما ما بعده فلعدم القائل بالفرق ونقل
الشهيد عن شيخه عميد الدين الميل الى عدم وجوب السادس وان اوجبنا الثالث معتذرا له بالوقوف على مورد النص والتمسك بالاصل وكانه
يريد بالنص خبر محمد بن مسلم فانه مختص بالثالث والا فخبر ابي عبيدة مصرح بوجوب السادس ايضا قوله ولو نذر اعتكاف ثلثة من دون لياليها قيل
يصح اه القول بالصحة للشيخ ره وهو مبني على ان الليل لا يدخل في مسمى اليوم فاذا نذر ثلثة ايام لم يدخل لياليها الا مع ملاحظة ادخالها كان يقول الشهر
او الاواخر ونحوه فيلزمه الليالي ايضا والحق بذلك ما لو قال ثلثة ايام متتابعة فانه يلزمه الليلتان ليتحقق التتابع وحيث لم يدخل الليالي في الاطلاق لم يدخل
ويصح الاعتكاف بدونها عنده ويصح ايضا لو صرح باخراجها كما حكاه عنه المص بطريق اولى وعبر بدخول الليالي المتوسطة كما اشار اليه المص بقوله لانه يخرجه
عن قيد الاعتكاف اه بيانه ان الليالي اذا لم يدخل في الاعتكاف يخرج منه بدخول الليل فيجوز له الخروج منه وفعل ما ينافيه فينقطع اعتكاف ذلك اليوم
عن غيره فيصير منفردا ولو صح ذلك لصح اعتكاف اقل من ثلثة وهو باطل اجماعا وذلك يستلزم بطلان اعتكاف ذلك اليوم والليل وان لم يدخل في مسمى
اليوم لكنه هنا يدخل تبعا لتحقق الثلثة المتوالية ومن ثم لا يجب مع خروج الليل الا الليلتين المتوسطتين فان قيل يمكن تحقق التوالي باعتكاف النهار
خاصة ولا يخرجه خروج الليل عن اسم الموالاة كما يتحقق الموالاة في الصوم مع خروج الليل اجماعا قلنا فرق بين الاعتكاف والصوم فان الاعتكاف يتحقق
ليلا ونهارا ومن ثم لو صرح بادخال الليالي او اتى بلفظ يستلزم ادخالها دخلت كما مر فاذا لم يدخل الليالي كان قد فرق الاعتكاف فلا يكون متتابعا
بخلاف الصوم فانه لما لم يتحقق في الليل تعين حمل الموالاة فيه على توالي نهار الايام خاصة لامتناع غيره والحاصل ان الاصل في الموالاة متابعة الفعل
الموصوف بها بعضه لبعض بحسب الامكان فلما امكن في الاعتكاف دخول الليالي المتخللة لم يتحقق الموالاة بدونها ولما لم يمكن ذلك في الصوم حمل على
اقرب احوال الامكان وهو متابعة النهار في جملة الايام بعضه لبعض وح فلا يصح اخراج الليالي عن الاعتكاف بوجه قوله ولا يجب التوالي فيما نذره من
الزيادة على الثلثة بل لا بد ان يعتكف ثلثة ثلثة فما زاد الا ان يشترط التتابع لفظا او معنى اذا نذر اعتكاف ايام معينة فاما ان يعين مع ذلك
زمانها كرجب اولا وعلى التقديرين اما ان يشترط التتابع فيها اولا فالصور اربع الاولى ان يعين الزمان ويشترط التتابع كاعتكاف رجب متتابعا و
هذا القسم يسمى التتابع لفظا ومعنى اما اللفظ فلتصريحه بكونه متتابعا واما المعنى فلان اعتكاف رجب لا يتحقق الا مع متابعته لانه اسم مركب من
الايام المذكورة فاذا اخل ببعضه لم يتحقق المركب الثانية ان يعين الزمان ولا يشترط فيه التتابع وهو التتابع معنى فقط ولا بد فيها وفي الصورتين من كون
الزمان مطابقا للايام المنذورة فلو نذر اعتكاف عشرة ايام في رجب لم يكن من هذا الباب وان كان الزمان متعينا من وجه الثالثة ان لا يعين الزمان
مع اشتراط التتابع كما لو نذر اعتكاف ستة ايام متتابعة وهذا هو المتتابع لفظا فقط الرابعة ان لا يعينه ولا يشترط التتابع كستة ايام وهذا غير متتابع
لفظا ولا معنى اذا تقرر ذلك فنقول اذا نذر اعتكاف ثلثة ايام وجب كونها متتابعة لانها اقل عدد يتحقق معه الاعتكاف ولو نذر ازيد من ثلثة
فان كانت متوالية لفظا او معنى او هما وجب موالاة الجميع وان انتفى الامران معا جاز جمعها وتفريقها ثلثة ثلثة فصاعدا فان بقي اقل من ثلثة
جاز تفريقه عنها ايضا ويجب ان يضيف اليه ما يكمل به الثلثة كما مر هذا هو المشهور وللعلامة ره قول بعدم وجوب كون الثلثة ابتداء من النذر المعين
بل الواجب كونه معتكفا فيها ثلثة فيجوز ان يعتكف يوما عن نذره ثم يضم اليه يومين من غيره لو مندوبين ان جوزناه لمن عليه صوم واجب فيكون
حكمه هنا حكم ما لو نذر ان يعتكف يوما وسكت عن الزيادة فلا فرق بين الثلثة والزائد اذا لم تكن متتابعة باحد الوصفين ويمكن ان يقال بجواز
ضم اليومين المندوبين اليه وان منعنا من الصوم المندوب لمن عليه صوم واجب لان نذر الاعتكاف يستلزم فعله في صوم ولم يوجب الصوم
لاجله وقد تقدمت الاشارة اليه فلا يتحقق من اطلاق نذر الاعتكاف وجوب الصوم فيمنع المندوب وفي كرة اطلق جواز ضم المندوبين اليه
بانه منع فيها من الصوم المندوب لمن عليه واجب وهو يؤيد ما ذكرناه قوله فلا يصح الا في مسجد جامع وقيل لا يصح الا في المساجد الاربعة وقائل جعل
موضعه مسجد المدائن الاصح جوازه في كل مسجد جامع كما اختاره المص لانه المنصوص عليه وما استدل به على تلك الاقوال غير مناف لما ذكرناه والمراد
بالمسجد الجامع المسجد الذي يجمع فيه في البلد جمعة او جماعة ولو تعدد في البلد جاز في الجميع ويخرج نحو مسجد القبيلة فانه لا يسمى جامعا وان صلي
فيه جماعة والقول باشتراط المساجد الاربعة او اضافة مسجد المدائن اليها وحذف البصرة وعدة موضعه وان كان مشهورا بين الاصحاب الا ان
مستنده غير صريح فيه فلا يخصص الاية والاخبار الاخر والقائل بابدال مسجد المدائن بمسجد البصرة هو علي بن بابويه وجوزه ولده في الخمسة ولم
يحكه المص قوله وضابطه كل مسجد جمع فيه اه هذا الضابط لاصحاب القولين الاخيرين وفائدة الاختلاف بين الجمعة والجماعة تظهر في مسجد المدائن لما
روي ان الحسن ع صلى فيه جماعة لا جمعة وهذا القول للصدوق اوضح من قول والده لان صلوة علي ع في مسجد البصرة اشهر من صلوة الحسن ع
في مسجد المدائن فضلا عن ان تكون مساوية فكان اعتبار الخمسة اولى ان لم يشترط الجمعة والا فالاربعة الاول ويستوي في ذلك الرجل والمراة
اي يستويان في اشتراط اعتكافهما بالمسجد الجامع او المساجد المخصوصة ولا خلاف في ذلك عندنا وانما نبه به على خلاف بعض العامة حيث جوز للمراة
الاعتكاف في مسجد بيتها قوله اذن من له ولاية كالمولى لعبده والزوج لزوجته لا اشكال في اشتراط الاذن في هذين لمنافاة الاعتكاف للخدمة
المستحقة على العبد والاستمتاع المستحق على الزوجة وانما الكلام في اعتبار اذن من يعتبر اذنه في الصوم كالوالد والضيف اذ لا نص هنا على الخصوص

[illegible]

والحق ان ذلك ان وقع في صوم المندوب يبنى على ما تقدم والاولى المنع هنا وان وقع في غيره كصوم شهر رمضان فالاقوى عدم اشتراط الاذن لعدم الدليل
الدال عليه واطلق الشهيد في س اشتراط اذن الاب من غير نقل خلاف وقرب توقف الضيف والاجير على الاستيذان والحكم في الاجير واضح اذا كان خاصا دون الضيف
الا ان يكون الاعتكاف متوقفا على صوم مندوب فيتوجه كما حكم الولد والضيف ايضا على ما تقدم في الصوم الآن هذا خروج عن توقف الاعتكاف لذاته وكلام
هنا يحتمل للامرين لاطلاقه اذن من له الولاية وان كان الاختصاص بالاولين اقرب قوله وبعده ما لم يمض يومان [illegible] اطلاقه عدم توقف الواجب على الاذن بمقتضى
الفرق بين الواجب المعين والمطلق الذي [illegible] كالنذر المطلق وقيل يجوز للمولى المنع هنا [illegible] والاول اقوى قوله اذا هاياه مولاه كان له الاعتكاف
اه هذا اذا كانت المهاياة تفي باقل مدة الاعتكاف ولم يضعفه الاعتكاف عن الخدمة في نوبة المولى ولم يكن الاعتكاف بصوم مندوب الا لم يجز الا باذن وشرط
بعضهم رابعا وهو ان لا ينهاه المولى والا لم يجز قوله اذا [illegible] في اثناء الاعتكاف لم يلزمه المضي فيه الا ان يكون [illegible] مقتضى الاستثناء من النفي انه لو شرع فيه باذن
المولى لزمه المضي فيه ولا يتم ذلك مطلقا بل مع وجوبه بنذر وشبهه او مضي يومين قوله استدامة اللبث في المسجد ولو خرج بغير الاسباب المبيحة بطل اعتكافه طوعا
خرج ام كرها يتحقق الخروج من المسجد بخروج جزء من بدن المعتكف عنه وهل يتحقق بصعود سطحه [illegible] قولان وهما ايضا في صعوده للجنب من خارج واختار الشهيد
عدم دخول السطح في مسماه واختلف كلام الفاضل وانما يتحقق الابطال مع الخروج طوعا او كرها مع طول الزمان بحيث يخرج عن كونه معتكفا والا بطل مع اختياره

[illegible]

وعبره الجواز قطعه اختيارا فكيف يتوجه وجوب الكفارة به نعم ذلك متجه على مذهب الشيخ فيما حيث اوجبه بالشروع وان كان واجبا وافسده بالجماع وجبت الكفارة لاطلاق النصوص بذلك وان كان افساده بغيره من مفسدات الصوم فان كان متعينا بنذر وشبهه وجبت الكفارة بسبب الوجوب من نذر او عهد او يمين فالكفارة ليست من جهة كونه اعتكافا بل من جهة مخالفة السبب الموجب وان كان الواجب غير متعين وجب قضاؤه خاصة قوله وتجب كفارة واحدة ان جامع ليلا اه قد تقدم ان الجماع في المندوب لا يوجب شيئا وفي الواجب يوجبها مطلقا فيجب تقييد قوله وكذا ان جامع نهارا في غير رمضان بما اذا لم يكن الصوم متعينا بالنذر وشبهه كالثالث المندوب والنذر المطلق والا وجب عليه كفارتان كرمضان احديهما للاعتكاف والاخرى للصوم الواجب لكن كفارة الصوم تجب بحسب سببها حتى لو كان قضاء رمضان بعد الزوال والاعتكاف واجب وجب عليه كفارة الاعتكاف وكفارة من افطر في قضاء رمضان كذلك وتقييد قوله ولو كان فيه لزمه كفارتان بما اذا كان الاعتكاف فيه واجبا بالنذر وشبهه او كونه ثالثا والا فكفارة واحدة لاجل الصوم خاصة ومحله الامر ان الجماع ان كان نهارا في اعتكاف واجب في شهر رمضان او ما تعين صومه فكفارتان لاختلاف الاسباب المقتضي لتعدد المسببات والتداخل على خلاف الاصل وان كان الجماع ليلا فكفارة واحدة للاعتكاف ولو كان لا اقتضائيا في اسباب فساد الصوم وجب نهارا كفارة واحدة ولا شيء ليلا ولو فعل غير ذلك من المحرمات على المعتكف كالتطيب والمماراة اثم ولا كفارة ولو كان بالخروج في واجب متعين بالنذر وشبهه وجبت كفارته ولو كان الخروج في ثالث المندوب فالاثم والقضاء لا غير وكذا لو افسده بغير الجماع واعلم ان في كفارة الاعتكاف قولين مرويين احدهما كفارة رمضان والاخر كفارة ظهار والثاني اصح رواية والاول اشهر فتوى قوله الارتداد موجب للخروج من المسجد ويبطل الاعتكاف اه الاصح الابطال اذا لم يكن قد اعتكف ثلثة لامتناع القربة من الكافر ولانه نجس يجب اخراجه من المسجد وهو مناف للاعتكاف فيبطل لاستحالة اجتماع المتنافيين ولو مضى ثلثة بنى عليها بعد الاسلام ان كان بقي عليه من الواجب شيء قوله قيل اذا اكره امرأته على الجماع وهما معتكفان اه قد تقدم في الصوم ان المكره لزوجته يتحمل عنها الكفارة وهنا لا نص على الخصوص وح فتحمل كفارة الصوم واضح واما الاعتكاف فالاصل يقتضي عدم التحمل ومن ثم ذهب اليه المص وكان حقه ان يوجب عليه ثلث كفارات اثنتان عنه لرمضان والاعتكاف والاخرى ليتحمل كفارة الصوم نعم هذا يتوجه على القول بعدم تحمل كفارة الصوم ايضا فان فيه خلافا الا ان المص لا يقول به وقد اطلق الكفارات ايضا في المعتبر والمشهور التحمل هنا ايضا قال العلامة في المختلف ان القول بذلك لم يظهر له مخالف وفي لا نعلم فيه مخالفا سوى المعتبر وكانه اراد صاحب المعتبر والا فقد صرح هنا ايضا بالخلاف وحكاه قولا سابقا لكن لم نعلم قائله وكيف كان فالعمل على ما ذكره الاصحاب متعين وان كان العدم اقوى ولو كان الجماع ليلا فكفارتان وكذا يتضاعف لو كان في واجب غير شهر رمضان وانما خصه هنا بالذكر تفريعا على ما اسلفه من عدم تعدد الكفارة الا في نهاره قوله اذا طلقت المعتكفة رجعيا خرجت الى منزلها للتعين الاعتداد عليها فيه ولا يتم الا بالخروج فيجب وهذا يتم مع كون الاعتكاف مندوبا او واجبا غير معين او مع شرطها الحل عند العارض ولو كان معينا من غير شرط فالاقوى اعتدادها في المسجد زمن الاعتكاف فان دين الله احق ان يقضى وعلى تقدير الخروج يقضي ما فات مع وجوبه بعد انقضاء العدة ان لم يكن قد اشترطت والا لم يجب القضاء وعلى ما اختاره المص في المعتبر يقضي الواجب المطلق مط ومن هنا يعلم ان اطلاق المص القضاء عليها ليس بجيد ثم المقضي هو جميع زمن الاعتكاف ان كان واجبا ولم يمض منه ثلثا والا فالمتروك خاصة ولو كان ثالث المندوب قضته مضافا الى يومين كما مر قوله اذا باع واشترى بطل اعتكافه اه الاصح عدم البطلان وكذا لا يبطل العقد ايضا على الاقوى لان النهي في المعاملات لا يدل على الفساد وغير البيع من العقود والايقاعات حكمه في عدم البطلان والابطال حكم البيع بطريق اولى قوله اذا اعتكف ثلاثة متفرقة قيل يصح اه التفريق هنا يحتمل معنيين وكل منهما مختلف فيه احدهما ان يعتكف النهار خاصة من الثلثة ويترك الليل فان الشيخ جوزه مع الاطلاق وان كان المص حكاه عنه مع اشتراطه وقد تقدم تحقيقه والثاني ان يعتكف يوما من نذره ثلاثا ويوما من عهده ثم الثالث من النذر وهكذا وهذا يصدق عليه التفريق باعتبار اختلاف الانواع وقد تقدم الخلاف في جوازه ايضا وان كانت الصحة اقوى والمعنى الاول ادخل في هذه العبارة واوفق للفتوى بعدم الصحة

كتاب الحج

قوله الحج وان كان في اللغة القصد فقد صار في الشرع اسما لمجموع المناسك المؤداة في المشاعر المخصوصة اشار بقوله فقد صار الى اخره الى اختيار ثبوت الحقايق الشرعية وان نقل الحج ونظائره من العبادات عن معناه اللغوي قد صار على وجه الحقيقة اذ لا خلاف في تحقق النقل في الجملة وتحقيق المسئلة في الاصول ثم على تقدير النقل اختلف الاصحاب في تعريف الحج فبعضهم عرفه بانه القصد الى بيت الله تعالى لاداء مناسك مخصوصة لان النقل الى المناسبة اولى منه لا لمناسبة ولانه المتبادر من قوله تعالى ولله على الناس حج البيت ومن قولهم في الاستعمال الشايع حج بيت الله وفي هذا التعريف مع حجيته بحث ولنا عليه ايرادات كثيرة يطول الكلام فيها وقد حققناها في موضع اخر والمص عرفه بانه اسم لمجموع المناسك اه بناء على ان المتبادر الى الفهم عند اهل الشرع ان الحج عبادة مركبة من جملة عبادات كالصلوة المؤلفة من الافعال والاذكار المخصوصة ولا يعارضه ان المعنى الاول يوجب تخصيص المعنى اللغوي وهذا يوجب النقل والتخصيص خير منه لان ذلك حيث لا يثبت النقل والحق ثبوته والمراد بالمناسك العبادات المخصوصة وبالمشاعر محال العبادة فيكون مجموع المناسك في التعريف بمنزلة الجنس والباقي بمنزلة الفصل يخرج باقي العبادات ويرد عليه امور الاول انه اذا كان اسما للمجموع يلزم من فوات بعضها فواته لان المجموع يفوت بفوات بعض اجزائه ومن المعلوم ان من اخل ببعضها سهوا اما الذي يبطل الحج يصح حجه مع ان الماتي به ليس مجموع المناسك واجيب بان الكلام في الماهية المعراة لا المجزية لان الاجزاء انما جاء بوضع الشارع واستغناء بالبعض عن البعض وصدق اسم الحج على البعض مجاز وفيه ان التعريف للحج الشرعي ولا معنى له الا ما سماه الشارع حجا سواء كان اكمل الافراد ام لا وغايته هاهنا ان يكون بعض الافراد اكمل من بعض ويمكن ان يكون المجموع في العبارة اشارة الى دفع توهم كون كل واحد من تلك المناسك يسمى حجا وانما الحج امر مجموع من المناسك فان

لو حذف المجموع يصير الحج اسما للمناسك وهي محتملة لارادة المجموع وكل واحد من الافراد ولا شك ان الحج الصحيح يقتضي مجموع مناسك كيف كان وح فكل مجموع منها مع صحة الحج يدخل في التعريف وينبغي حمل اللام على مجرد الجنس او نحوه مما لا يوجب الاستغراق لئلا يرد العهد بحمل مجموع المناسك على المجموع منها فان ذلك في مثل هذا التركيب جائز الثاني ان اراد بالمناسك الصحيحة لم يحتج الى قوله المؤداة في المشاعر المخصوصة لانها لا تكون الا كذلك وان اراد الاعم دخل الفاسد وهو غير شرعي والتعريف انما هو للحج الشرعي وافعاله لا تكون الا مؤداة في المشاعر المخصوصة وجوابه ان المناسك في التعريف بمنزلة الجنس كما مر فيدخل فيه باقي العبادات فلا بد له من فصل يخرجها ولا يستغني عن باقي التعريف عن هذه الجهة الثالث انتقاضه في طرده بالعمرة فانها اسم للمجموع المذكور وجوابه انها خرجت بالمشاعر المخصوصة فان مشاعر الحج وهي موضع نسكه غير مشاعر العمرة وان كانت مشاعرها اخص مط فان المغايرة في الجملة حاصلة الرابع انطباقه على كل عبادات مقيدة بمكان لما عرفت من ان المناسك هي العبادات والمشاعر مكانها وجوابه انه خرج غير الحج بالمخصوصة ايضا فان هذا القيد لا يستعمل في التعريف الا كذلك وان استلزم الاجمال ويجوز ان يكون اللام في قوله المشاعر المخصوصة للعهد الذهني اعني مشاعر مكة المعهودة فان هذا الاسم قد غلب عليها بحيث لا يتبادر غيره غالبا فاعلم ان في قوله في اول التعريف اسما دلالة على كون التعريف لفظيا لا اصطلاحيا وح فلا يشترط فيه الاطراد والانعكاس وان حصلا كان من كماله وان عدما لم تدل على الاخلال قوله ولا يجب باصل الشرع الا مرة ما وجب بغير سبب من قبل المكلف كالنذر والافساد فان الشرع اوجبه لكن لا باصله قوله والتاخير مع الشرائط كبيرة موبقة لا خلاف في ذلك عندنا والادلة عليه من الكتاب والسنة كثيرة والموبقة هي المهلكة وهي كناية عن شدة عذابها في الاخرة والمؤاخذة لها في الدنيا فيصير مؤخر الحج بمنزلة الهالك قوله بالنذر وما في معناه هو العهد واليمين ولو لم يعطف عليه الافساد والاستيجار لكانا في معناه ايضا قوله وبالافساد لا فرق في وجوب الحج ثانيا بافساده بين كونه واجبا او مندوبا فان المندوب يجب بالشروع فيه قوله لمن عدم الزاد والراحلة اذا تسكع التسكع لغة التردد والمراد به هنا تكلف الحج مع تحمل المشقة فيه لعدم اجتماع اسبابه كانه يصير بسبب ذلك مترددا في امر متحيرا في اكتساب زاده وراحلته قوله ولو دخل الصبي المميز والمجنون الى قوله على تردد منشأ التردد من وقوع بعض الافعال بنية الندب وقبل المخاطبة بالوجوب فلا يجزي عن الواجب خصوصا اذا قلنا ان افعال الصبي تمرينية لا شرعية ومن بقاء معظم الافعال واجبة ومن مضى بنية الندب لا يستحيل اجزاؤه عن الفرض خصوصا ووقع ذلك في بعض المواضع كذا علل وفيه نظر فان كون معظم الافعال موافقة للوجه ليس دليلا على الحاق الباقي به مع انه لا يتم في جميع الانواع كما سيجيء واجزاء بعض المندوبات عن الواجب في بعض المواضع لدليل لا يقتضي الحاق غيره به والحال انه لا نص هنا على شيء وانما وقع النص فيهما بعدم اجزاء ما حصل بهما من الحج عن حجة الاسلام لكن الفتوى بالاجزاء مشهورة بل ادعى العلامة عليه في كرة الاجماع وفي هذا جزم به وفيها توقف في حكمه وفي ير نظر والمعتمد الاجزاء تعويلا على الاجماع المنقول وعدم العلم بالمخالف على وجه يقدح فيه وقول المص فان ادرك المشعر اجزأ شامل لمن كمل قبل الوصول الى المشعر وفيه اذا بقي منه جزء لان ادراكه يتحقق به كما سيجيء ولو كان الكمال بعد مفارقته لكن امكنه الرجوع اليه وادراكه اضطراريا بنية الوجوب امكن الاجزاء ايضا مع فعله ويتفرع على المسئلة امور الاول لا ريب على تقدير الاجزاء في وجوب نية الوجوب بباقي الافعال بعد الكمال لوجود المقتضي له وكون ما مضى من الاحرام والتلبية والوقوف بعرفة لو كان الكمال بعد مفارقتها مجزيا عن الواجب وان وقع بنية الندب لكن ذكر جماعة منهم الشهيد في س انهما يجددان نية الوجوب فيمكن ان يريد وابه نية الوجوب لباقي الافعال كما ذكرناه او للوقوف الذي قد حصل الكمال في اثنائه والامر فيهما واضح ويمكن ان يريد وابه تجديد نية الاحرام على وجه الوجوب لانه مستمر الى ان ياتي بالمحلل فيكون النية في اثنائه واجبة لما بقي منه كما لو كان في اثناء الوقوف وان يريد وابه نية باقي النسك جملة من حج او عمرة بناء على وجوب نية بجملة وهي النية التي تذكر عند الخروج فاذا فات بعضها جدد للباقي وفي وجوب التجديد بهذين المعنيين نظر وان كان الاولى الوجوب في الاول والعدم في الثاني الثاني اطلق القائلون بالاجزاء عن حجة الاسلام ذلك من غير تعرض لكونه مستطيعا قبل ذلك للحج من حيث الزاد والراحلة وغيرهما او غير مستطيع فان ارادوا بذلك الاطلاق فهو مشكل لان البلوغ والعقل احد الشرائط الموجبة كما ان الاستطاعة كذلك فتوجه الاجزاء دون الاخر غير كاف في الوجوب وصرح جماعة من المتاخرين باشتراطها سابقة او لاحقا وهو ظاهر اختيار س وهو اقوى ولعل مراد المطلق ذلك ويعجب ان حصول ذلك الشرط في الاثناء كاف بالنسبة اليه الثالث هذا الحكم يتوجه في القارن والمفرد حيث ان عمرتهما مؤخرة فيقع بعد ذلك بنية الوجوب اما في المتمتع فيقوى الاشكال لوقوع جميع العمرة مندوبة مضافا الى بعض الحج فيبعد اجزاؤها عن الواجب مع عدم النص عليه خصوصا على التعليل بان معظم الافعال بعد واقعة بنية الوجوب فان المتقدم منها خصوصا الاركان اعظم واكبر والفتوى مطلقة وكذا الاجماع المنقول فينبغي استصحابهما في الجميع ومال اليه في س حيث قال ويعتد بالعمرة المتقدمة لو كان الحج تمتعا في ظاهر الفتوى وقوى شارح ترددات الكتاب قوله ويصح احرام الصبي المميز وان لم يجب عليه اه لا اشكال في صحة احرام المميز من حيث هو مميز وان كانت الصحة متوقفة على امر اخر كاذن الابوين لان الحج المندوب متوقف على اذنهما على الاقوى وفي غير جملة موقوفا على اذن الاب واطلق الشيخ رحمه عدم توقفه عليهما وان كان مستحبا ولا فرق في ذلك بين الصغير والكبير وبعض الصغير باشتراط اذن الولي وان لم يكن ابا واما المجنون وغير المميز فيحرم عنهما الولي لا بمعنى كونه نائبا عنهما بل بانه يجعلهما محرمين سواء كان محلا ام محرما فهو في الحقيقة محرم بهما لا عنهما فيقول اللهم اني قد احرمت بابني هذا الى اخر النية ولو نوى احرم به واه صح ويكون المولى عليه حاضرا عنده ويامره بالتلبية ان احسنها والا لبى عنه ويلبسه الثوبين ويجنبه تروك الاحرام فاذا اراد الطواف فعل به صورة الوضوء ثم طاف به ولو في حال طوافه ان لم يمكنه المشي وكذا يامره بايقاع صورة الصلوة ان امكن والا صلى عنه وهكذا القول في جميع الافعال قوله كالاب والوصي اه ولو وكلوا احدا صح ان يتولى ذلك فان ذلك فعل يدخله النيابة قوله وقيل للام ولاية الاحرام بالطفل هذا هو الاصح لصحيحة عبد الله بن سنان عن

الخ وفيها ان لها اجرة قوله ونفقته الزائدة تلزم الولي دون الطفل المراد بها ما يغرمه زائدا على ما يغرمه لو كان حاضرا في بلده كالات السفر والمركب وغيرهما مما
كان مستغنيا عنه في حضره وانما يلزمه ذلك مع بقاء نفقته مأكله ونحوه على ما كان اما لو نقصت في السفر نقصانا يقابل الزيادة من وجه اخر او بعضه ففي
غرمه المقابل نظر اظهره مقابلة المجموع بالمجموع لا الافراد الخاصة فلا يغرم المقابل مط وكذا يغرم الولي كفارة الاحرام اللاحقة للصبي اللازمة عمدا وسهوا كا
لصيد وهو منصوص اما اللازمة عمدا لا سهوا كالطيب واللبس فان فعلهما ناسيا فلا شيء عليه وعامدا وجهان مبنيان على ان عمد الصبي عمد او خطأ فعلى
الاول يجب على الولي ولا شيء على الثاني وقد نصوا على ان عمده في الجناية على الادمي خطأ وفرع كره الثاني ويترتب عليهما ما لو وطأ عامدا حيث يفسد
الحج فعلى الثاني لا يجب القضاء بعد البلوغ وعلى الاول يحتمله لانه من احكام العامد ويضعف بان ايجاب القضاء انما يتوجه الى المكلف وهو منتف وذكر
اذن له مولاه اه بممنوع لعدم وجوب تلبسه به مع اذنه لكن لو تلبس وجب كغيره من افراد المندوب منه وح فللسيد الرجوع في الاذن قبل التلبس لا بعده
ولو لم يعلم العبد برجوعه قبل التلبس حتى فعله فالظ وجوب الاستمرار قوله فان ادرك الوقوف بالمشعر معتقا اجزاه انما يجزم بالاجزاء هنا ويتردد
في الصبي والمجنون لوجود النص فيه دونهما والكلام في وجوب تجديد نية الوجوب في غيره من الاحكام السابقة ات هنا عدا اشتراط الاستطاعة الت
هنا اقوى اشكالا لا خصوصا على القول باحالة ملكه وربما قيل بعدم اشتراطها سابقا هنا بخلافهما ثم يشترط وجودها بالباقي قطعا لمشاركته لهما
في الحكم وقطع في س باشتراطها فيه منفردة ولاحقة ولو تبعض الاكثر لشيء قوله ولو افسد حجه ثم اعتق مضى في الفاسد وعليه بدنة وقضاؤه واجزأ
عن حجة الاسلام فان اعتق بعد فوات الموقفين وجب القضاء ولم يجز عن حجة الاسلام لما كان الحج المأذون صحيحا واحرامه منعقدا ترتب عليه احكامه
ومن جملتها وجوب المضي فيه مع افساده وقضاؤه كالحر ويجب منع السيد منه من القضاء في حال الرق وليس للسيد منعه من القضاء لان اذنه في الحج اذن في مقتضاه
ومن جملته القضاء لما افسده ولو اعتقه بعد التلبس به فان كان قبل الوقوف بالمشعر مضى فيه وقضاه واجزأ عن حجة الاسلام سواء جعلنا الكامل الاولى
عقوبة والثانية حجة الاسلام ام عكسنا اما الاول فظ لوقوع حجة الاسلام في حال الحرية التامة واما الثاني فلان الحجة لو صحت لاجزأت عن حجة الاسلام
فكذا اذا افسدت فاكملت وقضيت لان الفعلين قائمان مقامها ولو كان العتق بعد فوات الموقفين كان عليه اتمام الحجة ويلزمه القضاء وحجة الاسلام
ويجب عليه البدنة بحجة الاسلام فلو قدم القضاء قبل تنعقد بحجة الاسلام لانها اكد وكان القضاء في ذمته والوجه عدم الاجزاء عن احدهما وانما يجب
عليه حجة الاسلام مع حصول الاستطاعة الشرعية فلو لم تكن حاصلة قدم القضاء اذ يكفي فيه الاستطاعة العادية قوله وهما معتبران فيمن يفتقر الى قطع المسافة
احترز بالمفتقر الى قطع المسافة عن اهل مكة وما قاربها ممن يمكنه السعي من غير راحلة بحيث لا يشق عليه عادة فان الراحلة ح غير شرط ولو لم يتمكن من المشي لمثل
مثل عرفة اعتبر في حقه وجودها لتدفع بها حاجته كالبعيد ولو امكن البعيد المشي من غير مشقة لم يجب في تحديد القرب الموجب لذلك خفاء اما الزاد فيعتبر
فيعتبر في الجميع فمن لم يجده لم يلزمه الحج ولا يشترط في الراحلة والالات ملك العين بل التمكن منها تملكا او استيجارا قوله ولا يباع ثياب مهنته المهنة
بالفتح الخدمة ونقل الجوهري عن الكسائي الكسر وانكره الاصمعي ويقال امتهنته اي ابتذلته والمراد بثياب المهنة ما يبتذل منها غالبا وخرج
بها ثياب التجمل فمقتضاه عدم استثنائها واستثنى الاكثر الثياب مط والمراد بها ما يليق بعادته بحسب حاله ودينه ومكانته وشرفه فالزائد عن ذلك و
لو في وصفه يباع والناقص يستثنى له قدر تتمته وحلي المرأة المعتاد لها بحسب حالها وزمانها ومكانها في حكم الثياب قوله ولا خادمه ولا دار سكناه
هذا اذا كان من اهل الخدمة وكان الخادم صالحا لامثاله فلو زاد في الوصف عن عادته وجب الاعتياض عنه بما دونه ان تحصلت من ذلك الاستطاعة
وكذا القول في دار السكنى وكذا يستثنى له فرس الركوب ان كان من اهلها ولا خلاف في استثناء هذه الاربعة كما ذكره العلامة في كره وان كانت النصوص
غير مصرحة بها والحق الاصحاب بها كتب العلم مع عدم الغناء عنها فلو كان له كتاب نسختان بيع الزائد ولو لم يكن له هذه المستثنيات استثنى له ثمنها
وفي استثناء الات الصنائع التي يضطر اليها وامتعة المنزل نظر اقربه العدم في الاول والثبوت فيما يضطر اليه من الثاني كالفراش ونحوه ولا يستثنى
له غير ذلك من العقار وغيره وان كان يتخذه للنفقة قوله والمراد بالزاد قدر الكفاية من القوت والمشروب ذهابا وعودا المعتبر فيهما ما يليق بامثاله
بحسب حاله من بغضه وغيرها ولا يشترط قدرته على عين الزاد مع وجود الباذل له في الطريق بل يكفي القدرة عليه وعلى ثمنه ولو لم يوجد في الطريق
اشترط القدرة على عينه وحمله وفي حكم القوت والمشروب الكسوة والات السفر والاوعية المحتاج اليها ولا فرق في اعتبار العود بين من له اهل وملك
في البلد وغيره عندنا ولا فرق في الزاد بين ما يحتاج اليه لنفسه ودابته ويظهر من كره انه لا يجب حمل الماء والعلف من البلد ولا من اقرب البلدان الى مكة
كاطراف الشام لما فيه من عظم المشقة وعدم جريان العادة به وعدم امكان حمل الماء للدواب في جميع الطريق فاذا لم يوجد في المنازل التي ينزلها على
العادة لم يجب الحج بخلاف الطعام ولو احتاج الى الخادم لزمته او دفعته بحسب معهود السفر فمؤنته من الزاد والراحلة جزء من الاستطاعة قوله والراحلة
راحلة مثله المعتبر في راحلة مثله حال الرجل في القوة والضعف لا في علو المنصب والعادة فان كان يتمسك على الراحلة من غير محمل ولا يلحقه ضرر ولا مشقة
شديدة لم يعتبر في حقه الا وجدان الراحلة ولو كان شيخا او ضعيفا او امرأة يحتاجون الى المحمل اعتبر في حقهم ولو وجد في المحمل مشقة عظيمة لا يتحمل
مثلها عادة اعتبر الكنيسة ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة قوله ويجب شراؤها وان كثر الثمن مع وجوده وقيل اه القائل بذلك الشيخ ره فلم
يوجب الحج على من فقد عين الزاد والراحلة وما يلحق بهما من الالات ومؤنة عياله الا اذا وجدها بثمن المثل بحسب الزمان والمكان والاصح الوجوب مط
مع القدرة وقيده جماعة بعدم الاجحاف قوله ولو كان له دين وهو قادر على اقتضائه وجب عليه بتحقق القدرة عليه بامكان تحصيله بنفسه لمن تعبا
ذلك او بغلامه ومن جرى مجراه ولو احتاج الى امداد الحاكم ووجد فهو مستطيع وكذا لو احتاج الى امداد حاكم الجور ونحوه لتنفي الضرر على الحج
القولين قوله فان منع منه وليس له سواه سقط الفرض المراد بسقوطه عدم تحققه على هذه الحالة الى ان يقدر عليه ويتحقق المنع منه باعسار المديون

الثاني الحرية فلا يجب على المملوك ولو اذن له مولاه ولو تكلفه باذنه صح حجه لكن لا يجزيه عن حجة الاسلام وان ادرك الوقوف بالمشعر معتقا اجزأه ولو افسد حجه ثم اعتق مضى في الفاسد وعليه بدنة وقضاؤه واجزأه عن حجة الاسلام وان اعتق بعد فوات الموقفين وجب القضاء ولم يجزه عن حجة الاسلام الثالث الزاد والراحلة وهما معتبران فيمن يفتقر الى قطع المسافة ولا يباع ثياب مهنته ولا خادمه ولا دار سكناه للحج والمراد بالزاد قدر الكفاية من القوت والمشروب ذهابا وعودا وبالراحلة راحلة مثله ويجب شراؤهما ولو كثر الثمن مع وجوده وقيل ان زاد عن ثمن المثل لم يجب والاول اصح ولو كان له دين وهو قادر على اقتضائه وجب عليه فان منع منه وليس له سواه سقط الفرض ولو كان له مال وعليه دين بقدره لم يجب الا ان يفضل عن دينه ما يقوم بالحج متن

او الجحد

او العجز عن اخذه منه باحد الوجوه المتقدمة قوله ولا يجب الاقتراض للحج الا ان يكون له مال بقدر ما يحتاج اليه زيادة عما استثنيناه اذا كان له مال زائد
عما استثني يمكن الحج به لم يتعين الاقتراض للحج بل يتخير بينه وبين بذل ذلك المال بعينه فاطلاق وجوب الاقتراض على هذا الوجه غير جيد بل انما يجب اذا
لم يمكن الحج بدونه كما لو كان ماله من جنس لا يمكن تحصيل الزاد والراحلة به واحتاج الى اقتراض الجنس الذي يتادى به لصدق التمكن بذلك المقتضي لكونه
مستطيعا ولو توقف تحصيل القرض ح على بذل زيادة بوجه شرعي وكانت مقدورة وجب بذلها ويمكن ان يقال اذا امكن تادي الحج بالقرض
وجب في الجملة سواء كان الوجوب مخيرا كما لو امكن به وبغيره ام عينيا كما اذا انحصر فيه فاطلاق الوجوب في العبارة المستفاد من الاستثناء يتجه
على الحالين قوله ولو كان معه قدر ما يحج به فنازعت نفسه الى النكاح لم يجز صرفه في النكاح وان شق تركه قيد ذلك جماعة من الاصحاب بما اذا لم يلزمه
من تركه ضرر شديد لا يتحمل مثله في العادة او خشي حدوث مرض او الوقوع في الزنا والا قدم النكاح ولا باس به قوله ولو بذل له زاد وراحلة ونفقة
له ولعياله وجب عليه الحج اطلاق الحكم يقتضي عدم الفرق بين ما لو وثق بالباذل وعدمه وبين ما لو وجب البذل بنذر وشبهه وعدمه والنصوص
مطلقة ايضا والاولى الوجوب مط عملا بالاطلاق ولزوم تعليق الواجب بالجائز يندفع بان الوجوب مشروط بالاستمرار فلا يمنع تعليقه ح انما يمنع
تعليق الواجب المطلق به مع ان ذلك كله لا يقصر عما لو ذهب المال في اثناء الطريق او غصب او منع من المسير ونحو ذلك فان الوجوب المحكوم به ظاهرا
يسقط واشترط بعض الاصحاب تمليكه اياه واخرون وجوب بذله عليه والاجود عدم الاشتراط نعم يشترط بذل عين الزاد والراحلة فلو بذل له اثمانها
لم يجب القبول وكذا لو نذر لمن يحج واطلق ثم بذله لمعين او وصى بمال لمن يحج ثم بذله كك لان ذلك موقوف على القبول وهو شرط للواجب المشروط
فلا يجب تحصيله وانما يتوقف الوجوب على بذل جميع ما ذكر اذا لم يملك المبذول له شيئا زائدا على المستثنيات والا كفى فيه بذل ما يحصل به الكفاية
مضافا الى ماله ولا يشترط في الوجوب بالبذل عدم الدين او ملك ما يوفيه به بل يجب الحج وان بقي الدين نعم لو بذل له ما يكمل به الاستطاعة اشترط
في ماله الوفاء بالدين وكذا لو وهبه مالا مط ولو شرط عليه الحج به فكالمبذول قوله ولو وهب له مال لم يجب قبوله لان قبول الهبة نوع من الاكتساب
وهو غير واجب للحج لان وجوبه مشروط بوجود الاستطاعة فلا يجب تحصيل شرطه بخلاف الواجب المطلق ومن هنا ظهر الفرق بين البذل والهبة فان
البذل يكفي فيه نفس الايقاع في حصول القدرة والتمكن فيجب بمجرده ويظهر من س ان من حج في نفقة غيره اجزأه عن حجة الاسلام بغير خلاف بخلاف
ما لو تسكع وفيه دلالة على الوجوب بمجرد البذل لان الاجزاء فرع الوجوب وفي المسألة بحث وهو انه قد علم من عدم وجوب قبول الهبة ونحوها
من انواع الاكتساب ان وجوب الحج مشروط وتقدم في المسائل السابقة وجوب تحصيل جملة من الشرائط كالزاد والراحلة والالات عند وجود
الثمن وتحصيل المعين للعاجز ومثله الرحم للمرأة حيث يحتاج اليه ووجوب ذلك لا يتم الا اذا كان الوجوب مط لا يجب تحصيل شرطه وظاهر ذلك التدافع ودفعه
بان موضوع الوجوبين متغاير فمحل الاول نفس الشرط اعني الاستطاعة ونحوها ومحل الثاني متعلق الاستطاعة اعني الزاد والراحلة وغايته ما يلزم ان
الشيء الواحد قد يكون وجوبه مطلقا من وجه مشروطا من اخر فالحج مثلا بالنظر الى الاستطاعة مشروط فكل ما يكون داخلا في مسماها لا يجب تحصيله ولا
يجب الحج الا اذا حصل وبعد حصولها مع باقي الشرائط يصير الوجوب مطلقا فيجب تحصيل ما يتوقف عليه من الالات والزاد والراحلة والاقتراض ونحوها
وفرق بعضهم بين الامرين بان شرط الواجب المشروط الذي لا يجب تحصيله هو الذي قرن به الامر اما غيره من الشروط الباقية فان الامر بالاضافة اليها
مطلق وفيه نظر لان ذلك وان تم في الحج لا يتم في غيره من الواجبات المشروطة كالزكوة فان وجوبها مشروط بوجود المال ولا يجب اكتسابه مع ان هذا
الشرط ليس مقترنا بالامر فان الاوامر بها من الكتاب والسنة متظافرة وليس فيها ذلك بخلاف الامر بالحج وانما استفيد كون وجوب الزكوة مشروطا
من دليل خارج وابلغ ما فيها انها مقترنة غالبا بالصلوة في الامر مع ان وجوب الصلوة مطلق ووجوب الزكوة مشروط والاولى ان يراد بالواجب المشروط
ما ثبت شرعا توقف وجوبه على الشرط سواء اقترن معه في الامر ام انفك عنه وبالمطلق ما لا يتوقف الحكم بوجوبه عليه لما توقف وجوده او صحته على
شرط قوله ولو استؤجر للمعونة على السفر الى قوله وجب الحج انما يجب عليه الحج مع تحقق الاستيجار بالايجاب والقبول فقبل ذلك لا يجب وان امكن لان قبول
الايجاب تحصيل للشرط وهو غير واجب ثم اذا وقع الاستيجار للمعونة وشرط له في العقد الزاد والراحلة دائما او في وقت مخصوص كحال التعب او في وقت
وكان الاجر مالا كما لا يحصل به بقية الشرط وجب عليه الحج واجزأه عن حجة الاسلام لتحقق الشرط وهو الاستطاعة ولو كان الاستيجار لا على هذا الوجه لم يجب
ويبقى في المسألة على تقدير الوجوب اشكال وهو ان القصد الى مكة والمشاعر يجب لاجل العمل المستاجر عليه ووجوب الحج يقتضي ايقاعه عن نفسه و
انشاء السفر لاجله وهما متنافيان فلا يجتمعان لكن وجوبه للمعونة سابق على الاستطاعة فينبغي ان يقدم السفر لها على الحج الواجب كما لو نذر الحج في سنة معينة
ثم استطاع لحجة الاسلام وجوابه منع ان السفر لحجة الاسلام يجب بمحض قصده لها بل الواجب تحصيل السير الذي يتوقف عليه الحج سواء كان لاجله ام لاجل
غيره او لهما ومن ثم جاز له قصد التجارة في حجة الاسلام واجارة نفسه للمعونة بعد وجوب الحج عليه وغيرهما من الامور الجائزة لم ينافي الواجب اجماعا و
الفرق بين وجوب السفر لغير الحج وبين نذر الحج في السنة المعينة واضح فان الواجب للاسلام انما هو الحج وهو الافعال المخصوصة في الزمان المخصوص وايقاعها
لاجل حجة الاسلام والنذر مناف بخلاف السفر لغيره ثم ايقاع الافعال لاجله فان الغرض من السفر انما هو مجرد انتقال البدن الى تلك الامكنة ليتحقق
الفعل فكيفما حصل الانتقال اجزأه حتى لو تحققت الاستطاعة فانتقل ساهيا او مجنونا ونحو ذلك ثم افاق وذكر عند الشروع في الافعال صح الحج
ونظير ذلك لو وجب على المكلف الطهارة والماء في موضع بعيد فمشى اليه بقصد اخر او بقصد ما ثم تطهر فانه يمتثل الامر وقد ظهر من ذلك ان نية الحج
عند الشروع في السفر شرط لكماله وحصول الثواب به لا واجبة بحيث يتوقف عليها الصحة او يحصل الاثم بتركها ويظهر من ذلك فوائد اخر يأتي بعضها
ان شاء الله تعالى قوله ان يكون له ما يمون عياله المعتبر مؤنة واجبي النفقة من العيال خاصة ويعتبر فيها الاقتصاد بحسب حالهم من غير اسراف ولا تقتير ولو احتاجوا

ولا يجب الاقتراض للحج الا ان يكون له مال بقدر ما يحتاج اليه زيادة عما استثنيناه ولو كان معه قدر ما يحج به فنازعت نفسه الى النكاح لم يجز صرفه في النكاح وان شق تركه وكان عليه الحج ولو بذل له زاد وراحلة ونفقة له ولعياله وجب عليه ولو وهب له مال لم يجب قبوله ولو استؤجر للمعونة على السفر وشرط له الزاد والراحلة او بعضه وكان بيده الباقي مع نفقة اهله وجب عليه واجزأه عن الفرض اذا حج عن نفسه ولو كان عاجزا عن الحج فحج عن غيره لم يجزئه عن فرضه وكان عليه الحج ان وجد الاستطاعة الرابع ان يكون له ما يمون عياله حتى يرجع فاضلا عما يحتاج اليه ولو قصر ماله عن ذلك لم يجب ولو حج عنه من يطيق الحج لم يسقط عنه فرضه سواء كان واجدا للزاد والراحلة او فاقدا لهما متن

الى نوة اعتبرت البقيو لعلها داخلة في المؤنة لغة وان لم يدخل عرفا ولا يعتبر وجودها وقت قبل السفر بل لو حصلت ادرارا من عقار وغيره كفى قوله ولو تكلف الحج مع عدم الاستطاعة لا فرق بين جهة كان ماشيا او راكبا لان الحج على هذه الحالة غير واجب فاذا لم يحصل شرط الوجوب الذي هو كالوقت لم وجب عليه الحج ثانيا بخلاف ما لو تكلفه من وجب عليه بالمشي وغيره فانه يجزيه قوله ولا يجب على الولد بذل ماله لوالده في الحج ينبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله حيث اوجب على فاقد الاستطاعة ان ياخذ من مال ولده قدر ما يحج به على الاقتصاد وافتى به في بعض كتبه وجعله في ط رواية اصحابنا وادعى اجماعهم عليها والمستند صحيحة سعيد بن يسار عن الصادق ع وحملت على الاقتراض منه لمن وجب عليه الحج كما يقترض منه للنفقة او على استحباب بذل الولد ماله للاب ليحج به كما يستحب له اعفافه قوله تخلية السرب هو بفتح السين المهملة واسكان الراء الساكنة الطريق والمراد عدم المانع من سلوك الطريق من لص وعدو وغيرهما والمرجع في ذلك الى ما يعلمه او يغلب على ظنه بقرائن الاحوال قوله او معضوبا لا يستمسك على الراحلة المعضوب الضعيف سواء بلغ في الضعف الى ان لا يستمسك على الراحلة ام لا مع وصف الاستمساك على الراحلة في العبارة مخصص لا موضح وانما يسقط عنه الحج مع عجزه عن الاستمساك عليها وعجزه عن المحمل ونحوه فلو امكن وجب ولو امكنه الاستمساك لكن بمشقة عظيمة لا تتحمل عادة لم يجب ومثله مقطوع اليدين او الرجلين والشيخ الكبير قوله وهل يجب الاستنابة مع المانع من مرض او عدو القائل بذلك ابن ادريس وقواه في المختلف والاصح الوجوب لصحيحة محمد بن مسلم وغيرها وموضع الخلاف ما اذا عرض المانع قبل استقرار الوجوب اما لو استقر ثم عرض المانع وجبت الاستنابة قولا واحدا ولا فرق في ذلك كله بين العاجز لعدو ومرض وخلقة وانما تجب الاستنابة مع اليأس من البرء ومعه فالوجوب فوري كاصل الحج ولو لم يحصل اليأس لم يجب وان استحب ويظهر من وجوب الاستنابة على التقديرين وان لم يجب الفورية مع عدم اليأس قوله فان حج نائبا واستمر المانع فلا قضاء وان زال اه اذا حصل العذر المانع من الحج بنفسه فاما ان يكون قد سبق استقرار الحج في ذمته اولا وعلى التقديرين فاما ان ييأس من البرء اولا وعلى التقديرات الاربعة فاما ان يستنيب للحج اولا وعلى التقديرات الثمانية اما ان يحصل له البرء قبل الموت بحيث يمكنه الحج بنفسه وان كان على خلاف الغالب اولا فالصور ستة عشر وحكمها اجمالا انه متى يئس من البرء وجبت الاستنابة سواء سبق الاستقرار ام لا وقد تقدم وان لم يحصل اليأس جازت الاستنابة ثم ان برئ وامكنه الحج بنفسه وجب ان استمر المانع اجزأ مع اليأس ووجبت الاستنابة ثانيا لا معه لعدم الوجوب سابقا ولو لم يستنب حتى مات وجب القضاء عنه سواء اتفق برؤه ام لا وهو المراد من قوله ولو مات بعد الاستقرار اه ويمكن ان يريد ما هو اعم منه وممن لم يستنب ثم برئ وتمكن من الحج بنفسه فان الوجوب يستقر على التقديرين قوله ولو كان لا يستمسك خلقة قيل يسقط الفرض اه الكلام في هذه المسألة كما سبق بل يمكن رفعها الى قوله او كان معضوبا لا يستمسك على الراحلة فانه يشمل الخلقي وغيره وانما اعادها لينبه على حكمها بالخصوص فان ظاهر النصوص دال على حكم من عرض له العجز لانه فرضه في شيخ كبير وفيمن عرض له مرض فالعجز الاصلي ابعد عن الحكم لامكان حمل النصوص على ما لو سبق الوجوب على العجز بخلاف العاجز الاصلي فانه لا يتصور فيه سبق الاستقرار والاصح وجوب الاستنابة في الموضعين لعدم العلم بالقائل بالفرق وفي بعض الروايات سئلته عن رجل مسلم حال بينه وبين الحج امر يعذره الله تعالى فيه قال عليه ان يحج عنه من ماله قوله ولو احتاج في سفره الى حركة عنيفة اه لا خلاف في السقوط على تقدير الضعف عن الحركة بل ولا مع القدرة عليه بمشقة لا يتحمل مثلها عادة لفقد شرط الوجوب هو امكان المسير ومقتضى ذلك انه لو تكلف وتحمل المشقة فادرك الحج لم يجز به عن حجة الاسلام مع القدرة وكذا المريض والمعضوب والممنوع بالعدو لان فقد الشرط يستلزم عدم المشروط كما لو تكلف الفقير وفرق فيه بين هؤلاء وبين الفقير فاجزأ بالحج منهم على تقدير التكلف دونه فقال وعندي لو تكلف المريض والمعضوب والممنوع بالعدو وتضيق الوقت اجزأ لان ذلك من باب تحصيل الشرط فانه لا يجب لو حصله وجب واجزأ نعم لو ادى ذلك الى الاضرار بالنفس يحرم انزاله ولو قارن بعض المناسك احتمل عدم الاجزاء انتهى واشار بقوله وعندي الى ان الاصحاب لم يفرقوا بين الشرائط بل حكموا بان من حج مع عدم استكمالها لا يجزيه فيدخل فيه من تكلف امكان المسير ونبه بقوله لان ذلك من باب تحصيل الشرط الى وجه اخراج هذا الشرط وهو امكان المسير عن باقي الشرائط بانه في معنى الزاد والراحلة لتوقف الوجوب عليهما ولا يجب تحصيلهما ولو حصلهما وجب الحج وحمل كلام الاصحاب الى احد الامرين اما انه لا يجب تحصيل هذه الشرائط واما على ما يؤدي تحصيلها الى ارتكاب منهي عنه مضاد للمامور به كما اشار اليه بقوله ولو قارن بعض المناسك وانما جعل الثاني احتمالا لامكان ان يقال بالاجزاء مع ذلك ابتناء على ان النهي هنا عن وصف خارج عن النسك فلم يتحد متعلق الامر والنهي وقواه في بعض تحقيقاته قوله ولو كان له طريقان فمنع من احدهما سلك الاخرى اه انما يجب سلوك الابعد مع وفاء استطاعته بمؤنتها اما الوقوف بالاقرب خاصة يتوقف الوجوب على امكانها قوله ولو كان في الطريق عدو لا يندفع الا بمال قيل يحل الخلاف فيما اذا لم يكن قد احرم والا وجب البذل قطعا وفيه نظر لان الخلاف ات فيهما وسيأتي نقل المص للاخير في باب الصد ووجه السقوط هنا فقد الشرط وهو تخلية السرب وشرط الوجوب لا يجب تحصيله ولانه ظلم لا ينبغي الاعانة عليه ولانه لو خاف من اخذ المال منه قهرا سقط وان قل المال عند الجميع وهذا في معناه والاولى الوجوب مع الامكان لتحقق الاستطاعة وربما يفرق بين بذل المال بالاختيار واخذه قهرا فان الثواب يتحقق في الاول والعوض في الثاني وقيده جماعة بعدم الاجحاف قوله نعم لو قال له ابذل وادفع انا لم يجب المراد انه لم يكن له الا ما يكفيه لما يحتاج اليه مع هذا المال ويجوز تنزيله على القول بعدم وجوب الحج للقادر على دفع المال والفرق بين قوله وبذل له عن ان الاول يحصل الاستطاعة اذ لا يملك الا بالقبول وهو غير واجب بخلاف البذل ولعنه قوله وطريق البحر كطريق البر اه يعتبر في طريق البحر السلامة من العدو ونحوه كالبر ومنه بان لا يخاف الغرق من هيجانه ونحوه بسبب القرائن الدالة عليه ولو اشتبه الحال لم يجب كالبر وانما يسقط الحج اذا كان الخوف في ابتداء السير وفي اثنائه والرجوع لم يمكنه الا بمثله اما لو تساويا مع المقام في الخوف احتمل ترجيح الذهاب لحصول الترجيح فيه بالحج وسقوط الحج كما لو حصل ابتداء لفقد الشرط ويفهم من قوله فان غلب ظن السلامة والاسقط ان الوجوب مشروط بظن السلامة بل بغلبته فلا يجب مع اشتباه الحال والاولى عدم اشتراط ذلك

بل الشرط عدم ترجيح العطب وهذا هو الذي يقتضيه ظاهر النص وفتوى الاصحاب قوله ومن مات بعد الاحرام ودخول الحرم اه اذا مات الحاج قبل اكمال الحجة فاما ان يكون خروجه في عام الاستطاعة او بعد استقرار الحج في ذمته فان كان الاول لم يبرئ ذمته من الحج ولم يجب قضاؤه سواء مات قبل التلبس ام بعده وسواء كان تمكنه قبل ذلك الاحرام ودخول الحرم فلم يفعل ام لا وان كان الثاني فان مات قبل الاحرام ودخول الحرم لم يجزه ووجب قضاؤه عنه من موضع الموت وان قلنا بوجوب القضاء من البلد في غير هذه الصورة لحصول المقدمة التي وقع الخلاف في فعلها مضافة الى الحج ولو كان بعد الاحرام وقبل دخول الحرم لم يجزه ايضا لكن يستأجر عنه من الميقات لانه موضع الموت الان يتعذر العود فمن حيث يمكن فان كان موته بعد الاحرام ودخول الحرم اجزأه ولا يجب الاستنابة في اكماله سواء كان الموت في احرام العمرة ام الحج وسواء مات في الحرم ام في الحل محرما او محلا كما لو مات بين الاحرامين ولا يكفي مجرد الاحرام على الاقوى قوله ويستقر الحج في ذمته اذا استكملت الشرائط واهمل لا بد من تقييد الاهمال بكونه وقعا في جميع المدة التي يمكن فيها استيفاء جميع افعال الحج باقل الواجب فلم يفعل واحترزنا بجميع الافعال عن مضي زمان يمكن فيه البعض كالاحرام ودخول الحرم فانه غير كاف وان كان مع ادراكه يجزي فظاهر الاكثر اعتبار مضي جميع الافعال وان ان لم يكن ركنا كالمبيت بمنى والرمي ويمكن اعتبار زمان يمكن فيه تادي الاركان خاصة وهو مضي جزء من يوم النحر يمكن فيه الطوافان والسعي واختاره في التذكرة والمهذب ولو قلنا باستحباب افعال منى المتأخرة لم يعتبر قطعا اذا تقرر ذلك فنقول اذا اهمل من وجب عليه الحج الى ان يمضي ذلك الزمان تعاب السفر في ذمته وقضي عنه وجوبا ولو مات قبل ذلك لم يجب وكذا يستقر لو بقي حيا جامعا للشرائط الى رجوع القافلة ولو ذهب ماله قبل امكان الرجوع ففي استقراره عليه نظر من فوات شرط الاستطاعة التي هي الزاد والراحلة ذهابا وعودا ومن امكان بقاء المال لو سافر ولا فرق على التقديرين بين كونه قبل مضي زمان افعال الحج وبعده وقطع في التذكرة بعدم الاستقرار محتجا بان نفقة الرجوع لا بد منها في الشرائط ويمكن ان يتخرج على القولين ما لو وهب ماله في تلك المدة لفوات شرط الوجوب ومن كونه باختياره ولا ريب في حصول الاثم بالتأخر عن السفر على هذه التقادير وانما الكلام في الاستقرار ولكن ظاهرهم هنا عدم السقوط بخلاف ما لو وهبه قبل اوان الخروج والوجهان اتيان ايضا فيما لو مرض مرضا لا يستمسك معه على الراحلة او يشق السفر مشقة لا تتحمل عادة ولو احصر الراكب الذي كان يمكنه الخروج معه فتحلل لم يستقر الفرض عليه ولو سلكوا طريقا اخر بعد ذلك وحجوا استقر عليه قوله والكافر يجب عليه الحج ولا يصح ذلك منه نبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث زعم ان الكافر غير مخاطب بفروع الاسلام فلا يعذب عليها يوم القيمة بل يعذب على الكفر خاصة لنا قوله تعالى ولله على الناس حج البيت والكفر لا يصلح للمانعية كما لا يمنع من الخطاب بالاسلام وهو مقدور وقد حكى الله تعالى عن الكافرين من تعليل عذابهم بترك فروع الاسلام حيث قالوا لم نك من المصلين وقد ظهر من جملة الكلام ان الشرائط على اربعة انحاء ما هو شرط في الوجوب وهو ما عدا الاسلام وما هو شرط في الصحة خاصة وهو الاسلام وما هو شرط في المباشرة وهو الاسلام والتمييز وما هو شرط في الاجزاء وهو ما عدا الخامس من الشرائط السابقة عند الشيخ ره كما مر تحقيقه وهذا القسم ساقط عند باقي الاصحاب لان كل ما هو شرط في الوجوب والصحة شرط في الاجزاء عندهم فالقسمة ثلاثية قوله ولو احرم بالحج وادرك الوقوف بالمشعر لم يجزه الا ان يستأنف احراما لان احرام الكافر لا يصح كباقي عباداته فلا بد من تجديده ويتعين له ما مضى من الافعال قوله فان ضاق الوقت احرم ولو بعرفات اي احرم بالحج ثم ان كان حجه قرانا او افرادا فلا اشكال ويعتمر بعده وان كان فرضه التمتع وقد فاتت عمرته نوى حج الافراد ويكون هذا من مواضع الضرورة المسوغة للعدول من التمتع الى قسيميه وكان نحو العبارة ان يقول احرم ولو بالمشعر لانه ابعد ما يمكن فرض الاحرام منه فيخص دخول لو عليه بخلاف عرفة وان كان الاحرام منهما جائزا ايضا بل اولى قوله ولو حج المسلم ثم ارتد لم يعد على الاصح اي لم يجب عليه اعادة الحج على اصح القولين وان كان الاولى له الاعادة ونبه بذلك على خلاف الشيخ ره حيث اوجب عليه الاعادة محتجا بان الاحباط لم يكفر يبطل الايمان وبان المسلم لا يكفر وجوابه ان الاحباط مشروط بالموافاة على الكفر كما ان الثواب على الايمان مشروط بالموافاة عليه وقد قال الله تعالى ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا ثم كفروا فاثبت لهم كفرا بعد ايمان وروي عن الباقر ع من كان مؤمنا فحج ثم اصابه فتنة فكفر ثم تاب يحسب له كل عمل صالح عمله ولا يبطل منه شيء قوله ولو احرم مسلما ثم ارتد ثم تاب لم يبطل احرامه على الاصح الخلاف في هذه المسألة كالسابقة فان من منع من كفر المسلم يلزمه بطلان الاحرام هنا الشيخ وتوقف فيها لكفر والاصح عدم بطلانه بل يبني على ما مضى منه لعدم الدليل المقتضي للابطال وليس لو تم ما ذكر لزم عدم اعادة المرتد ما اوقعه من العبادات حال ردته اذا اسلم لانه تبين بارتداده انه كافر اصلي وهو خلاف الاجماع وقد استفيد من ذلك ان الاستدامة الحكمية ليست معتبرة في صحة الاحرام قوله والمخالف اذا استبصر لا يعيد الحج اه هذا هو المشهور بين الاصحاب والروايات به متظافرة وهي حجة على من خالف كابن الجنيد وابن البراج حيث اوجبا عليه الاعادة وان لم يخل بشيء بناء على ان الايمان شرط العبادة ولم يحصل وباخبار اخرى تدل على الاعادة ويمكن حمل اخبارهم على الاستحباب جمعا واطلاق المخالف يقتضي عدم الفرق بين من حكم بكفره كالناصبي وغيره وقد ورد في بعض الاخبار التصريح بالناصب ويظهر من المص ان الكافر منهم يجب عليه الاعادة لانه حمل الخبر الدال عليها على الناصب وتقييد الصحة بعدم الاخلال بالركن ليس موجودا في النصوص وانما هو من كلام الجماعة وفسره بعض المتاخرين بما هو ركن عندنا لا عندهم واطلق الاكثر ومبنى ذلك على ان عدم وجوب الاعادة عليه هل هو لكونه صحيحا في نفس الامر لحصول الشرط وهو الاسلام والايمان ليس بشرط او عدم الاعادة رخصة وتخفيف عنه بالايمان كما خفف عن الكافر قضاء العبادة التي تركها حال كفره ظاهر الشهيد ره في س والعلامة في لف الاول وعلى هذا يتجه تقييد الركن بما هو عندنا والمخالف يكون غير كافر لم يمكن الحكم بالصحة في الواقع وظاهر النصوص واكثر الفتاوى لا يدل الا على عدم الاعادة وهي اعم من الصحة وفي بعض الاخبار تصريح بان ذلك تخفيف واستيلاع للايمان وان الحالة التي كان عليها اعظم ما فعله على غير وجهه وقد قبل منه الايمان وعفي له عما سلف وح فلا يدل على ان الايمان ليس بشرط وهذا هو الظ لان الايمان مناط الثواب عندنا ووقوع العبادة صحيحة يستلزم الثواب فلا يمكن الجمع بين

٩٢ حصوله وعدم استحقاق الجنة كون العبادة بعد الفراغ منها والعلم بالحال موقوفة على امر اخر غير معهود في غير الاحباط مع الكفر وهو غير المفروض وبنيه عليه حكمهم بعدم اعادة الصلوة ايض وغيرها من العبادات غير الزكوة مع ابقاء ما صحيحة عندهم لا عندنا فبين التعليلين تخالف فيدل على صحة هذا الاعتبار دون ما ذكروه هنا ان الصلوة عندهم لا يكاد تتم صحيحة عندنا بوجه لاختلاف الحكم جدا في الشرائط والافعال وايض فان ذلك هو المناسب للعفو عما تركه الكافر فان الكافر لا يعتقد الجزاء على الله تم بالشرك وكذلك المسلم اذا افعل ما هو صحيح عندنا خاصة فيحمل الحاكم ببر لمطابقته للواقع وعدمه لانه تركه للعبادة بزعمه فيجب قضاؤه وقد تبين بذلك ان في المسئلة ثلث احتمالات شرطية الايمان في العبادة ووجوب الاعادة وعدمها وشرطيته مع عدم وجوب الاعادة على تقدير عدم الاعادة مع عدم الاخلال الان وافق فعله للنوع الواجب عليه عندنا كالتمتع وفيهبه فظاهر وان تخالف كالحج من فرضه التمتع افراد افالظاهر الاعادة ايض لعدم الاخلال بالركن والاتيان بحج صحيح عنده مع احتمال الاعادة لان النوع اقوى من الركن في الحج لان الركن لا يبطل الحج بتركه سهوا غالبا ولو حج قرانا على ما فسرناه به فكذلك واما على تفسيرهم من ان المراد به ان يقرن بين الحج والعمرة في احرام واحد فيجب الاعادة لاخلاله بالركن بل لاتيانه بحج باطل عندنا مع احتمال الصحة على ما سبق من اعتبار الصحيح عندهم خاصة كما ذكروه في الصلوة قوله وهل الرجوع الى كفاية من صناعة اه اعلم ان الاستطاعة فيمن يفتقر الى قطع المسافة تنقسم الى ثلاثة اقسام الاول الاستطاعة الى الذهاب الى الحج مستمرة الى ان يفرغ من افعاله وهو شرط باجماع المسلمين الثاني استمرارها الى ان يرجع الى وطنه وهي شرط باجماع الامامية وللعامة في ذلك اختلاف الثالث الرجوع مع ذلك الى كفاية وهو المبحوث عنه فقد ذهب اكثر المتقدمين وادعى عليه الشيخ الاجماع ونقله المرتضى عن الاكثر الى اعتبار الرجوع الى كفاية عملا باصالة البراءة وبرواية ابي الربيع الشامي عن الصادق والاصح عدم اعتبارها وهو المشهور بين المتاخرين لتحقق الاستطاعة التي هي الشرط في الاية والاخبار والرواية لا دلالة فيها على مطلوبهم بل ظاهرها اعتبار المؤنة ذاهبا وعائدا ومؤنة عياله اذا تقرر ذلك فنقول لما المراد بالكفاية عند القائل بها لم يتضح كلامهم بتصريح بشيء فيمكن ان يكون مؤنة السنة قوة او فعلا لانها الكفاية والغنى الشرعيان ويمكن اعتبار ما فيه الكفاية عادة بحيث لا يحوجه صرف المال في الحج الى سؤال الناس كما يشعر به رواية ابي الربيع والمراد بالصناعة في قول المصنف صناعة او حرفة الملكة التي يقتدر بها على افعال لا تحصل بدون التمرن عليها واستفادتها من مرشد غالبا كالخياطة وبالحرفة ما يكتسب به مما لا يفتقر الى ذلك كالحطب والحشيش والكنس قوله ومن وجب عليه الحج فالمشي افضل له من الركوب اه قد اختلف الاصحاب وغيرهم في افضلية المشي على الركوب في الحج وعكسه فذهب الاكثر الى ان المشي افضل لما روى من ان الحسن حج عشرين حجة ماشيا على قدميه وهو اعلم بسنة جده صلى الله عليه وآله ولقول الصادق ما عبد الله بشيء اشد من المشي ولا افضل واحتج من ذهب الى افضلية الركوب بحج النبي صلى الله عليه وآله راكبا وقد روى عن الصادق ايض انه قال الركوب افضل من المشي لان النبي صلى الله عليه وآله ركب والاقوى التفصيل الجامع بين النصوص وهو ان المشي افضل لمن لم يضعفه عن اداء الفرائض كاملة والوظائف الشرعية من الدعاء والقراءة والخشوع فان ضعف عن شيء من ذلك فالركوب افضل ويؤيده ما روى عنه انه قال حين سئل اي شيء احب اليك نمشي او نركب فقال تركبون احب الي فان ذلك اقوى على الدعاء والعبادة وفصل بعض الافاضل من وجه اخر فقال ان كان الحامل له على المشي كسر النفس ومشقة العبادة فهو افضل وان كان الحامل عليه توفير المال فالركوب افضل لان دفع الشح عن النفس من افضل الطاعات وقد قال اي داء ادوى من البخل وذلك جامع لمساوى العيوب فقد جعله اولى من العبادة بالمشي وهو حسن ايض واراد المص بقوله اذا لم يضعف عن العبادة التفصيل الاول وان كان مطلق الضعف اعم ولا فرق في افضلية المشي وغيره بين حجة الاسلام وغيرها وان كانت العبارة تشعر باختصاص الحكم بها قوله اذا استقر الحج في ذمته ثم مات قضي عنه اه لا فرق في وجوب قضائه من اصل تركته بين ان يوصي به او لا عندنا فاجرة المثل له بمنزلة الدين فمع اجتماعهما وقصور التركة عنهما يوزع عليهما ثم ان قامت حصة الحج من التوزيع او من جميع التركة على تقدير عدم الدين باجرة الحج ولو بابخل ما يمكن تحصيله بها فواضح ولو قصرت عن الحج والعمرة من اقرب المواقيت ووسعت لاحدهما فالظاهر وجوبه بخلاف ما لو وسع لبعض الافعال ولو تعارضا احتمل تقديم الحج ولو قصرت عن جميع ذلك صرفت حصة الحج في الدين ان كان معه والا عاد ميراثا قوله يقضي الحج من اقرب الاماكن وقيل يستأجر من بلد الميت اه الاصح قضاؤه من اقرب الاماكن مط والمراد منه الميقات ان امكن الاستيجار منه والا فاقرب ما يمكن منه اليه وقد تقدم ما يدل عليه هذا اذا لم يوص به من البلد او يقيد ربعه من البلد وتدل القرائن الحالية والمقالية على ارادته وكذا القول فيما لو اوصى بحج غير حجة الاسلام او حجة الاسلام وحيث يجب زيادة على الميقات لو قضى منه اجزأ لكن ياثم الوارث لو منع الزائد فالقضي ممن يملك المال الفاضل ولا يجب صرفه في نسك او بعضه او في وجوه البر واعلم ان المشهور في كتب الاصحاب حتى في كتب المص غير هذا الكتاب ان في المسئلة قولين احدهما الوجوب من الميقات مط والثاني من بلده ومراد صاحب هذا القول ان ذلك مع سعة المال والا فمن حيث يمكن وهنا جعل الاقوال ثلثة ولا يتحقق الفرق بين القولين الاخيرين الا على تقدير القول بسقوط الحج مع عدم سعة المال من البلد عند القائل بالثاني ولم يقل به احد قوله من وجب عليه حجة الاسلام لا يحج عن غيره ولا تطوعا اه اما التطوع فظ لان قدرته عليه يستلزم قدرته على الواجب فيقدم المضيق واما حجه عن غيره مع قدرته على الحج عن نفسه ولو بمشقة امامع عجزه وضيق الوقت بحيث لا يمكنه تحصيل المقدمات عادة فيجوز له ايجار نفسه للحج عن غيره لعدم الفائدة بالتاخير بل يجب بالتاخير بل قد يجب في ذلك اذا ادى الى التكسب للحج عن نفسه قوله لا يشترط وجود المحرم في النساء اه بل المعتبر عدم الخوف على البضع او العرض بتركه ومعه يشترط سفره معها في الوجوب عليها ولا يجب عليه اجابتها اليه تبرعا ولا باجرة ولو طلب الاجرة والنفقة فتكون من جزء من استطاعتها ولو ادعى الزوج الخوف عليها او كونها غير مامونة على ما بينة ثم يشاهد الحال فان انتفيا قدم قولها وهل يعتبر اليمين نظر من انها لو اعترفت نفعه وقرب في عدم اليمين عليها والظاهر لزم منعها باطنا لانه محق عند نفسه والمراد بالمحرم الزوج ومن يحرم عليه نكاحها مؤبدا بنسب او رضاع او مصاهرة فيدخل بها وزوج الاخت ونحو الام التي لم يدخل بها اليوم بمحارم وفي اشتراط اسلامه نظر اقربه العدم ان لم يستحل نكاح المحرم كالمجوسي قوله وكذا ذلك في الواجب كيف كان ان كان حج الاسلام او المنذور المقيد بسنة معينة اما المنذور مط ففي جواز منعه الى وقت التضيق قولان ومقتضى

المبادرة عليه وهو الظاهر قوله فلا يصح نذر العبد الا باذن مولاه وكذا الحكم في ذات البعل وكذا الحكم في الولد والمعتبر اذن الولي قبل النذر فلا عبرة باجازته لو بعده ولو من زوال ولايته بعده قبل الابطال على الاقوى وكذا القول في العهد واليمين ولا فرق في الزوجة بين الدائم والمستمتع بها قوله اذا نذر الحج فمنعه مانع اه لا اشكال في جواز تاخير المطلق الا ان يظن الوفاة سواء حصل مانع ام لا لانه يجب المبادرة به مع عدم المانع فتقييد المص التاخير بالمانع اما في مقابلة استحباب المبادرة او لدفع توهم بطلان النذر مع المانع لكون المنذور غير مقدور عليه وذلك لان المعتبر في بطلانه سلب القدرة في جميع الاوقات التي تدخل تحت الاطلاق قوله ولو تمكن من ادائه ثم مات اه المعتبر في استقرار حج النذر ما يعتبر في حجة الاسلام من مضي مقدار ما يمكنه فيه فعله بجميع واجباته فاذا اهمل ذلك ومات وجب ان يقضى عنه ولا يقدح فيه عدم وجوب الفورية ولو فرض حصول مانع عن المطلق اعتبر في الاستقرار القدرة عليه كذلك بعد زوال المانع ويقضى باجرة من اصل التركة كحج الاسلام لانه واجب مالي وان كان مشوبا بالبدني والكلام في قضائه عنه من البلد او الميقات كما مر وبزيادة لو قيد النذر من البلد يتعين قولا واحدا قوله فان عين الوقت فاخل مع القدرة قضي عنه ويجب مع القضاء كفارة خلف النذر ويخرج من اصل ماله كما يخرج اجرة الحج قوله ولو منعه عارض كمرض او عدو اه يجوز عود ضمير منعه الى الكل والى الحد من تعين الوقت واخل به فيحمل فيما لو من نذر الحج مط وتمكن من ادائه فان الحكم فيهما واحد وهو انه متى نذر الحج ولم يتمكن من فعله اما في المدة التي يعينها او في جميع عمره ان اطلق لم يجب قضاؤه عنه ويبطل النذر لان شرطه كونه مقدورا للناذر وقد استفيد من هذه المسائل ان مرادهم بالقدرة في الزمان الذي يصح وقوع المنذور فيه وان لم تكن حاصلة حالة النذر وهو في المطلق العمر وفي المقيد الوقت المعين فغير المقدور الذي لا يصح نذره هو الذي يستحيل القدرة عليه قطعا كنذر الطيران ونحوه او وقوعا كنذر فعل يصلح للناذر والقدرة عليه بحسب جنسه فان النذر يصح ويراعى فيه تحقق القدرة في جزء من الزمان يمكن وقوعه فيه فاذا مضى مجموع الزمان الصالح له ولم يقدر عليه بطل النذر ح فمعنى عدم صحة هذا القسم انه مما يوجبه الحكم بالبطلان اليه وان لم يكن حالة النذر ومثله ما لو نذر الصدقة بمال كثير لا يملكه ولا شبه فان النذر يقع مراعى بالتمكن منه في جميع عمره او في الزمان المعين له فاذا مضى ولم يقدر عليه تبين بطلان النذر وهكذا واما القسم الاول وهو ما يمتنع القدرة عليه عادة قطعا فان البطلان يتوجه اليه ابتداء فتامل ذلك فانه مما يخفى تحريره من كلامهم قوله ولو نذر الحج او افسد حجه اه هذا مبني على وجوب الاستنابة لحجة الاسلام فان لم نوجبها ثم لم توجب هنا وان اوجبناها احتمل الحاقها بها لتساويهما في الوجه وهو الوجوب وعدمه قصر اللازم المخالف للاصل على مورده اذ الاصل في الاستطاعة ان تكون بالبدن والمال معا والقول بالوجوب للشيخ ره وهو متوجه في المغصوب لامكان ان يعرض له المانع بعد الشروع في الحج فيعيده فيجب الاستنابة خصوصا على القول بان الثانية هي حجة الاسلام واما النذر فمع سبق انعقاده على الغصب وامكان فعله فاخر وغصب يجب الاستنابة ولو عرض الغصب قبل امكان الفعل بطل كما مر وان كان النذر في حال الغصب وهو موضع الخلاف هنا اذ قوله وهو معضوب جملة حالية من الناذر والمعتمد اشكل انعقاده فضلا عن الاستنابة لان شرطه الاستطاعة كما تقدم فيتوقع مع الامكان ويبطل النذر مع الياس نعم لو لاحظ في نذره الاستيجار فلا اشكال في وجوب الاستنابة قوله اذا نذر الحج فان نوى حجة الاسلام تداخلا مقتضى التداخل انعقاد نذر الواجب وهو اصح القولين في المسئلة وفائدته زيادة انبعاث على الفعل ووجوب الكفارة مع الاخلال والتاخير عن السنة المتعينة في النذر وهذا اذا كان عليه حجة الاسلام حال النذر اما لو لم يكن فانه ينعقد ايض انعقادا مراعى بالاستطاعة فان حصلت وجب بالنذر ايض ولا يجب تحصيل الاستطاعة هنا على الاقوى ولو قيد النذر بسنة معينة او مدة مخصوصة اعتبر في الانعقاد وجود الاستطاعة في تلك المدة فلو تاخرت عنها لم يؤثر قوله ولو نوى غيرها لم يتداخلا ثم ان كان مستطيعا حال النذر وكانت حجة النذر مطلقة او مقيدة بزمان متاخر عن السنة الاولى قدم حجة الاسلام ثم حج للنذر بعدها وان قيده بسنة الاستطاعة لم ينعقد النذر بسبب تحتمها في الزمان لغيره فلم يكن ما نذره مقدورا شرعا في الزمان المعين لكن يراعى بقاء الاستطاعة الى خروج القافلة فلو زال انعقد النذر ووجب له ولو نذره قبل حصول الاستطاعة ثم حصلت قبل الفعل قدمت حجة الاسلام مع الاطلاق او التقييد بمدة تزيد عن سنة بحيث يمكن فعله بعد ذلك او بسنة متاخرة عن عام الاستطاعة ومع نية تعيينه بتلك السنة يقدم النذر لعدم تحقق الاستطاعة في تلك السنة المعينة ومع فرض عدم وجوب حج الاسلام بقاء الاستطاعة الى العام الثاني وهذا مبني على ان استطاعة حج النذر عقلية لا شرعية كما هو ظاهر النص والفتوى فيه وفي نظائره من العبادات ولو قلنا انها شرعية كما اختاره في س قدمت حجة النذر مع حصول الاستطاعة بعده قبل الفعل وان كان مطلقا وروعي في وجوب حجة الاسلام الاستطاعة في العام الثاني كما في المعينة ولو اهمل حجة النذر في العام الاول الى القابل قال في س تعين بناء على مذهبه وجبت حجة الاسلام ايض ويشكل بان المعتبر في الاستطاعة كون المال فاضلا عما يحتاج اليه مما تعلق في الذمة من الدين ونحوه مما يقوم بالحج واذا حكم بتقديم المنذور واعتبار الاستطاعة فيه فهو ح بمنزلة الدين قوله وان اطلق قيل ان حج ونوى النذر اه القول بالتفصيل للشيخ ره وجماعة استنادا الى رواية رفاعة عن الصادق والاصح عدم التداخل لانهما فرضان مختلفان مختلفا السبب فلا يجزي احدهما عن الاخر وحملت الرواية على نذر حجة الاسلام قوله اذا نذر الحج ماشيا وجب لا اشكال في انعقاد نذر المشي في الحج لانه طاعة وعبادة مندوب اليها مع الامكان هذا اذا لم يضعفه عن العبادة او يحصل مانع اخر كما سبق تفصيله او قلنا ان المشي افضل مط ولو قلنا ان الركوب افضل مط او بالتفصيل ولم يحصل موجب الرجحان في المشي ففي انعقاده نظر من اشتراط كون المنذور طاعة وهي منتفية على هذا التقدير فلا ينعقد وبه جزم العلامة ومن ان الحج في نفسه عبادة وهو يتادى بالمشي والركوب وغيرهما من انواع الاكوان الموجبة لانتقاله الى المشاعر المخصوصة فنذره على احد الكيفيات نذر عبادة في الجملة وان كان غيرها ارجح منها اذ لا يشترط في انعقاد نذر شيء كونه اعلى مرتبة من جميع افراده وهذا هو الاقوى ونظيره نذر الصلوة في الزمان او المكان الخاليين عن المزية او المشتملين على مزية ناقصة عن غيرها ولو نذر الحج راكبا

فان قلنا بالافضلية مطلقا او في حالة دون حالة وانتفت للناذر فلا اشكال في الاجزاء ايضا والا بنى على القولين ايضا وكيف كان فنذر اصل الحج منعقد اجماعا وانما الكلام في الوصف اذا تعذر ذلك فقول من حكم بانعقاد نذر المشي فيه وجهين قولان احدهما بطلان النذر وهو الذي اختاره المص في كتاب النذر وجماعة لان ذلك هو المتبادر من الحج ماشيا والثاني من الميقات لان ماشيا حال من الحاج فهو وصف له وانما يصدق حقيقة حال تلبسه به كقولك ضربت زيدا ماشيا فانه انما يصدق حقيقة حال الفعل لا قبله ولا بعده وربما بني القولان على ان الحج هو القصد الى المشاعر او الافعال المخصوصة فعلى الاول يلزم من البلد وعلى الثاني من الميقات وقريب منه الخلاف في الاستيجار عن الميت عن البلد او من الميقات والمبنى ضعيف والاصح اتباع قصده في ذلك فان اتفق في العرف وهو الان دال على انه من البلد فان انتفى فالثاني اوجه ويسقط الوصف بعد طواف النساء على المشهور والاصح انه يسقط بعد رمي الجمار لانه اخر افعاله الواجبة قوله و يقوم في موضع العبور اي يقف في السفينة لو اضطر الى العبور بها لرواية السكوني عن الصادق ع ولان الواجب على الماشي القيام وحركة الرجلين فاذا فقد احدهما بقي الاخر وقد ذهب جماعة الى ان ذلك على وجه الوجوب لذلك والاصح الاستحباب وجماعة خلافهم لضعف المستند وعلى القول بالوجوب لو اخل به لم يقدح في صحة الحج بجملته كما لو ركب وعدمه وهو الذي اختاره بعض المحققين لخروجه عن حقيقة الحج ويضعف بان المشي كذلك ولا يقولون به فيه ولو تعارض في النهر العبور على قنطرة وسفينة فالظاهر تقديم ما يحصل معه المشي لقدرته على فعل الواجب قوله وان ركب بعضا قيل يقضي ويمشي مواضع ركوبه الى آخره الاول للشيخ ره وبراءة لا يبلغ حد العمل به والاصح انه مع تعيين السنة يقضي ماشيا ويكفر للاخلال بالمنذور ويتوجه عدم صحة الحج اصلا لان ما نواه لم وغيره غير منوي وان كان مطلقا اعاده ماشيا واحتمل المص في المعتبر اجزاء الحج مع التعيين وان وجبت الكفارة بناء على ان المنذور هنا في قوة شيئين احدهما الحج والاخر المشي فاذا اتى باحدهما خاصة برئت ذمته منه وبقي الاخر والحج هنا ماتي به حقيقة ولا طريق الى قضاء المشي مجردا فانه ليس بعبادة فيلزم الكفارة وهذا انما يتجه اذا نذر الحج والمشي غير مقيد احدهما بالاخر وان اجتمعا والمسئلة اعم من ذلك قوله ولو عجز قيل يركب ويسوق بدنه وقيل يركب ولا يسوق الى آخره جواز الركوب في الجملة قد ورد في النصوص الصحيحة والاصح استحباب السوق معه لانه طريق الجمع بين الاخبار والقول الثالث هو الاقوى في صورة الاطلاق ثم ان استمر العجز وجب الحج راكبا كما ورد به النص واما مع التعيين فوجوب الحج راكبا اقوى هذا كله مع اطلاق نذر الحج ماشيا او نذرهما لا على معنى جعل المشي شرطا في الحج والا سقط الحج ايضا مع العجز عن المشي قوله وان لا يكون عليه حج واجب هذا مع تعذر على ادائه والا جازت نيابته وقد تقدم ويشترط ايضا في نيابة الواجب موت المنوب او عجزه وعدالة الاجير لا بمعنى ان الفاسق لا يصح حجه بل لا يقبل اخباره به فلا يحصل البراءة بفعله وكذا القول في الصلوة والصوم والزيارة وغيرها من العبادات المتوقفة على النية وتظهر الفائدة فيما لو حج الفاسق عن غيره تبرعا فان حجه صحيح ويبرء ذمة المنوب عنه وكذا لو استوجر لظهور عدالته مع فسقه في نفس الامر فان عبادته صحيحة ويستحق تمام الاجرة بالفعل ويجب ايضا علمه بافعال الحج اجمالا او اخذها من دلائلها بالتقليد لا عمله وكذا يجب ذلك على كل حاج كغيره من العبادات قوله فلا يصح نيابة الكافر لعجزه عن نية القربة اي لعجزه عنها ما دام كافرا لان الفرض كون الحاج كافرا وذلك لا ينافي قدرته عليها بتقديم الاسلام فانه خروج عن محل الفرض فليس في العبارة تساهل كما زعم بعضهم بناء على انه قادر على الاسلام لامتناع الجبر قوله ولا المسلم المخالف الا ان يكون ابا للنائب اطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين الناصب وغيره في تحريم الحج عنه اذا لم يكن ابا واباحته اذا كان ابا وبهذا عبر الاكثر والذي دلت عليه رواية وهب بن عبد ربه عن الص ع المنع من الحج عن الناصب الا ان يكون ابا وبمضمونها عمل الشهيد ره فجوز الحج عن كل مخالف اذا لم يكن ناصبا وعنه اذا كان ابا خاصة ولا دلالة في الحديث على جواز الحج عن المخالف بل على المنع من الناصب غير الاب وعلل في كره عموم المنع من الحج عن غير الاب من المخالفين بان الذي يستحق به الثواب الدائم هو الايمان فغير المؤمن لا يستحق ثوابا وعورض بان صحة العبادة يقتضي حصول الثواب لمن وقعت له لان ذلك لازمها ولا ثواب الا في الجنة والمخالف لا يدخلها فلا يقع عنه الحج وهذا يقتضي المنع من ايقاع جميع العبادات عنه واهداء الطاعات اليه وعمم ابن ادريس المنع من الجميع حتى الاب وهو حسن ان لم يصح الخبر بجواز النيابة عن الاب والاولى العمل بالمشهور من المنع من غيره مط لما ذكره من الدليل واحتج من جوز الحج عن غير الناصب بان المخالف مخاطب بالواجب فيعاقب على تركه وفعله صحيح اذا لم يخل بشيء من اركانه فتصح النيابة عنه لفائدة سقوط العقاب والتحقيق ان ذلك يتوقف على تحقيق معنى الصحة في العبادة فعلى المشهور من انها موافقة الامر وحصول ما يستلزم الثواب لا يتصور الصحة هنا عن المخالف المنوب قطعا مط لعدم امكان حصول الثواب له ويبنى الجواز عن الحي على ان عبادته هل هي صحيحة مراعاة بموته على الايمان او باطلة لكن يعفى عنها مع ايمانه اذا كان قد فعلها فعلى الاول يجوز النيابة عنه وتظهر الفائدة مع استبصاره وعلى الثاني لا يصح لانتفاء الفائدة وقد تقدم الكلام في الوجهين وعلى ما اختاره المرتضى ره من ان الصحة في العبادة توجب سقوط العقاب ولا يستلزم الثواب وانما يستلزم قبول العبادة وهو امر زائد على الاجزاء والصحة ويمكن القول بجواز النيابة عنه لفائدة اسقاط العقاب عنه بسببها الا ان هذا لو تم اقتضى جوازها عن كل مخالف بل عن كل كافر لتحقق الفائدة الا ان يقال خرج الكافر بالاجماع فيبقى الباقي والاصح المنع من غير الاب جمعا بين النص والدليل العقلي هذا في الحج واما في غيره من العبادات فمقتضى دليل المجوز جوازه ايضا والظ المنع مط وهل يلحق الجد للاب به بجملة لانه اب ولهذا يثبت ولايته كالاب وبه قطع في س وعدمه لانه ليس ابا حقيقة لاستلزامه الاشتراك والمجاز خير منه ولعدم مبادرة المعنى الى الذهن عند الاطلاق ولان الحكم على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين اما الجد للام فلا اشكال في عدم دخوله والظاهر ان الام كذلك وهذا كله يؤيد ما اسلفناه قوله وهل يصح نيابة المميز قيل لا الى آخره الاقوى الاول لان عمل الصبي شرعيا فلا يترتب عليه اثره ومطلق الاستقلال اعم من المط فلا يتم لان التمرين لا يقوم مقام الشرعي ولا فرق في ذلك بين الواجب والندب والمتبرع به والمعوض عنه قوله ولا بد من نية النيابة الى آخره المراد بنية النيابة قصد كون الحج نيابة لا لمطلوقه للناس من كونه عن شخص معين فمن ثم احتيج الى تعيين المنوب مع ذلك فينوي في كل فعل من افعاله المفتقرة الى النية كونه نيابة عن فلان ولو

افضى

المقتصر على تعيين المنوب بان ينوي انه عن فلان والظ الاجزاء لان ذلك يستلزم النيابة عنه ولان الفرض تميزه عن حجة الاسلام وغيره وهو حاصل وان كان المتبادر اولا ولا يفتقر الى التعيين لفظا اجماعا وجوبا ولا استحبابا وانما المستحب ذكر المنوب عنه لفظا في المواطن وعند الافعال بلفظ خاص كما سيأتي وهو امر غير النية فنزل بعضهم ههنا ان تعيينه لفظا مستحب غير واضح قوله ولا يصح نيابة من وجب عليه الحج الى آخره قد تقدم ان من استقر الحج عليه لا يشترط في حقه الاستطاعة الشرعية فيجب عليه تكلفه ولو بالمشي فمع العجز عنه بكل وجه يجوز نيابته لكن يراعى في الجواز ضيق الوقت بحيث لا يحتمل تجدد الاستطاعة عادة فلو استوجر ثم فاتفقت الاستطاعة على خلاف العادة لم ينفسخ وكذا لو تجددت الاستطاعة لحج الاسلام بعدها فيقدم حج النيابة على التقديرين ويراعى في وجوب حج الاسلام في الثاني بقاؤها الى القابل قوله ولو تطوع قيل يقع عن حجة الاسلام وهو بحكم القول للشيخ فقط ووجه اشتراكهما في اصل الرجحان وحصول نية القربة فيصرف الى ما في ذمته وله قول آخر في ف وهو انه يقع تطوعا ويبقى حجة الاسلام في ذمته والاصح عدم وقوعهما اما عن حجة الاسلام فلعدم نيته وانما لكل امرئ ما نوى واما عن التطوع فلوجوب حج الاسلام على الفور المقتضي للنهي عن غيره الموجب للفساد في العبادة قوله يصح ولمن حج ان يعتمر عن غيره اذا لم يجب عليه العمرة الى آخره هذا الاطلاق نظير ما تقدم مرارا من عدم جواز النيابة في الحج لمن عليه حج واجب والحق ان النيابة في العمرة كذلك وقد عرفت ان الحكم ليس على اطلاقه ويزيد هنا مناقشة تقييده الجواز بمن فعل ما استوجر عليه بان ذلك ليس بشرط في صحة النيابة وان كان الحكم كذلك صحيحا وبذلك عبر العلامة ره في كثير من كتبه والحاصل في تحرير حكم المسئلة ان من لم يجب عليه حج وقت معين وجوبا مضيقا الحج يجوز استيجاره له وكذا العمرة سواء كان قد فعل ما استوجر عليه او فيهما ام لم يكن فعل فيجوز لمن وجب عليه العمرة المفردة قبل اوان الحج ان يوجر نفسه للحج بعدها سواء كان قبل فعله لها ام لا لعدم المنافاة وكذا لمن وجب عليه حج الافراد ان يوجر نفسه للعمرة بعده كذا اذا لم يكن واجبا عليه ويتحقق ذلك بالنذر وشبهه والاستيجار ولو وجب عليه احد النسكين ولم يكن فوريا جاز ان يوجر نفسه له ايضا قبل فعله وقد تبين بذلك مناقشة العبارة قوله ويصح نيابة من لم يستكمل الشرائط وان كان صرورة اي من لم يستكمل شرائط وجوب الحج عليه مع استكماله لشرائط النيابة والصرورة بفتح الصاد الذي لم يحج يقال رجل صرورة وامرأة صرورة والمراد ان عدم الحج ليس مانعا من جواز النيابة لشبهة انه لم يتحقق تفاصيل الافعال ومحال الحركات فكان استيجاره عليه كالاستيجار على العمل المجهول ورد فيها بان المعتبر العلم الاجمالي بان يعلم ان محل الاحرام مثلا الموضع المخصوص وواجباته كذا والتحلل منه يفعل كذا والطواف حول البيت سبعة اشواط على الوجه المعتبر وهكذا ثم يتوقف صحة فعله في محله على الاعتماد على مرشد عدل او ما يقوم مقامه ويجوز نيابة الصرورة اذا كان ذكرا موضع وفاق وانما نبه به على خلاف بعض العامة حيث منع منه واما اذا كان انثى فللشيخ قول بمنع نيابتها عن الرجل وفي ط بمنعها مط والمشهور الجواز مط قوله ويجوز ان تحج المراة عن الرجل وعن المراة تخصيص المراة بالذكر بعد دخولها في الحكم السابق فانه عام باعتبار من فاتها من ادواته لتعيين موضع النزاع عندنا باعتبار خلاف الشيخ المتقدم وفي الحقيقة لو يتعين مط فان في محله المراة الصرورة ولعله نبه بخصوص المراة على قول بعض المخالفين حيث منع من نيابتها مط واطبق الكل على خلافه قوله ومن استوجر فمات في الطريق فان احرم ودخل الحرم الى قوله والاول اظهر اعلم ان الحج عبارة عن الافعال المخصوصة الواقعة في المشاعر المعينة والذهاب اليها وان كان واجبا فهو من باب المقدمة وليس جزءا من الحج اجماعا والرجوع الى الوطن بعد الفراغ من الحج لا مدخل له فيه لا على وجه الذات ولا التبع وهذه المقدمات كلها اجماعية لكن قد اعتبر كل واحد من الذهاب والعود في الحج بوجه من الوجوه كما اعتبر الذهاب بحكمه عند من اوجب الاستيجار عن الميت من البلد واعتبر العود بحكمه باعتبار اشتراط الاستطاعة له كما يعتبر الاستطاعة للذهاب والافعال والا لم يجب الا ان لحوق هذه الاحكام لا يوجب الحاق جميع احكامها به وان من استوجر على عمل مخصوص فالاجرة موزعة على جميع اجزائه الذاتية ولا يوزع على مقدماته وما يتوقف عليه كمن استوجر على عمل سرير فهو يلحقه به وجوبها وهيأ اسباب العمل ونقل الالات الى موضع العمل ونحو ذلك فان ذلك كله لا مدخل له في استحقاق الاجرة ولا يوزع عليه وان توقف العمل عليه وان من فعل بعض العمل الذي استوجر عليه ثم عرض له عارض منعه من كماله كموت ونحوه انما يستحق من الاجرة بنسبة ما عمل الا الجميع الا ان يدل الدليل على خلافه وهذه المقدمات كلها واضحة مسلمة لا نزاع فيها واذا تقررت فنقول من جملة الاحكام اللازمة عنها ان من استوجر على فعل الحج عن غيره فسعى اليه ومات في الطريق قبل الشروع فيه لا يستحق شيئا لان الحج عبارة عن الافعال المخصوصة ولم يفعل منها شيئا وانما اخذ في المقدمات التي لا يمكن الفعل بدونها فيكون بمنزلة من استوجر على عمل سرير في مكان بعيد من بيت الاجير فاخذ في الالات العمل وخرج اليه فمات في الطريق فانه لا يستحق شيئا قطعا ولو مات في اثناء الفعل فان كان قد احرم ودخل الحرم فمقتضى الاصل انه لا يستحق الا بالنسبة لكن قد وردت النصوص باجزاء الحج عن المنوب وبراءة ذمة الاجير واتفق الاصحاب على استحقاقه جميع الاجرة فهذا الحكم ثبت على خلاف الاصل فلا مجال للطعن فيه بعد الاتفاق عليه وان كان بعد الاحرام وقبل دخول الحرم فحكم استحقاقه الجميع ثابت بطريق اولى ولا دليل هنا صالح لاثبات ما خالف الاصل المتقدم فيعمل بالاصل السابق ويثبت له بحسابه ما عمل خاصة على اصح القولين وقيل حكمه حكم ما لو دخل الحرم وهو ضعيف والمص قد حكم فيمن مات قبل الاحرام ودخول الحرم اعم من ان يكون قد احرم ام لا انه يستحق بنسبة ما عمل من الافعال ان كان ومن الحركة من البلد الى حيث مات وانه يعاد من تركته بنسبة ما بقي من الذهاب وجميع العود وهذا كما ترى مشكل لما قد علمته من المقدمات فان العود لا مدخل له في الحج اصلا والذهاب وان كان مقدمة لكن لا يدخل في حقيقة ما استوجر عليه ومن ثم يجب الاستيجار عن الميت لتمام افعال الحج من غير ان ينقص منه شيء والذي يوافق الاصول واختاره الشيخ ره في احد قوليه والعلامة في كره وجماعة ان الاجير ان كان قد استوجر للحج خاصة او له بقول مطلق ولم يدل القرائن على دخول الذهاب لم يستحق مع موته قبل الاحرام شيئا وبعده يستحق بنسبة ما فعل من الافعال الى الجملة ولا يوزع للعود شيء وان كان قد استوجر لقطع المسافة ذاهبا وعائدا والحج وزعت الاجرة على الجميع ولو استوجر لقطع المسافة ذاهبا والحج وزع عليهما خاصة وهذا توجيه واضح وعليه العمل ولا فرق في الاجير بين ان يكون من اهل الحرم وغيره ولا

الفصل

بين ان يكون ناويا بعد الحج للاقامة بمكة وغيره وعلى قول المص يشكل الحكم في جميع ما ذكر خصوصا في توزيع الاجرة على الرجوع لمن لا يريده وكذا القول في اجير الزيارة فانه كلما اتى به وههنا بحث آخر وهو انه مع موته قبل ان يحج او ما يقوم مقامه هل يحكم ببطلان الاجارة ورجوع الحال الى ما كان عليه فان كانت الحجة من ميت تعلقت بماله وكلف بها وصيه او وارثه وان كانت عن حي عاجز تعلق الوجوب به وان كانت عن متبرع رجعت الى اصلها وتخير في الاستنابة ثانيا ام يبقى لازما لذمة الميت وانما يكلف بها وصيه او وارثه ظاهر الفتاوى الاول ولحكمهم باعادة الاجرة او ما قابل المتخلف ولو كانت الاجارة صحيحة ولحق لازما لولي الميت لم يكن لذلك فائدة والذي يقتضيه الاصول ان الاجارة لا تنفسخ بموت الاجير الا ان يشترط عليه العمل بنفسه وح فالواجب على وليه ان يستاجر من ماله من يحج عن المستاجر وهذا آت في موت اجير الصلوة والزيارة ايض لكن هذا غير مناف لما ذكره الاصحاب هنا لانهم ذكروا المسئلة فيمن استؤجر ليحج عن غيره وهذا يقتضي المباشرة بنفسه لان معنى قوله استاجرتك للحج او اجرتك نفسك لتحج لتفعل الحج او لا فعله وهو صريح في المباشرة ولا يحتاج ان يضم اليه قوله بنفسك او بنفسي وان ذكر كان تاكيدا وكذا القول في الصلوة فعلى هذا تبطل الاجارة بموته ويرجع الحكم الى ما كان اولا فان كانت الاستنابة عن ميت تولاها ثانيا وصيه ان كان والا الحاكم ومع تعذره فاحاد المؤمنين كما سياتي ان شاء الله في الوصايا قوله ويوجر اذا امر ان يحج مفردا او قارنا فحج متمتعا جاز لعدوله الى الافضل هذا يصح اذا كان الحج مندوبا او قصد المستاجر الاتيان بالافضل لا مع تعلق الغرض من جملة شرائط النيابة تعيين نوع الحج لاختلاف انواعه واختلاف الاغراض فيها فاذا عين التمتع لم يجز العدول عنه الى قسيميه مطلقا بمقتضى التعيين ولانه افضل منهما فلا يقومان مقامه ولا يستحق الاجير اجرة لو عدل وان عين القران لم يجز العدول الى الافراد لعين ما ذكر ولو عين الافراد فقد روى ابو بصير في الصحيح عن احدهما جواز العدول الى التمتع لانه خالف الى الافضل والحق به القران للمشاركة في العلة وهذا انما مع تخير المستاجر بين الانواع كالمتطوع وذي المنزلين المتساويين في الاقامة بمكة وناسيا وناذر الحج مط والا لم يجز كما لو كان فرضه احدهما وعليه تنزل الرواية بل هي صريحة فيه لان التمتع لا يكون افضل الا في الصورة الاولى اما مع لتعين فلا يجري اخبار افضلا عن ان يكون افضل ولو عدل عن الافراد الى القران فقد استقرب في كرة الجواز ايض لانه افضل وهو حسن عملا بمقتضى العلة بناء على تعدية منصوص العلة بقي هنا بحث وهو ان جماعة من الاصحاب منهم المص قيدوا جواز العدول بما اذا قصد المستاجر الافضل والا لم يجز العدول وعليه تنزل الرواية وفي التقييد والتنزيل نظر لان موجب القول بجواز التخطي عن المعين انما هو الرواية وقد علل فيها الجواز بانه خالف الى الفضل كما حكيناه سابقا وهو لفظ الرواية وهي دالة بالتزامها على ان العدول الى الافضل جائز وان لم يخطر ذلك ببال المستاجر فكيف ينزل الى ما هو اخص من ذلك وانما التقييد فانه تبع للرواية والاولى ان يقال بجواز العدول متى كان المعدول اليه افضل ولا يكون افضل الا مع التخيير للمستاجر بين المعدول عنه واليه كما في الفروض المتقدمة ولا فرق في ذلك بين ان يقصد المستاجر الافضل او لا عملا بالتعليل المذكور ويبقى في عبارة المص بحث من وجه آخر وهو انه قيد جواز العدول بكون الحج مندوبا او قصد المستاجر افضل فقضيتها ان اشتراط احد الامرين فمتى كان اصله مندوبا جاز العدول وان لم يقصد الافضل وهذا مع مشاركته لغيره في المشاركة في الشرط الثاني لا وجه لفصل المندوب فيه عن نظائره بل الحكم فيهما واحد اما كون المعدول اليه افضل او قصد مع ذلك فانظر الى مراده مع ملاحظة ما قررناه وان قصرت العبارة ومتى جاز العدول استحق الاجير تمام الاجرة قوله ولو شرط الحج على طريق معين لم يجز العدول ان تعلق بذلك غرض وقيل يجوز مط مستند الجواز رواية حريز في الصحيح عن الص والتفصيل اقوى والرواية لا تنافيه ولا فرق في الغرض بين كونه دينيا كمشقة الطريق وبعدها فانها توجبان زيادة الثواب بسبب زيادة المشقة وبعد الاحرام ومروره على مشاهد مشرفة كالمدينة اذا شرط عليه زيارتها كلما وردها ونحو ذلك او دنيويا كتجارة ويرجع في ذلك الى قرائن الاحوال وعلى تقدير العدول فالاقوى صحة الحج مط لانه داخل على كل حال فهو بعض ما استوجر عليه ثم ان ظهر بين الطريقين تفاوت رد من الاجرة ما قابله ان كان نقصه وان كان زاده استحق الجميع وطريق معرفته ان ينظر اجرة المثل لكل منهما وينسب التفاوت الى اجرة المشروط ويوخذ من المسمى بتلك النسبة كذا فصله جماعة واستقرب في كرة مع المخالفة فيما تعلق به الغرض الرجوع الى اجرة المثل وفساد المسمى ويشكل كل واحد من القولين اما الاول فلان الطريق الذي استوجر لسلوكها وجعل لها حصة من الاجرة لم يفعل منه شيئا والذي فعله من السلوك غير مستاجر عليه فادخاله في التقدير وتقسيط الاجرة عليه غير واضح واما الثاني فلان الحج مستاجر عليه على التقديرين لانه بعض الجملة المعينة بل هو الركن الاعظم والغرض الاقصى منه وقد فعله وذلك يقتضي انه يستحق حصة من المسمى لا اجرة المثل له سواء تعلق الغرض مع ذلك بالطريق ام لا وح فالقول بثبوت ما يخصه من المسمى خاصة اوجه ان لم يقع الاجماع على خلافه والاقوى قول الجماعة عملا بالرواية الصحيحة بحسب الامكان ويتفرع على ذلك ما لو احصر الاجير قبل الاحرام مع مخالفته في الطريق المشروط فانه لا يستحق شيئا على الاخيرين اما على ما بيناه فظاهر لانه لم يفعل شيئا مما استوجر عليه واما على القول بثبوت اجرة المثل فانها لا تثبت الا بفعل المقصود ولم يحصل وقد صرح في كرة ايض بعدم ثبوت شيء ح سواء تعلق به غرض ام لا وهو ظاهر على ما بيناه وعلى ما بينته يشكل الحكم بثبوت اجرة المثل على الطريق مع فعل الحج وعدم ثبوت شيء لا معه وقد مضى فيما لو مات النائب قبل الاحرام ما يرشد اليه وعلى قول الجماعة ينبغي ان يثبت مع عدم الغرض حصة ما قطع من الطريق وهذا كله مع تعيين السنة وسياتي تتمة احكام ما لو احصر قوله ولو استوجر لحجة لم يجز ان يوجر اه اذا استوجر الاجير ليحج عن غيره فاما ان يعين له السنة التي يحج فيها او لا فان عين لا يصح له ان يوجر نفسه للحج عن آخر تلك السنة قطعا لاستحقاق الاول لعمله في تلك السنة لاجل الحج اذ لا يمكن ان يفعل عن اثنين فيقع الثاني باطلا ويجوز استيجاره لسنة غيرها على الاقوى لعدم المنافاة لكن يشترط كون المستاجر متبرعا او كون ما عليه واجبا موسعا كالنذر المطلق حيث يسوغ الاستنابة عنه والا لم يصح لوجوب الفورية ومع عدم تعيين الزمان في الاجارة الاولى يجب على الاجير المبادرة الى الفعل من اول السنة على المشهور بين الاصحاب وفرعوا عليه عدم جواز ايجاره نفسه لحجة اخرى حتى ياتي بالاولى للتنافي الواقع في السنة الاولى كما في المعينة واحتمل المص جواز الثانية ان كان الاستيجار لسنة غير الاولى وهو حسن وفي كرة جواز المطلقتين وحمل الاولى على السنة

وان كان واجبا اعتبر قصد الافضل م

الاولى

٤٧ الاولى والثانية على السنة الثانية عملا باصالة الجواز ودفع ما استناد الفساد الى الثانية لسبق استحقاق الاول ويجب تقييده بما تقدم في المعينة ولو استاجره الاول للسنة الثانية جاز استيجار الثاني له مطلقا ومقيدا بغيرها وقد ادعى الشهيد في بعض تحقيقاته ان الاطلاق في كل الاجارات يقتضي التعجيل فيجب المبادرة الى الفعل وان كان يجر ذلك بحسب المدة وهو مؤيد لما ذكروه هنا لكن دليله غير واضح ويتفرع على ذلك عدم جواز الاجارة ممن استوجر على زيارة او صلوة ونحوهما للثانية مط حتى ياتي بالاولى لاشتراك الجميع في المقتضي ولو اخر الاجير في المطلقة عن السنة الاولى اختيارا ثم حج بعد ذلك اجزأ عن المنوب عنه وهل يستحق اجرة قطع في موضع بعده وفيه نظر خصوصا مع علم المستاجر بالحال ولم يفسخ ولو انعكس الفرض بان قدم الحج عن السنة المعينة فوق الصحة وجهان من انه زاد خيرا ومن مخالفة المشروط وامكان تعلق الغرض بالتاخير فان تعذر اتباب الاغراض لا تنحصر وقرب في كرة الاجزاء وهو حسن ان علم انتفاء الغرض قوله ولو صد قبل الاحرام ودخول الحرم استعيد من الاجرة بنسبة المتخلف بناء على ان الاجرة موزعة على الطريق وافعال الحج او مع ادخاله صريحا على ما سبق من مختار المص فيعتبر جميع المتخلف عن الافعال وبقية الذهاب والعود ويفهم من قوله قبل الاحرام ودخول الحرم انه لو كان بعدهما لم يستعد شيء كالميت وليس كك لما تقدم من ان الاصل يقتضي توزيعها على المجموع المستاجر عليه وانه لا يستحق الا بنسبة ما فعل وخروج الميت بدليل خارج لا يقتضي الحاق غيره به ولا فرق ح بين صده قبل الشروع وبعده قبل الاكمال مط ولا قائل بما افهمه كلام المص لكن اتفقت العبارة كك ويمكن ان يكون فائدة القيد الاحتراز عما لو كان بعد الاحرام ودخول الحرم فانه لا يتحقق استعادة الاجرة مطلقا بل يبقى على الاحرام الا ان ياتي ببقية المناسك مع الامكان الا ان قيد دخول الحرم لا مدخل له في ذلك بل مجرد الاحرام كاف فيه وقوله استعيد من الاجرة بنسبة المتخلف انما يتم مع كون الاجارة مقيدة بتلك السنة لانفساخ الاجارة بالصد المانع من الحج الى ان ينقضي ايامه ولا يلزم اجابته لو ضمن الحج في السنة المستقبلة اما لو كانت مطلقة لم تنفسخ بالصد بل يثبت لكل منهما الفسخ كما لو منع من السفر ابتداء في وقت قوله ولا يجوز النيابة في الطواف للحاضر الا مع العذر كالاغماء والبطن وما شابههما البطن بالتحريك علة البطن بالاسكان والمراد به الذي لا يمكن التحفظ والطواف بنفسه لذلك ويدخل فيما شابههما المريض الذي لا يمكن ان يطوف بنفسه ولا يطاف به ويدخل في عموم العبارة الحائض لان عذرها مانع شرعي من دخول المسجد وانما يتحقق لحوقها مع ضيق الوقت بالحج بالنسبة الى طواف العمرة او خروج القافلة بالنسبة الى طواف الحج وفي جواز استنابتها ح نظر لانتفاء النص الدال على ذلك بل قد حكم الاكثر بعدولها الى حج الافراد عند ضيق الوقت عن الطواف واتمام عمرة التمتع ورواه جميل بن دراج في الصحيح وهو يقتضي عدم جواز النيابة ولو قيل بجواز الاستنابة مع الضرورة الشديدة اللازمة بانقطاعها عن اهلها في البلاد البعيدة كان وجها قوله ولو حمله حامل فطاف به اه هذا اذا كان الحامل متبرعا او حاملا بجعالة او مستاجرا للحمل في طوافه اما لو استؤجر للحج مط لم يحتسب للحامل لان الحركة المخصوصة قد صارت مستحقة عليه لغيره فلا يجوز صرفها الى نفسه وفي المسئلة اقوال هذا اجودها قوله ولو تبرع انسان بالحج عن غيره اه لا فرق في المتبرع بين كونه وليا او غيره ولا بين كونه عدلا او فاسقا وان كان الفاسق لا يجوز استنابته ابتداء فان المانع عدم قبول خبره بالفعل لا عدم صحة فعله في نفسه فعلى هذا لو كان هو الوارث ووقف عن موته ويرثه ذمة استيجار غيره ما لم يكن الميت قد اوصى الى غيره بذلك قوله ولو افسد حج من قابل وهل يعاد الاجرة عليه يبنى على القولين اللام في القولين للعهد الذهني وهو المشهور بين الفقهاء في هذه المسئلة ونظائرها من ان المفسد للحج اذا قضاه هل تكون الاولى فرضه وقضاؤها عقوبة او بالعكس فان قلنا بالاول لم تعد الاجرة لانه فعل ما استوجر عليه في زمنه واستحق الاجرة وان قلنا بالثاني لم يستحق هذا اذا كانت السنة معينة ولو كانت مطلقة وقلنا بان الاولى فرضه فكك وان قلنا هي الثانية فيبنى استحقاق الاجرة ايض على ان التاخير عن السنة الاولى في المطلق مع عدم الفسخ وفعله بعد ذلك لا لعذر هل يوجب استحقاق الاجرة ام لا فعلى الاول يستحق هنا وعلى الثاني لا وقد تقدم ان الشهيد حكم بعدم استحقاق المؤخر لا لعذر لاجرة فيكون هنا عنده كك والاصح ان الاولى فرض المفسد والثانية عقوبة فيستحق الاجرة على كل تقدير واعلم ان المص لم يفرق بين المعينة والمطلقة في ظاهر كلامه بل بنى استحقاق الاجرة على القولين وهو في المعينة واضح وفي المطلقة انما يتم عدم استحقاق الاجرة لو قلنا ان الثانية فرضه على مذهب الشهيد فلعله يرى ذلك وقد اغرب العلامة في عد فاوجب في المطلقة قضاء الفاسدة في السنة الثانية والحج عن النيابة بعد ذلك وهو غير واضح لانه على تقدير كون الفاسدة عقوبة تكون الثانية هي الفرض فلا مقتضي لوجوب حج آخر ولو قلنا بان الاولى فرضه فعدم ايجاب الثانية اولى قوله ومن وجب عليه حجان مختلفان اه انما جاز الاستيجار لهما في عام واحد مع ان المنوب لم يكن له ايقاعهما في عام بل يجب عليه تقديم حجة الاسلام اما مط او مع سبق الاستطاعة وتقديم حجة النذر مع سبق سببها عليها لان المعتبر في تقديم المقدم من ذلك ان لا يتقدم غيره عليه وهو هنا حاصل ولما كان ذلك غير ممكن من المنوب اتفاقا وامكن من النائب المتعدد صح وقد ذكر هذا الحكم جماعة من الاصحاب كالشيخ والمص والعلامة في كتبه جازمين به وفي كرة نسب الجواز الى البناء ثم حكى عن الشافعي فيه وجهين ويتقدح في هذا الحكم اشكال لان الترتيب اذا كان واجبا بين الحجين لم يتحقق بدون تقديم المتقدم منهما بكماله لا بعدم تاخره كما ذكر سابقا ويرشد اليه ما سلف في الوضوء فانهم لم يجوزوا غسل الاعضاء ولا مسحها دفعة واحدة مع تحقق المعنى المذكور وهو عدم تقديم المؤخر محتجين على ذلك بان المعتبر تقديم المقدم لا عدم تاخيره وكذا حكموا في الناسيين من الست في الصلوة اليومية انه لا يجوز ايقاعهما الفعل دفعة بل لا بد من التعاقب الا ان يدعى في هذا الترتيب معنى مغاير لذلك وهو غير متحقق لاشتراك الجميع في وجوب تقديم بعضها على بعض من الفاعل ولا معنى للترتيب الا ذلك ومظهر من ان في جواز النائبين هنا في عام واحد خلافا لانه قال فيه فالاقرب الاجزاء وهو يدل على الخلاف ثم قال ولو قلنا بوجوب تقديم حجة الاسلام اما السبق وجوبها او مط ففي وجوب تقديمها من النائب نظر وعنى بذلك وجوب تقديم احرام نائب المتقدم على احرام الاخر تنزيلا لهما منزلته ووجه ذلك مع ان انهما في باقيه غير واضح لان المعتبر ان كان وقوع الاولى بكمالها قبل الثانية لم يتحقق هنا وان كان عدم تقدمها كك فهو متحقق على التقديرين ويمكن الجواب عن اصل الاشكال بان هذا ليس من باب الواجب المرتب بل من باب تعارض الواجبين دفعة بين الامرين وسيان

٩٨ ذلك ان حج الاسلام واجب مضيق لان وجوبه فوري وحج النذر المطلق مثلا وجوبه موسع فالسنة الاولى بالنسبة الى الواجبين صالحة لكل منهما فمن ثم لو انفرد كل واحد عن الاخر امكن فعله بها فاذا اجتمعا ولم يمكن الجمع بينهما قدم الواجب المضيق وفاء لحق الواجبين بحسب الامكان ومما يرشد الى ذلك انه لو اجتمع على المكلف واجبان كذلك وامكن الجمع بينهما كصوم يوم مطلق وصلوة مائة ركعة مثلا في يوم معين كهذا اليوم فانه يجوز الجمع بينهما مع الامكان ولو لم يمكن قدم المضيق وهو الصلوة وهذا بخلاف الواجب المرتب فانه لا يجوز الجمع فيه وان امكن كالوضوء والصلوة ومن ثم لم يجز غسل الاعضاء دفعة ولا مسحهما كذلك ولما لم يمكن الجمع في الحج من المباشر الواحد قدم المضيق فاذا امكن بفعل النائب جاز الجمع بينهما في عام واحد وقد ظهر بذلك قوة ما ذكره الاصحاب قوله ولا يصح ان ينوب عن اثنين في عام هذا اذا كان المستناب فيه واجبا او اريد فعل الحج عن كل واحد منهما اما لو كان مندوبا واريد ايقاع الفعل عنهما معا بالاشتراك كان في ثوابه صح وقد ينقدح ذلك في الواجب بان ينذر جماعة الاشتراك في حج يستنيبون فيه كذلك ثم على تقدير بطلان الايقاع عن اثنين لو نوى عنهما وقع عنه وجه ضعيف لعدم النية قوله ولو اقترن العقدان وزمان الايقاع بطلا ولو اختلف زمان الايقاع صحا الا مع فورية وجوب الحج المتأخر وامكان استنابة من يعجله في ذلك العام فيبطل العقد المؤخر ولو اقترن العقدان مع اطلاق زمان الايقاع احتمل البطلان لاقتضاء كل واحد التعجيل فيقع التنافي كما لو عينا الزمان والصحة لعدم التنافي بحسب التعيين والمبادرة انما يجب بحسب الامكان وهو هنا غير ممكن ومن ثم لو تعاقب العقدان صحا كما مر وبدئ بالاول وعلى تقدير الصحة هنا يحمل تخيير الاجير في البداءة بايهما شاء لاستحالة الترجيح من غير مرجح والقرعة لانها لكل امر مشكل وقد استفيد من ذلك كله ان صور المسئلة ست لان العقدين اما ان يتحدا زمانا او يتعاقبا وعلى التقديرين فاما ان يتحد زمان الايقاع او يختلف او يطلق فالمطلقان يصحان مطلقا على الاحتمال وكذا المتعددان والمتحدان عقدا لا ايقاعا وبالعكس يبطل الثاني وكذا يبطل المتحدان فيهما قوله واذا احصر تحلل بالهدي ولا قضاء عليه عدم وجوب القضاء انما يتم على ظاهره في المعينة لانفساخ الاجارة ح واما في المطلقة فان قلنا بعدم جواز الفسخ بالتأخر مع المانع لها او لا معه للمستأجر وجب القضاء لبقاء الاجارة كما لو لم يبادر في السنة الاولى وان قلنا بجواز الفسخ على وجه امكن حمل القضاء المنفي على القضاء المتعين الحتمي فانه لا يتحقق بل قد يجب كما اذا لم يفسخ وقد لا يجب كما اذا فسخ اما اطلاق نفي القضاء بحيث يراد به النفي الكلي فليس بجيد ولعل المص يرى ثبوت التخيير في الفسخ على ذلك الوجه كما اختاره الشهيد ره وجماعة فيوجه نفي القضاء على الوجه الذي بيناه او يحمل على المعينة وللشيخ قول بانفساخ العقد من غير فسخ فينتفي عليه وجوب القضاء بكل وجه وبين الكلام معارضة قوله ويستحب ان يذكر النائب من ينوب عنه باسمه اه اي يستحب ذكره لفظا والا فان ذكره بنية واجب عند كل فعل يتوقف على النية ولكن اللفظ ما رواه الكليني وغيره عن ابي عبد الله ع انه يقول اللهم ما اصابني في سفري هذا من نغب او شدة او بلاء او شعث فاجر فلانا فيه واجرني في قضائي عنه وفي رواية من نصب بدل نغب ومحل هذا القول بعد نية الاحرام وكل فعل قوله وان يعيد المخالف حجة اذا استبصر وان كانت مجزية الاتيان بقوله بان الوصية تقتضي استحباب الاعادة ولو كانت غير مجزية بطريق اولى كما في قولهم احبك وان كنت جاهلا وقد يشكل ذلك بان شرط اجزائها بالحجة السابقة وقوعها مجزية كاملة فاذا لم تكن مجزية كانت الاعادة واجبة لا مستحبة ويمكن حله بان يريد بالاجزاء هنا التنبيه على ما سبق من الخلاف فيه من ان عدم الاعادة هل هو لصحة الحج في نفسها او تخفيف واسقاط تكليف كما في الكافر اذا اسلم فعلى القول بالفساد وسقوط القضاء تخفيفا تظهر فائدة لاستحباب اعادتها وعلى القول بانها مجزية صحيحة فقد يشكل اختصاصها باستحباب الاعادة من بين مطلق الحاج لاشتراك الجميع في الاجزاء فنبه بقوله وان كانت مجزية على الفرد الاخفى من شقي المسئلة على تقدير استحباب الاعادة اذ لا يخفى ان الاستحباب على تقدير الاجزاء اخفى منه على تقدير عدمه قوله ويكره ان ينوب المرأة اذا كانت صرورة نبه بذلك على خلاف الشيخ وابن البراج ره حيث منعا من نيابتها صرورة وبه روايات حملها على الكراهة طريق الجمع بينها وبين غيرها ولا يكره ذلك للرجل عندنا وان كان بعض العامة قد منع منه قوله اذا اوصى ان يحج عنه ولم يعين اه المراد باجرة المثل ما يبذل في الغالب للفعل وهو الحج هنا لمن استجمع شرائط النيابة في ادنى مراتبها وانما يصرف الى الاجرة المثل اذا لم يوجد من يأخذ اقل منها اتفاقا والا اقتصر عليه والظاهر انه لا يجب تكلف تحصيل ذلك ويعتبر الحج من اقرب الاماكن على ما اخترناه الا مع ارادة خلافه صريحا او قرينة قوله ويخرج من الاصل ان كانت واجبة ضابط كلي في هذا الباب وهو ان كل واجب متعلق بالمال في حال الحيوة سواء كان ماليا محضا كالزكوة والخمس والكفارة ام ماليا مشوبا بالبدن كالحج فانه من اصل التركة سواء اوصى به الميت ام لم يوص وما لم يكن ماليا كالصلوة والصوم فانما يخرج من الثلث مع وصية الميت به ولو لم يوص به لم يخرج عنه بل يبقى في عهدته وكذا المندوب يخرج من الثلث مع الوصية به والذي يخرج من الاصل في القسم الاول هو اجرة مثله فلو اوصى الميت بازيد من اجرة المثل لم كان قدر الاجرة محسوبا من الاصل والزائد وصية يحسب من الثلث قوله ويستحقها الاجير بالعقد اي يملكها حتى لو كانت عينا فزادت بعد العقد او نمت فهما للاجير لكن لا يجب تسليمها الا بعد العمل كما سيأتي ان شاء الله تعالى فعلى هذا لا يجوز للوصي تسليم الاجرة قبل العمل فلو سلم كان ضامنا الا مع الاذن صريحا او شاهد الحال ولو توقف عمل الاجير على دفع الاجرة اليه ولم يدفع اليه احتمل جواز فسخه وهو الذي قربه في الدروس انتظارا وقت الامكان قوله فان خالف ما شرط قيل كان له اجرة المثل والوجه ان لا اجرة له وجه لانه متبرع بما اتى به لكن يستثنى منه ما سبق في الطريق والنوع واعلم ان موضوع هذه المسئلة اعم مما سبق لانها شاملة لما استوجر على الوجهين المتقدمين فخالف او على الحج فاعتمر او بالعكس وغيرهما والقائل بثبوت الاجرة في جميع الموارد غير معلوم خصوصا في القسمين الاخيرين فان الخلاف فيهما انما وقع في صحة ما فعله من حيث اتيانه بخلاف ما امر به فهو منهي عنه وهو يقتضي بطلان العبادة ومن حيث ان النهي انما يتوجه الى الضد العام لا الخاص واما الاجرة فظاهرهم الاجماع على سقوطها هنا نعم يمكن صحته في المخالفة في وصف خارج عن حقيقة ما استوجر عليه كالمشي والاحرام من ميقات مخصوص والطواف على وجه مخصوص ونحو ذلك فان القول بثبوت اجرة المثل متجه من حيث انه بعض المأمور به كما لو خالف في الطريق مع الغرض فقد قال العلامة بثبوت الاجرة في بعض موارده كما مر وان كان

٨٩ في الحكم باجرة المثل نظر فان المتجه استحقاقه من المسمى بنسبة ما عمل منها مع انه قد تقدم قوله وان علم منه ارادة التكرار حج عنه حتى يستوفي الثلث من تركته هذا اذا علم منه ارادة تكرار لا يقف على حد او تبع الثلث فصاعدا فلو علم منه تكرار ينقص عن الثلث اقتصر عليه مع انه داخل في العبارة وكذا لو كان في الحج الموصى به حج واجب بالنذر او الاسلام لم يحتسب من الثلث بل يخرج من الاصل ولا يتكرر الحج بقدر الثلث والمص يريد بالحج الموصى به المندوب خاصة بقرينة اخراجه من الثلث فمن ثم اطلق خروجه من الثلث قوله اذا اوصى ان يحج عنه كل سنة بقدر معين اه الضابط في ذلك ان يجمع ما زاد على السنة ما يكمل به اجرة المثل لسنة ثم يضم الزائد الى ما بعده وهكذا ولا يتقيد بجميع سنين ولا اثنين كما ذكر ولو كانت السنون معينة ففضل منها فضلة لا يفي بالحج اصلا ففي صرفه في وجوه البر او عوده الى الورثة الوجهان والقول في اعتبار الحج من البلد او من الميقات كما مر ثم ان كان ذلك القدر المعين للحج غلة بستان مثلا فمؤنتها على الوارث لان الاصل ملكه الى ان يصرح بخلافه او تدل القرائن عليه ويحتمل اخراجها من الغلة مقدمة على الوصية لتوقفها عليها ولو كان الموصى به جميع المال الذي له الغلة فلا اشكال في تقديم مؤنته على الوصية وكذا لو امتنع الوارث من الانفاق عليه ولم يكن هناك من يجبره عليه قوله ولو كان عند انسان وديعة ومات صاحبها اه الاصل في هذه المسئلة ما رواه بريد العجلي عن ابي عبد الله ع قال سئلته عن رجل استودع مالا فهلك وليس لولده شيء ولم يحج حجة الاسلام قال حج عنه وما فضل فاعطهم وقد اشتمل الرواية على كون المال وديعة كما حكاه الاصحاب وعلى كون الحج حجة الاسلام وعلى كون المستودع مباشر الحج واقتطاع الاجرة من الاصل وقد قيدها الاصحاب بعلم المستودع ان الورثة لا يؤدون والا وجب استيذانهم لان الاصل يقتضي ذلك حيث ان التصرف في مال الغير بغير اذنه خرج منه ما لو علم عدم ادائهم فيبقى الباقي وطردوا الحكم في غير الوديعة من الحقوق المالية كالغصب والدين والامانة الشرعية لاشتراك الجميع في كونه مال الميت الذي يجب اخراج الحج منه قبل الارث والظاهر في غير حجة الاسلام كالنذر والعمرة وقضاء الدين وكل حق مالي يجب اخراجه عن الميت وان لم يوص به كالزكوة والخمس وصرح بعضهم بوجوب استيذان الحاكم مع امكانه وهو حسن مع القدرة على اثبات الحق عنده لان ولاية اخراج ذلك قهرا على الوارث وغيره اليه ولو لم يمكن فالعدم احسن حذرا من تعطيل الحق الذي يعلم من بيده المال ثبوته واطلاق النص اذن له والظاهر جواز استنابته فيه كما يجوز مباشرته والقول في كون الحج هنا من الميقات او من البلد كما مر ولو تعدد الودعي وعلم بعضهم ببعض توزعوا الاجرة ولو اخرجها بعضهم باذن الباقين فالظاهر الاجزاء لاشتراك الجميع في كونه مال الميت الذي يقدم اخراج ذلك منه على الارث ولو لم يعلم بعضهم ببعض واخرجوا جميعا وحجوا فلا ضمان مع الاجتهاد على الاقوى ولا معه ضمنوا ما زاد على الواحدة ولو علموا في الاثناء سقط من وديعة كل منهم ما يخصه من الاجرة ويحللوا ما عدا واحد بالقرعة ان كان بعد الاحرام ولو حج كل منهم عالما بالاخر صح السابق خاصة ولو احرموا دفعة سقط من وديعة كل واحد منهم ما يخصه من الاجرة الموزعة وغرم الباقي ولو علم ان بعض الورثة يؤدي دون بعض فان كان نصيبه يفي باجرة الحج ود الحق بحيث يعلم حصول الغرض وجب الدفع اليه والا فلو امكن استيذان من يؤدي من غير صرف اليه ومباشرة الاخراج جاز والمراد بالعلم هنا الظن الغالب المستند الى قرائن الاحوال ولو دفعه اليهم والحال هذه ضمن ان لم يتفق منهم الاداء فان المراد بالجواز هنا معناه الاعم والمراد منه الوجوب لانه من باب الحسبة والمعاونة على البر والتقوى والارث في الروايات دال عليه قوله اذا عقد الاحرام عن المستأجر عنه ثم نقل النية اه القول الاول للشيخ وتبعه عليه المص في المعتبر وهو مبني على ان نية الاحرام كافية عن نية باقي الافعال وان الاحرام يستتبع الباقي وان النقل فاسد لكان المنوي فيبقى على ما احرم به ورواية ابي حمزة لو حج النائب عن نفسه وقع عن المنوب هو ابلغ من قول الشيخ والاصح ما اختاره المص هنا من عدم وقوعها عن احدهما اما عن المستأجر فلعدم نيته بعد النقل واما عن نفسه فلعدم جواز العدول وعدم وقوع الاحرام عنه وللنهي عن ايقاع باقي الافعال عن نفسه المقتضي للفساد فلا يستحق اجرة قوله وان كان ندبا حج عنه من بلده اه قد تقدم من المص اختيار ان الحج الواجب يقضى من الميقات وهنا اوجب قضاء المندوب من البلد مع اتساع الثلث لرد الخلاف واقع فيهما وانما فرق المص بينهما في الحكم جمعا بين الادلة على ان الطريق لا يحتسب من الحج وقد تقدم وبين رواية البزنطي عن الرضا ع في الرجل يموت فيوصي بالحج من اين يحج عنه قال على قدر ماله ان وسعه ماله فمن منزله وان لم يسعه ماله من منزله فمن الكوفة فان لم يسعه من الكوفة فمن المدينة فحمل هذا الخبر حكم المص هنا رجوع عما تقدم والاصح تساوي الواجب والمندوب في ذلك وفي قوله حج عنه من بعض الطريق اشارة الى انه لا يتعين ميقات بلد الميت بل لو امكن اخراج الحج من ميقات اقرب الى مكة لقلة المال وجب قوله وان قصر عن اجرة المثل اه وجه الاول وجوب تملك الوارث بالوصية لان الارث بعد الوصية فاذا تعذر المصرف الخاص بقي العام الداخل ضمنا وهو مطلق ما يتقرب به فيصرف في وجوه البر ووجه الثاني كون العام غير مقصود وانما خرج عن الورثة بشرط صرفه في الوجه المعين فاذا تعذر عاد ميراثا بل كشف عن سبق الميراث له من حين الموت وانما عاد ظاهرا وفصل بعضهم جيدا فقال ان كان قصوره حصل ابتداء بحيث لم يمكن صرفه في الحج في وقت ما فكونه ميراثا اقوى لما ذكر وان كان ممكنا ثم طرأ القصور بعد ذلك لطرو زيادة الاجرة ونحوه فانه لا يعود ميراثا لصحة الوصية ابتداء فخرج بالموت عن الوارث فلا يعود اليه الا بدليل فاذا تعذر المصرف المعين صرف في وجوه البر ولو امكن استنماؤه بالتجارة وصرفه في الحج بعد مدة فالظاهر وجوبه وكذا لو رجا اخراجه في وقت اخر وانما يصرف في البر مع الياس من صرفه في الحج ولهذه المسئلة نظائر كثيرة في تضاعيف الفقه قوله فان كان الكل واجبا وقصرت التركة قسمت على الجميع بالحصص هذا اذا كانت الواجبات كلها مالية كالدين والكفارات والحج فلو كان بعض الواجبات بدنيا كالصلوة قدم المالي على غيره قوله ومنهم من سوى بين المنذورة وحجة الاسلام اه وجه الاول رواية ضريس عن الباقر ع وهي التي نقلها بعد ذلك فالعبارة في قوة المكررة وانما صنع ذلك لان الرواية وردت في مادة مخصوصة فخرج المص من جعلها عامة وان كان القول عاما ووجه التسوية اشتراك الحجتين في كونهما حقا ماليا فيخرجان من الاصل ويتحاصان مع القصور وهو اقوى وحملت الرواية على نذر غير لازم كالواقع في المرض ولو قصر النصاص عن اخراج كل واحدة منهما من اقرب الاماكن ووسع الحج خاصة او العمرة صرف فيه فان قصر عنهما احتمل تركهما معا وتقديم حجة الاسلام

ان وسع لاحدهما او القرعة قوله تمتع التمتع لغة الانتفاع والتلذذ ومنه يأكلون ويتمتعون سمي هذا النوع بذلك لما يتخلل بين عمرته وحجه من التحلل الموجب
لجواز الانتفاع والتلذذ بما كان قد حرمه الاحرام قبله واختص بالاسم مع اشتراك الجميع فيه لكثرة ارتباط ما بين حجه وعمرته فكانا لذلك كالشيء الواحد
فاذا حصل بينهما تمتع فكانه قد حصل في اثناء الحج وقد روى الحلبي عن ابي عبد الله ع انه قال دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة وعني به عمرة التمتع وحجه
قوله بالعمرة المتمتع بها ومعنى التمتع بها الى الحج اي المنتفع بها الى الحج كما وصفها الله تعالى بقوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج الانتفاع بثوابها والتقرب بها الى الله تعالى
قبل الانتفاع بالحج الى وقت الحج فيجتمع التقربان او المنتفع بها اذا فرغ منها باستباحة ما كان محرما الى وقت التلبس بالحج فالباء سببية والمعنيان ذكرهما
في الكشاف قوله يوم التروية هو اليوم الثامن من ذي الحجة سمي بذلك لان الناس كانوا يتروون فيه ويحملون الى العرفة رواه الصدوق في العلل عن الحلبي عن
ابي عبد الله ع قال سألته لم سمي يوم التروية بذلك قال لانه لم يكن بعرفات ماء وكانوا يستقون من مكة من الماء ريهم وكان يقول بعضهم لبعض ترويتم
فسمي يوم التروية لذلك قوله وان اقام الى النفر الثاني جاز ايضا جواز الاقامة بمنى ايام التشريق قبل الطوافين والسعي للتمتع وغيره هو اصح القولين
وبه اخبار صحيحة وما ورد منها مما ظاهره النهي عن التاخير محمول على الكراهة جمعا بينهما وعلى هذا القول يجوز تاخيرها طول ذي الحجة وربما قيل بجواز
تاخير المتمتع عن يوم النحر الى الغد خاصة وجمع الشيخ بين الاخبار بحمل اخبار التاخير على غير المتمتع واخبار النهي عليه وما قدمناه اجود واعلم انه سيأتي
في كلام المص من اختيار المنع عن الغد من غير اشارة الى خلاف وهنا اختار الجواز كما ترى وكانه رجوع عن الفتوى وربما حمل الجواز هنا على معنى الاجزاء
فان الفعل مع التاخير مجزئ وان حصل الاثم وهو فائدة الخلاف وهو حمل بعيد قوله وهذا القسم فرض من كان بين منزله ومكة اثنا عشر ميلا فما
زاد آه القول الثاني هو الاقوى لصحيحة زرارة عن الباقر ع وغيرها وما اختاره المص هنا ذهب اليه جماعة من الاصحاب منهم الطبرسي في التفسير ولا نعلم
مستنده وربما وجه بان الثمانية والاربعين المذكورة في الرواية موزعة على اربع جهات فيختص كل واحدة اثنا عشر وعلى هذا القول ينتفي فائدة
قولهم في القارن والمفرد انهما يحرمان من دويرة اهلهما ان كانت اقرب من الميقات فان معنى ذلك انها لو كانت ابعد كان احرامهما من الميقات وهذا
لا يتفق لان اقرب المواقيت الى مكة يزيد على اثني عشر قوله فان عدل هؤلاء الى القران او الى الافراد لم يجز ويجوز مع الاضطرار كخوف الحيض المتقدم على
طواف العمرة اذا حصل ضيق وقت الوقوف الاختياري بعرفة او خيف التخلف عن الرفقة الى عرفة حيث يحتاج اليها وان كان الوقت متسعا ومن الاضطرار
خوف المحرم بالعمرة من دخول مكة قبل الوقوف لا بعده ومنه ضيق الوقت عن الاتيان باصل العمرة قبل الوقوف ونحو ذلك قوله وشرائطه النية قد تكرر
ذكر النية هنا في كلامهم وظاهرهم ان المراد بها نية الحج بجملته وفي وجوبها كذلك نظر ويمكن ان يريدوا بها نية الاحرام وهو حسن الا انه كالمستغنى عنه
فانه من جملة الافعال وكما تجب النية لها تجب لغيره ولم يتعرضوا لها في غيره على الخصوص ولعل للاحرام مزية على غيره باستمراره وكثرة احكامه وشدة التكليف
به وقد صرح في س بان المراد بها نية الاحرام ويظهر من سلار في الرسالة ان المراد بها نية الخروج قوله ووقوعه في اشهر الحج وهي شوال وذو القعدة
وذو الحجة الى قوله المناسك لروي آه الاقوى هو القول الاول لقوله تع الحج اشهر معلومات والاشهر صيغة جمع لا يصدق حقيقة بدون الثلثة وروى
معوية بن عمار في الصحيح عن الص قال الحج اشهر معلومات شوال وذو القعدة وذو الحجة وباقي الاقوال ينظر الى عدم انشاء الحج بعد المدة المذكورة فيها
اما اختيارا او اضطرارا وقد حقق المتاخرون ان النزاع لفظي اذ عند تحرير المحل يرتفع الخلاف والاشكال فان من افعال الحج ما يقع في مجموع ذي الحجة
كالطوافين والسعي فان اريد باشهر الحج هذا المعنى فلا اشكال في انها الثلثة ولكن لا يمكن انشاؤه في ذي الحجة بل لا بد في اجزائه من ادراك الموقفين او
احدهما اختيارا او اضطرارا او المشعر على وجه سبق تحقيقه وح فان اريد باشهر الحج ما يمكن انشاؤه فيها فلا اشكال في فواته بطلوع الشمس من يوم النحر
او بزواله فالاعتبارات التي قد رتبت عليها اهل الاقوال لا مشاحة فيها وح فما اختاره المص من اشهر الحج هي الثلثة ووقت الانشاء ما يمكن ادراك
المناسك المعتبرة في الصحة هو الاولى وقد يظهر فائدة الخلاف فيما لو نذر الصدقة او غيرها من العبادات في الاشهر المعلومات او في اشهر الحج فان جواز
تاخيره الى ما بعد التاسع يبنى على الخلاف قوله وان يحرم بالحج له من بطن مكة وافضلها المسجد وافضله المقام المراد ببطن مكة ما دخل من بنائها وافله
سورها فيجوز الاحرام من داخل سورها مط لكن الافضل كونه من مقام ابرهيم او من داخل الحجر لرواية معوية بن عمار عن الص ويظهر من المص ان المقام افضل وهو
اختيار س وينبغي لمن احرم بالحجر ان يكون تحت الميزاب قوله ولو احرم بالتمتع بها في غير اشهر الحج لم يجز له التمتع ظاهر العبارة يشعر بكونها تقع صحيحة لكن لا يتمتع
بها لفقد الشرط وهو وقوعها في اشهره وهذا الذي صرح به العلامة في كره وجزم بانها تنعقد مبتولة ووجه تحقق القربة بالاحرام المعين فاذا فات
التعيين لعارض بقي المطلق بل احتمل ما هو اعظم من ذلك وهو انه لو اتى بالحج في غير اشهره ينعقد عمرة مبتولة وفيهما معا نظر لفقد النية التي هي شرط
العبادة وما نواه من المعين لم يحصل والمطلق غير مقصود واستدل له العلامة بتبعية الدلالة فتامل قوله وكذا لو فعل بعضها في اشهر الحج نبه بذلك
على خلاف جماعة من العامة حيث اعتبروا الاحلال في اشهر الحج وبعضهم اكثر الافعال وعندنا الاعتبار بالاهلال لا بهما قوله ولم يلزمه الهدي لان
لزومه من توابع وقوع التمتع فحيث لم يقع لم يلزم وعند العامة يلزم الهدي تفريعا على وقوعها لما نواه قوله والاحرام من الميقات مع الاختيار هذا شرط
احرام من الرابع فانه مخصوص ببيان ميقات حج التمتع وهذا يشمل عمرته ايض ويمكن ان يكون مخصوصا بعمرة التمتع بمعنى ان شرطها وقوعها في زمانها
وهو اشهر الحج كما مر ومكانها وهو ميقاتها المخصص بها فلا يجوز الاحرام من غيره مع الاختيار ويجوز مع الاضطرار على بعض الوجوه وسيأتي
تفصيله قوله ولو احرم بحج التمتع من غير مكة آه لا ريب في عدم جواز الاحرام من غير محله الا في موضعين ياتي ذكرهما ولا فرق في ذلك بين ان يمر بعد ذلك
على الميقات وعدمه وهذه المسئلة لم يذكر في غير هذا الكتاب فيها خلافا وقد انكر شارح ترددات الكتاب الخلاف ايض ونقل عن شيخه ان المص قد
يشير في كتابه الى خلاف الجمهور او الى ما اختاره من غير ان يكون خلافه مذهبا لاحد من الاصحاب فيظن ان فيه خلافا والمخالف هنا من العامة الشا

فانه يجوز له الاحرام من احد المواقيت كما يجوز له الاحرام من مكة قوله ووجب استينافه منها ولو تعذر ذلك قيل يجزيه والوجه انه يستانف حيث امكن ولو
بعرفة ان لم يتعمد ذلك هذا القول المحكي للشيخ ره وما اختاره المص هو الاقوى مع الجهل او النسيان والمتعمد يجب عليه العود الى مكة فان تعذر فلا حج له
قوله وهل يسقط الدم والحال هذه فيه تردد تحقيق الخلاف في هذه المسئلة وبيان التردد يتوقف على تحرير مقدمة هي ان دم هدي التمتع هل وجب على
المتمتع نسكا من المناسك اعني عبادة خاصة كالطواف والسعي وغيرهما من المناسك الواجبة بالاصالة ام وجب جبرانا للاحرام حيث لم يقع من احد
المواقيت الستة الخارجة عن مكة خلاف فالمشهور بين اصحابنا الاول بل ادعى الشيخ في ف عليه الاجماع واحتج له ايض بقوله تع والبدن جعلناها لكم من
شعائر الله الى قوله فكلوا منها والاحتجاج بالاية من وجهين احدهما جعلها من الشعائر اي من العبادات التي يتعبد الله تع بها فيكون عبادة كغيرها والثاني
الامر بالاكل منها ولو كانت جبرا لما جاز ذلك كما لا يجوز الاكل من كفارات الصيد التي وجبت جبرا للاحرام مما وقع فيه من النقص ويظهر من ط اختيار انه
جبران حيث قال فاذا احرم المتمتع من مكة ومضى الى الميقات ومنه الى عرفات صح واعتد بالاحرام من الميقات لا يلزمه دم قال في س بعد حكاية
قول ط وهو يشعر بانه لو انشأ احرامه من الميقات لا دم عليه بطريق اولى وهذا بناء على ان دم التمتع جبران لا نسك وقد قطع في ط بانه نسك انتهى
وما ذكره في ط مذهب الشافعي فانه شرط في وجوب هدي التمتع شروطا منها ان لا يعود الى الميقات كما اذا احرم من جوف مكة واستمر عليه فان عاد
الى ميقاته الذي انشأ العمرة منه واحرم بالحج فلا دم عليه وكذا لو رجع الى مثل مسافة ذلك الميقات فاحرم منه ولهم وجهان فيمن احرم من مكة ثم
عاد الى الميقات محرما كمسئلة الشيخ اذا تقرر ذلك فنقول اذا احرم من مكة وخرج الى عرفة من غير ان يمر بميقات فلا اشكال في وجوب الهدي
ولا خلاف فيه عند الجميع على التقديرين وكذا لو ترك الاحرام من مكة ناسيا او جاهلا كك وتعذر عليه العود بل وجوبه هنا اولى لانه ادخل
في الجبران حيث كانت مسافة الاحرام اقصر من مكة وفوات الميقات حاصل فيهما وانما تظهر فائدة الخلاف فيما لو خرج الى الميقات محرما من مكة
او مط ثم انتقل الى عرفات فعلى القول بالجبران يسقط الهدي هنا لتحقق الاحرام من الميقات او دخول مسافة في ضمن تلك المسافة وعلى القول بانه نسك
من مناسك المتمتع لا يسقط وحيث كان القول بالجبران ضعيفا عندنا او باطلا بما تقدم من الادلة كان القول بعدم سقوط الدم مط اقوى ثم عد الى
عبارة المص واعلم ان حكاية الخلاف فيمن خرج الى عرفة بغير احرام ثم احرم فيها او في بعض الطريق لا يتوجه بعد الاحاطة بما قررناه وانما هو من مواضع القطع
بعدم سقوط الدم وغاية ما يمكن توجيهه بالعناية ان يكون الخلاف في ذلك من حيث الاطلاق المتناول لكل فرد من افراد الخروج كك اذ من جملته ما لو مر
على الميقات فيأتي فيه ما ذكره الشيخ وان كان الفرد الظاهر لعبارته لا اشكال فيه وكيف كان فالقول بالسقوط ضعيف ليس موضع تردد قوله ولا يجوز
للمتمتع الخروج من مكة حتى ياتي بالحج لانه صار مرتبطا به الا على وجه لا يفتقر الى تجديد عمرة هذا من جملة الوجوه الدالة على دخول عمرة التمتع في الحج حتى يسمى الذي
بينهما تمتعا كما بيناه سابقا والمراد بالوجه الذي لا يفتقر الى تجديد عمرة ان يخرج منها محرما او يرجع قبل شهر قوله ولو جدد عمرة تمتع بالاخيرة بمعنى انه لو خرج الى
وجه مفتقر الى التجديد فجدد صارت الثانية عمرة التمتع لتحقق الارتباط بينهما وتصير الاولى مفردة وهل يفتقر الاولى الى استدراك طواف النساء نظر
من ان مقتضى افرادها ذلك ومن الخروج منها سابقا وحل النساء منها بالتقصير فلا يعود التحريم وانما صارت بحكم المفردة قوله ولو دخل بعمرته الى مكة
وخشي ضيق الوقت آه قد تقدم الكلام في ذلك وهذا القول هو المشهور بين الاصحاب ويشهد له صحيحة جميل بن دراج وذهب جماعة من الاصحاب الى ان الحائض
تسعى ثم تحرم بالحج وتقضي طواف العمرة مع طواف الحج واكثر الاخبار شاهدة به ويفهم من قوله نقل النية انه لا ينتقل الى الافراد بمجرد العذر بل لا بد من نية العدول
وهو ظ الفتاوى وح فينوي العدول من احرام عمرة التمتع الى حج الافراد حج الاسلام مثلا لوجوبه قربة الى الله ولا يجب عليه تجديد نية الاحرام
فظاهر بل يبني على احرامه الاول قوله ولو تجدد لعذر وقد طافت اربعا آه انما خص الحائض بالذكر لانها مورد النص ويتعدى الحكم الى غيرها من ذوي الاعذار
والمراد ببقية المناسك التقصير ولو عبر به كان اقصر والمراد بقضاء ما بقي الاتيان به من باب فاذا قضيتم مناسككم اذ الطواف ليس من العبادات الموقتة
بحيث يفتقر الى الاداء والقضاء ويجب تقديم ما بقي من طواف العمرة على طواف الحج عند زوال العذر وكذا تقدم صلوة الطواف قبله قوله واذا صح التمتع
سقطت العمرة المفردة هذا السقوط لا ياتي عندنا حقيقة الا في ذي الموطنين بمكة ونائيها او الناذر للحج مط قوله ان يحرم من الميقات او من حيث
يسوغ له الاحرام المراد بالموضع الذي يسوغ منه الاحرام المجعول قسيما للميقات هو دويرة اهل المفرد كما صرح به المص فيما سيأتي وغيره وفي الحقيقة دويرة الاهل
احد المواقيت الستة المشهورة بالنص والفتوى فلا وجه لجعلها قسيمها وكانه اخرجها عنها لاشتهارها في الخمسة ويمكن ان يريد بالموضع ما يمكن
الاحرام منه غير المواقيت الستة كما في ناسي الاحرام وجاهل تعيين الميقات ونحوها فانها تحرم مع تعذر العود اليه من حيث امكن قوله ياتي بها من
ادنى الحل المراد بادنى الحل اقربه الى الحرم والصفة به والمعتبر منه ما قارب الحرم عرفا وفي كثير من كتب الفتاوى ميقاتها خارج الحرم وهو يشمل البعيد
من الحل والقريب وفي كره خير بين الاحرام من ادنى الحل وبين الاحرام من احد المواقيت ومثله في س وكذا القول في كل عمرة مفردة وفي اجزاء ما خرج من
الحل عن حد القريب عرفا ومن احد المواقيت نظر قوله ومن بينه وبينها دون اثني عشر ميلا من كل جانب قد تقدم ان الاصح اعتبار ثمانية واربعين ميلا
من كل جانب والتقدير على التقديرين من منتهى عمارة مكة الى منزله قوله فان عدل هؤلاء الى التمتع اضطرارا جاز كخوف الحيض المتاخر عن النفر وخوف
فوت الرفقة قبل ان تطهر وكذا لو خاف عدوا بعد الحج او فوت الصحبة بحيث يعجز معه عن الاعتماد بعده فانه يجوز في ذلك واشباهه العدول ابتداء
الى التمتع قوله وهل يجوز اختيارا قيل نعم وقيل لا وهو الاكثر المراد انه هل يجوز لاهل مكة ومن في حكمهم ان يؤدوا فرضهم من حج الاسلام بالتمتع ام لا يجزيهم
الا احد الامرين قولان منشؤهما اختلاف الروايات ظاهرا فذهب الاكثر الى المنع عملا بظاهر الاية حيث دلت بمفهومها على اختصاص التمتع بمن لم
يكن اهله حاضري المسجد الحرام وموضع الخلاف حجة الاسلام اما الندب والمنذور المطلق فيتخير بين الثلثة قوله ولو قيل بالجواز لم يلزمهم هدي

١٠٢ بل الاصح وجوب الهدى على المتمتع مطلقا ... عن احدهما بعود الاشارة في قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله الى الهدى او الى النوع فعلى الاول لا يلزم الهدى للمكي وان تمتع وعلى الثاني يلزم التمتع مطلقا وهو الاقوى قوله ان كان منزله دون الميقات التقييد بكون المنزل دون الميقات يقتضي انه لو كان محاذيا لم يجب عليه الاحرام من الميقات وهو كذلك والنصوص الدالة عليه قوله ويلطخ صفحته بدمه اي صفحة سنامه من جانب الشق لا صفحة الهدى قوله وان كان معه بدن دخل بينها واشعرها يمينا وشمالا يعني انه يشعر هذه في يمينها وهذه في شمالها من غير ان يرتبها ترتيبا يوجب الاشعار في اليمين للجميع وهذا في قوة الاستثناء مما قبله كانه قال يشعرها في الايمن الا ان يكون بدنا وذلك نوع تخفيف قوله ان يعلق في رقبة المسوق نعلا الخ الفعل وهو يصلي مبني للمعلوم وضميره المستتر يعود الى السائق كما يشهد به الرواية فيعتبر في النعل كون السائق قد صلى فيه ولا يكفي صلوة غيره عملا بمدلول النص للتبرك ويعتبر في الصلوة مسماها فيكفي الواحدة ولو نافلة قوله ولو اراد الطواف جاز اي طواف الحج بان يقدمه على الوقوف وكذا يجوز لهما تقديم صلوته والسعي دون طواف النساء الا مع الضرورة وكذا يجوز لهما الطواف ندبا وهو داخل في اطلاق الطواف قوله ولكن يجددان التلبية عند كل طواف لئلا يحلا الخ الاولى توقف انعقاد الاحرام على تجديد التلبية بعد الطواف للنصوص الكثيرة الدالة عليه وينبغي الفورية بها عقيبه وبدونها يحلان من غير فرق بينهما ولا يفتقر الى اعادة نية الاحرام قبلها بناء على ان التلبية كتكبيرة الاحرام لا يعتبر بدونها والماتن في ... من ضعف ذلك بل هذا الحكم دل على فساد المبنى عليه ولو اخلا بالتلبية صار حجهما عمرة وانقلب تمتعا كما صرح به جماعة ولا يجزي عن فرضه لانه عدول اختياري نعم لو نسي التلبية امكن القول بالاجزاء والعدول الاضطراري ويحتمل عدمه ولا فرق في الطواف بين الواجب والندب فمن ثم عمم المص الحكم في قوله بعد كل طواف مع ان المتقدم من فرضه انما هو طواف الحج لا غير وهذا الحكم وهو جواز تقديم الطواف مخصوص بالقسمين المذكورين اختيارا اما المتمتع فلا يجوز له تقديمه مع الاختيار ويجوز مع الاضطرار ومع يجب عليه تجديد التلبية لاطلاق النص وهل يجوز له الطواف ندبا قبل الوقوف المشهور المنع وفي بطلان الاحرام بفعله عمدا وجهان اوضحهما العدم لكن يجدد التلبية كما مر قوله ويجوز للمفرد اذا دخل مكة ان يعدل الى التمتع ولا يجوز ذلك للقارن هكذا وردت النصوص المتظافرة به وبامر النبي صلى الله عليه وآله حين حج ومن بقي على احرامه معللا بانه ساق الهدى وهذه هي المتعة التي انكرها الثاني كما هو المشهور وقد يشكل الحكم بجواز العدول هنا اختيارا مع عدم جوازه ابتداء لعدم الفرق بل هذا دال على جواز الاول وقد خص المتاخرون في الموضعين بما اذا لم يتعين عليه الافراد وفيه كالمندوب والمنذور المطلق وهو بعيد عن ظاهر النص وان كان الوقوف معه اولى قوله والمكي اذا بعد عن اهله وحج حجة الاسلام على ميقات احرم منه وجوبا بمعنى انه يحرم بفرضه منه وان كان ميقاته في الاصل دويرة اهله اذ لا يجوز لاحد مجاوزة الميقات اختيارا الا محرما وقد صار هذا ميقاته باعتبار مروره عليه كغيره اذا مر على غير ميقاته قوله ولو اقام من فرضه التمتع بمكة سنة او سنتين لم ينتقل فرضه وكان الخ اذا اراد حجة الاسلام لا يتعين عليه الخروج الى ميقات بلده بل يجوز له الخروج الى اي ميقات شاء مع الامكان ومع عدمه والمراد به حصول المشقة التي لا يتحمل عادة يحرم من خارج الحرم فان تعذر جميع ذلك احرم للعمرة من مكة وهل يجب عليه ان يأتي بالممكن مما بين المواضع الثلثة نظر من عموم فأتوا منه ما استطعتم واصالة البرائة مع انتفاء الفائدة ح في تخصيص المحلين قوله وان دخل في الثالثة مقيما الخ هذا هو المشهور بين الاصحاب وعليه دلت النصوص وللشيخ قول باعتبار اقامة ثلث وهو ضعيف ولا فرق في الاقامة الموجبة لانتقال الفرض بين كونها بنية او المفارقة او لا بنية عملا باطلاق النصوص فان الحكم معلق في بعضها على الاقامة وفي بعضها على المجاورة وفي بعضها على القطن وهي حاصلة على التقادير وهل ينتقل حكم الاستطاعة من البلد كذلك وجهان اقربهما ذلك خصوصا مع كون الاقامة بنية الدوام وربما قيل ان الحكم من اصله مخصوص بالمجاور بغير نية الاقامة اما لو كان بنيتها انتقل حكمه من اول السنة واطلاق النص يدفعه واما توهم العكس وهو ان الحكم مخصوص بمن نوى الاقامة على الدوام فمن لم ينوها بقي على فرضه وان طالت اقامته فهو باطل بل مخالف للنص والاجماع نعم لو قيل ان الاستطاعة تنتقل مع نية الدوام من ابتداء الاقامة امكن لفقد النص المنافي هنا لكن يبعد ح فرض انتقال الفرض بعد مضي سنتين مع عدم الاستطاعة فان استطاعة مكة سهلة غالبا الا بتوقفه على زمان طويل لكن الفرض ممكن وهذا كله اذا تجددت الاستطاعة في زمن الاقامة فلو كانت سابقة في النائي لم ينتقل الفرض وان طالت الاقامة لاستقرار الاول ولو انعكس الفرض بان اقام المكي في الآفاق احتمل كونه كذلك لاتحاد العلة ويشكل بانه قياس وليس في النص تعليل ويقوى هنا الفرق بين كون الاقامة بنية الدوام وعدمه فينتقل في الاول باول سنة ولا ينتقل في الثاني وان طال عملا باللغة والعرف حيث انتفى النص هذا اذا لم يسبق الاستطاعة في مكة كما مر والقول في انتقال الاستطاعة وعدمه كما سبق ولو فرض انتقال النائي من بلد الى اخرى اعتبر في استطاعته من الثانية نية الاقامة بها على الدوام والا فالاعتبار بالاولى والظ عدم الفرق بين الاقامة في زمن التكليف وعدمه وبين الاختيارية والاضطرارية عملا باطلاق النص وهذه الفروع غير محررة في كلام الاصحاب فينبغي امعان النظر فيها واعلم ان حكم المص بان اقامة سنتين لا يوجب انتقال الفرض بل الدخول في الثالثة ليتحقق الحكم عليه حالكونه السنتين كاملة محققة وهو ينافي ظاهر قوله بعد فان دخل في الثالثة انتقل فرضه ودفعه بان الحكم لا يتوقف على حصول القيد في المحكوم عليه بالفعل بل يكفي التقدير وهو يتحقق هنا بمعنى ان من اقام دون السنتين يحكم عليه بان تمام السنتين لا يكفي في انتقال فرضه بحيث لو احرم بعد انتهائهما بلا فصل لم يتعين فرضه وانما ينتقل لو تحققت الزيادة في الاقامة عن السنتين قبل الاحرام فيتم الكلام من غير احتياج الى المجاز بحمل السنتين على الصرف في الثانية من دون ان يكملها نعم يبقى في العبارة اشكال من حيث الحكم فان اشتراط حصول جزء من الثالثة مقيما مضافا الى السنتين لا دليل عليه والذي رواه زرارة في الصحيح عن الباقر ع قال من اقام بمكة سنتين فهو من اهل مكة لا متعة له وهذا كما ترى صريح في الاكتفاء بالسنتين فيكفي وقوع الاحرام بالحج بعدها بلا فصل وكان المص لما راى ان المدة المذكورة لا يتحقق ظاهرا الا بتوسط جزء من الثالثة قبل الاحرام اعتبره فيها كما اعتبر في العدة بالاقراء لحظة بعد القرء الثالث ليتحقق العدد قوله ولو كان لمن مكان

بمكة وعمرها

بمكة وغيرها الخ المراد بغير مكة ما كان نائيا عنها بحيث يوجب مغايرة حكمهما في نوع الحج وهو البعيد عنها بالمسافة المتقدمة وان كانت العبارة اعم من ذلك ١٠٣ والحال انه يقيم في كل منهما مدة فان غلبت اقامته في احدهما اي كانت ازيد من اقامته في الاخر لزمه حكمه في نوع الحج وان تساويا في الاقامة تخير بين الانواع الثلثة ومستند ذلك صحيحة زرارة المتقدمة فانه قال في آخرها فقلت ارايت ان كان له اهل بالعراق واهل بمكة قال فلينظر ايهما الغالب فهو من اهله وهذا اذا لم يكن اقامته في مكة سنتين متواليتين وحصلت الاستطاعة فيها فانه حينئذ يلزمه حكم اهل مكة وان كانت اقامته في النائي اكثر لما تقدم من ان اقامة السنتين يوجب انتقال حكم النائي الذي ليس له بمكة مسكن اصلا فمن له مسكن اولى وهذا وان كان موجبا لتخصيص هذا الحكم في بعض موارده الا ان فيه جمعا بين النصوص وموافقة للاصول ولو انعكس الحكم بان كانت اقامته في مكة اغلب لكنه استطاع وهو في النائي لزمه حكم الاغلب لعدم حصول ما ينافي هذا الحكم هنا وكذا القول في حالة التساوي فانه متى كانت الاستطاعة بمكة حال اقامتها البالغة سنتين يلزمه حكمها في النوع من غير تخيير وانما يتخير في غير ذلك والظ انه لا فرق في الاقامة بين ما وقع منها حال التكليف وغيره عملا بالاطلاق ولا يعتبر في الاقامة اتمام الصلوة لعدم تقييده بذلك في الرواية بل علق الحكم على مطلق الغلبة وان كان ظاهر العبارة يقتضي اعتبار الاقامة التي لا يصدق شرعا الا بالتمام ومسافة السفر من كل منهما الى الاخر لا يحتسب منهما بل هو كالاقامة والسفر في غيرهما ولا فرق في الاقامة بين الاختيارية والاضطرارية ولا بين المنزل المملوك والمغصوب ولا يشترط ان يكون بين المنزلين مسافة القصر بل يكفي اختلافهما في الحكم بالنسبة الى نوع الحج ويحكم باللحوق باحد المنزلين اعتبرت الاستطاعة منه ولو اشتبه الحال فلم يدر ايهما اغلب سواء تحقق الغلبة في الجملة ام لا فالظ التخيير ايضا ويحتمل قويا تقديم التمتع لما تقدم من القول بجوازه لاهل مكة ابتداء فكيف مع الاشتباه وفي حكم الاستطاعة ح اشكال من اصالة برائة الذمة من الوجوب حيث لا يتحقق الزائد ومن ان جواز النوع الخاص يقتضي الحكم باستطاعته ويتوجه على تقدير التخيير ان يكون ايجاب الحج باختيار المكلف لو فرضنا استطاعته من مكة خاصة قوله ويسقط الهدى عن القارن والمفرد وجوبا المراد انه لا يجب عليهما هدى لاختصاصه بالمتمتع لانه كان واجبا فسقط بفعلهما والتقييد بالوجوب يخرج هدي القارن واما الاضحية فانها وان كانت مستحبة لهما لكنها لا تدخل في مسمى الهدى ولا يحتاج الى الاحتراز عنها قوله ولا يسقط الاضحية استحبابا اي لا يسقط عن القارن والمفرد كما يسقط عنهما الهدى بخلاف المتمتع فان هديه يجزئ عنها وفي الحقيقة هي لا تسقط عنه ايضا بل يستحب له الجمع بينهما كما سيأتي الا انه لا يتأكد استحبابها لكثيرها ولذلك افردها عنه ويمكن على بعد ان يكون قوله ولا يسقط متعلقا بمطلق الحاج فيعم المتمتع فان اخراجه غير موجه لكن السياق يأباه قوله ولا يجوز القران بين الحج والعمرة بنية واحدة نبه بذلك على خلاف ابن ابي عقيل حيث جوزه وجعله تفسيرا للقران مع سياق الهدى وهو مذهب العامة اجمع وعلى المشهور فوجه تسميته قرانا كونه يقرن احرامه بسياق الهدى وعلى المشهور لو قرن بينهما بنية واحدة بطل للنهي المفسد للعبادة كما لو نوى صلوتين حينئذ فالخلاف حيث قال ينعقد الحج خاصة وتظهر الفائدة فيما لو افسد فلا شيء عليه على المشهور وعلى الخلاف يقضي الحج وعلى قول الحسن يقضيهما قوله ولا ادخال احدهما على الآخر بان ينوي الاحرام بالحج قبل التحلل من العمرة او بالعمرة قبل الفراغ من افعال الحج وان تحلل فان ذلك لا يجوز اجماعا فيقع الثاني باطلا للنهي وعدم صلاحية الزمان له نعم لو تعذر على المعتمر اتمامها فانه يعدل الى الحج او تعذر على الحاج اتمامه فانه يعدل الى العمرة وقد تقدم لكن ذلك في الحقيقة ليس ادخالا بل هو عدول فلا يحتاج الى استثنائه ويستثنى من الحكم بفساد الثاني ما لو احرم بالحج بعد السعي وقبل التقصير منها فانه يصح على المشهور ويصير الحجة مفردة وسيأتي تحقيقه قوله لا بنية حجتين ولا عمرتين ولو فعل قيل ينعقد واحدة وفيه تردد القول للشيخ ره ومنشأ التردد من اشتمال النية على الامرين معا فاذا بطل احدهما وقع الآخر صحيحا ومما قلنا بان اذ لو كانا مختلفين كان ترجيح احدهما على الآخر بالبطلان مع تساويهما في الصحة والبطلان فبطلان احدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح كالمختلفين والاقوى بطلانهما قوله في المواقيت واحدها ميقات يطلق لغة على الوقت المضروب للفعل والموضع المعين له وان كان الاول هو الموافق للقياس والمراد هنا الثاني وهو المستعمل شرعا قوله والمواقيت ستة حصر المواقيت في الستة هو المشهور في عبارات الاصحاب وبعضهم جعلها خمسة باسقاط دويرة الاهل وفي الحقيقة هي تسعة بناء على ما ذكرناه من تعريفها لغة الستة التي ذكرها المص ومكة للحج للتمتع ومحاذات الميقات لمن لم يمر عليه وفخ لاحرام الصبيان وانما خصها بالستة لانها هي المشهورة في النصوص ومكة وان ساويها في ذلك لكن اكتفى بتقدم ذكرها واما محاذاة الميقات ففيها خلاف يأتي فلذا تركها وكذا فخ وقد قيل انه محل تجريدهم خاصة وسيأتي قوله لاهل العراق العقيق قال الجوهري كل مسيل شقه ماء السيل فوسعه فهو عقيق وقد ذكر في الاخبار لهذا الوادي طرفان ووسط فاوله من جهة العراق المسلخ وليس في ضبطه شيء يعتمد عليه في التنقيح انه بالسين والحاء المهملتين قال وهو واحد المسالح وهو المواضع العالية كانه ماخوذ من السلاح وهو ما شهر من آلة الحرب وربما ضبطه بعضهم بالخاء المعجمة وكانه من السلخ وهو النزع لانه ينزع فيه الثياب للاحرام لكن هذا انما يتم لو كان الاسم طاريا على وضعه ميقاتا واوسطه غمرة ولم يذكر لها ضبط معتمد وفي التنقيح سميت بذلك لزحمة الناس فيها وآخره ذات عرق وهي قريبة الى مكة والكلام على ذلك كما قلناه في المسلخ بالمعجمة وآخره وهو اقربها الى مكة ذات عرق نقل العلامة في التذكرة عن سعيد بن جبير انه راى رجلا يريد ان يحرم من ذات عرق فاخذ بيده حتى اخرجه من البيوت وقطع به الوادي فاتى به المقابر فقال هذه ذات عرق الاولى وحيث ان حالها مشتبه فينبغي الاحتياط في الاحرام منها وهذه المواضع الثلثة وما بينها كلها ميقات فيجوز الاحرام من جميع الوادي وكلما بعدت مسافة الاحرام فيه كان افضل قوله ولاهل المدينة مسجد الشجرة اختلف كلام الاصحاب في ميقات المدينة بسبب اختلاف الروايات ظاهرا فجعله بعضهم ذا الحليفة بضم الحاء وفتح اللام وبالفاء بعد الياء بغير فصل وهو ماء على ستة اميال من المدينة قيل سمي بذلك لانه اجتمع فيه قوم من العرب فتحالفوا والمراد به الموضع الذي فيه الماء ومسجد الشجرة من جملته وفي كره ان مسجد الشجرة على ميل من المدينة وخصه بعضهم ومنهم المص بالمسجد وهو الاقوى في رواية الحلبي عن الص جامعة بين الاخبار

لانه فسر بها ذا الحليفة بمسجد الشجرة فعلى هذا يجب الاحرام من نفله والجنب والحائض يحرمان منه اختيارا فان تعذر لحرما من خارجه قوله وعند الضرورة الجحفة من الاضطرار المرض الذي يشق معه الاحرام من المسجد بحيث يكون تاركا لجميع التروك من اللبس وكشف الراس وغيرهما مشقة لا تتحمل عادة وح فيتخير بين التاخير الى الجحفة والاحرام من المسجد مع فعل ما يضطر اليه والفداء عنه وانما يتوقف التاخير على الضرورة مع مروره على الميقات الاول فلو عدل ابتداء عن طريقه جاز وكان الاحرام من الجحفة اختيارا فان عدل عنهما الى العقيق ولو مر على ميقاته واخر الاحرام منه عدا اثم لحرم من الاخير كالجحفة اثم واجزا على الاقوى لان كل واحد منهما ميقات لاهله ومن مر به وفي بعض الاخبار اطلاق جواز التاخير من مسجد الشجرة الى الجحفة من غير تقييد بالضرورة وهو محمول عليها جمعا او على صنف الاجزاء الذي ذكرناه قوله ولاهل الشام الجحفة هي مدينة قد خربت فيجب الاحرام من محلها ان عرف بها والا فمن محاذاتها كما هو الان قيل سميت بذلك لاجحاف السيل بها وفي اخبارنا انها تسمى المهيعة بفتح الميم وسكون الهاء وفتح الباء ومعناه المكان الواسع قوله ولاهل اليمن يلملم هو جبل ويقال له ايضا الملم وهو على مرحلتين فاصلتين من مكة وكك قرن المنازل هو بفتح القاف وسكون الراء جبل صغير وفي الصحاح ان الراء مفتوحة وان اويسا منسوب اليه وخطاه الفاضل الصنعاني وغيره وذكروا ان اويسا منسوب الى قرن بطن من مراد وفي الاخبار ده كر ... قوله وميقات من منزله اقرب المراد انه اقرب الى مكة من المواقيت كما نطقت به الاخبار من غير فرق بين الحج والعمرة ولولا ذلك امكن اختصاص القرب في العمرة بمكة وفي الحج بعرفة اذ لا يجب المرور على مكة في احرام الحج من المواقيت قوله ولو حج على طريق لا يفضي الى احد المواقيت قيل يحرم اذا غلب على ظنه محاذاة اقرب المواقيت الى مكة وكذا من حج في البحر موضع الخلاف ما لو لم يحاذ ميقاتا فانه يحرم عند محاذاته علما او ظنا لصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق ع ومعنى غلبة الظن بمحاذاة اقرب المواقيت ح بلوغ محل بينه وبين مكة بقدر ما بين مكة واقرب المواقيت اليها وهو مرحلتان علما او ظنا ووجه هذا القول ان هذه المسافة لا يجوز لاحد قطعها الا محرما من اي جهة دخل وانما الاختلاف فيما زاد عليها فهي قدر متفق عليه والوجه الاحرام من ادنى الحل عملا باصالة البراءة من الزائد والاول اقوى ويتفرع عليه انه لو احرم كك بالظن ثم ظهر له التقدم اعاد ولو ظهر التاخر وانه لم يكن محرما عند محاذاته فالاقوى عدم وجوب الرجوع لانه متعبد بظنه واشار بقوله وكذا من حج في البحر الى خلاف ابن ادريس في ذلك حيث زعم ان من سلك في البحر يحرم من جدة بضم الجيم وفتح الدال المشددة وهي المدينة المعروفة وكذا جعلها ميقات اهل مصر ولا نعلم مستنده بل انما يصح ان كانت محاذية لاقرب المواقيت لذلك لا لخصوصيتها واما اهل مصر ومن مر بطريقهم فميقاتهم الجحفة بالنص فلا يسمع خلافه نعم طريقهم الان منحرفة عنها نحو الجنوب فيحرمون عند محاذاتها كما هم او يحرمون قبلها من رابغ بالنذر كما سيأتي ولو جمع بين الامرين كان احوط خروجا من الخلاف ولو اخروا الاحرام الى العقيق اجزاهم وفي جوازه اختيارا نظر يعلم مما تقدم قوله ويجرد الصبيان من فخ هو بئر على نحو فرسخ من مكة وظاهر العبارة ان تجريدهم منه من المخيط واحرامهم من الميقات كغيرهم فيكون ذلك رخصة لهم ووجهه عموم الامر بالاحرام من الميقات فلا يتجاوزه احد الا محرما وما يظهر من الاخبار تاخير تجريدهم الى فخ لا ينافيه لان التجريد امر اخر غير الاحرام وذهب جماعة منهم المص في المعتبر والشهيد في س الى جواز تاخير احرامهم ايضا اليه وجعلوا التجريد الواقع في الاخبار كناية عنه وهذا اقوى وان كان الاول اولى ويدل عليه قول الص في خبر معاوية بن عمار قدموا من كان معكم من الصبيان الى الجحفة او الى بطن مر ثم يصنع بهم ما يصنع بالمحرم ويطاف بهم ويسعى بهم وح فما ورد من التجريد في غيره يحمل عليه وانما يتم حمل التجريد على حقيقته خاصة لو لم يكن غيره وح ففخ نهاية التاخير فلو قدمه من غيره صح ايض بل كان افضل كما ذكر في الخبر خصوصا من ميقات كالجحفة والعقيق وهذا الحكم مخصوص بمن حج على تلك الطريق والا فهم كغيرهم قوله من احرم قبل هذه المواقيت لم ينعقد احرامه هذا هو المشهور بين الاصحاب ومستنده اخبار كثيرة اوضحها دلالة صحيحة الحلبي عن الص قال سألته عن رجل جعل لله عليه شكرا ان يحرم من الكوفة قال فليحرم من الكوفة وليف لله بما قال ومنع منه جماعة منهم ابن ادريس والعلامة في لف وعذر ابن ادريس واضح على اصله واما العلامة فنقل على الجواز حديثين ثم ضعف سندهما ولم يذكر صحيحة الحلبي وهي مستند واضح والعجب انه في هي وكره افتى بالجواز مستدلا بهما ولم يذكر غيرهما وح فالجواز اقوى والظ عدم الفرق في ذلك بين النذر واخويه وان كان النذر هو المستعمل فيه لان النصوص شاملة لها فانها مفروضة فيمن جعل ذلك عليه لله ولا يجب تجديد الاحرام عند بلوغ الميقات او ما في حكمه على الاصح نعم يستحب خروجا من خلاف بعض الاصحاب وانما شرط وقوع الحج في اشهره ولم يسوغ تقديمه عليها بالنذر ايض لان الاصل والدليل يقتضي منع تقديم الاحرام على الميقات الزماني والمكاني خرج من ذلك تقديمه على المكاني بالنذر للنص المذكور فيبقى الباقي على المنع وفي حكم الحج عمرة التمتع لانها موقتة بحسب الزمان ايض بخلاف العمرة المفردة وربما تكلف للفرق بين الميقات الزماني والمكاني حيث جاز احدهما بالنذر دون الاخر بان الميقات الزماني مستفاد من قوله تع الحج اشهر معلومات وقد تقرر في الاصول والمعاني ان المبتدا منحصر في الخبر دون العكس كما في قوله ع تحريمها التكبير وتحليلها التسليم فان التحريم والتحليل منحصر فيهما من غير عكس فح زمان الحج منحصر في اشهر الحج فلا يوجد في غيرها واما الميقات المكاني فماخوذ من قوله ع لما بين المواقيت هن لهن ولمن اتى عليهن من غير اهلهن وضمير هن راجع الى المواقيت وهو المبتدا ولهن الى اهلهن وهو الخبر فينحصر المواقيت فيهم من غير عكس وهذا الفرق انما يتم على مذهب العامة القائلين بجواز تقديم الاحرام على الميقات المكاني مط لانه مقتضى الدليل اما عندنا فلا لتظافر نصوصنا بالمنع منه بوجه صريح من دلالة الزمان وح فالوجه في الفرق ما اسلفناه مع ان في دعوى انحصار المبتدا في خبره منع بل الحق جواز مساواته وعمومه وتحقيقه في محله قوله ولمن اراد العمرة المفردة في رجب وخشي تقضيه روي ان العمرة الرجبية تلي الحج في الفضل وانها تفضل من غيره وان الاهلال في رجب يحصل بالاهلال فيه وان وقعت الافعال في غيره فاذا خرج لها فضاق الوقت عن ادراك الميقات فيه احرم في اخره بحيث كان جزء منه وهو موضع نص ووفاق ولا يشترط ايقاع الاحرام في اخر جزء منه بل المعتبر وقوعه فيه عملا باطلاق النص وان كان اخره اولى قوله ولو اخره عن الميقات لمانع ثم زال المانع عاد الى الميقات

فان تعذر

فان تعذر جدد الاحرام حيث زال انما يجب العود اذا لم يكن في طريقه ميقات اخر والا لم يجب كما مر انه يحرم من الاخر وكذا لا يجب الاحرام حيث زال المانع ... الحال له ذلك بل لا يجوز واخره الى الميقات وجب العود فتعذر ففي وجوب العود الى ما امكن من الطريق وجه لوجوب قطع تلك المسافة محرما فلا يسقط الميسور بالمعسور وظاهر الفتاوى عدم وجوب العود لمن لا يتمكن من نفس الميقات نعم يجب الخروج الى ادنى الحل لمن دخل مكة عند تعذره والامر منه هو وانما يجوز تاخيره عن الميقات لعذر اذا لم يتمكن من نيته اصلا وان كان الفرض بعيدا فلو تمكن منها وانما تعذر عليه توابعه من نزع المخيط ونحوه وجب عليه الاحرام واخر ما يتعذر خاصة اذ لا دخل له في حقيقة الاحرام ولا يسقط الممكن بالمتعذر قوله وكذا لو ترك الاحرام ناسيا وفي حكمه الجاهل بوجوب الاحرام وهو مروي كالناسي قوله او لم يرد النسك هذا مع عدم وجوب الاحرام عليه كالمتكرر ومن دخل مكة بقتال او لم يكن قاصدا مكة عند مروره على الميقات ثم تجدد له قصدها والا وجب عليه الاحرام وان لم يرد النسك اذ لا يجوز لاحد دخول مكة الا محرما بحج او عمرة عدا ما استثني فان اخره ح اثم بخلاف الناسي وظاهرهم ان حكمه بعد ذلك يصير كالناسي في احرامه من حيث امكن ويحتمل الحاقه بالعامد وفي حكم من لا يريد النسك غير المكلف بالحج كالصبي والعبد والكافر اذا اسلم بعد مجاوزة الميقات او بلغ الصبي او اعتق العبد واراد الاحرام فانه يرجع الى الميقات مع الامكان والا احرم من موضعه ومن صور التعذر ضيق الوقت بالحج قوله اما لو اخره عامدا لم يصح احرامه المراد بتاخيره عمدا مع ارادة النسك ليحصل فيما للنسك فانه يجب عليه العود الى الميقات وفي بعض الاخبار انه يرجع الى ميقاته في جميع هذه الصور والظاهر انه غير متعين بل يجزي رجوعه الى اي ميقات شا لانها مواقيت لمن مر بها وهو عند وصوله كك وحيث يتعذر رجوعه مع التعمد يبطل نسكه ويجب عليه قضاؤه وان لم يكن مستطيعا للنسك بل كان وجوبه بسبب ارادة دخول الحرم فان ذلك موجب للاحرام فاذا لم يات به وجب قضاؤه كالمنذور نعم لو رجع بعد تجاوز الميقات ولما يدخل الحرم فلا قضاء عليه وان اثم بتاخير الاحرام وادعى العلامة في كرة الاجماع عليه ولو كان منزله دون الميقات فحكمه في مجاوزة قريته الى ما يلي الحرم وحكم المجاوز للميقات في الاحوال السابقة لانه موضع ميقاته فهو في حكمه كاحد المواقيت الخمسة في حق الافاقي قوله لو نسي الاحرام ولم يذكر حتى اكمل مناسكه المراد بالمقضي ما كان يريد الاحرام له من حج او عمرة والمراد بقضائه الاتيان به من باب فاذا قضيتم مناسككم والقول بوجوب القضا لابن ادريس محتجا عليه بان فقد الاحرام يجعل باقي الافعال في حكم المعدم باعتبار وقوعها في غير محلها فان محلها بعد ابتداء الاحرام في زمان استدامته الحكمية ويضعف بان ذلك لو تم اقتضى بطلان الحج بنسيان اي فعل كان من الافعال المرتبة فان محل كل واحد منها انما يكون بعد السابق عليه ولا يقول به والاصح ما اختاره المص ووردت به النصوص وهو الصحة الحاقا له بباقي الاركان فان الحج لا يبطل بفواتها سهوا اجماعا عدا نسيان الموقفين معا وقد روى علي بن جعفر عن اخيه ع سئل عن رجل نسي الاحرام يوم التروية بالحج حتى رجع الى بلده ما حاله قال اذا قضى المناسك كلها فقد تم حجه وروى جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما ع في رجل نسي الاحرام او جهل وقد شهد المناسك كلها قال قال ع يجزيه نيته اذا كان قد نوى ذلك وقد تم حجه وان لم يهل اذا تقرر ذلك فقد اختلف في حقيقة الاحرام الذي نسيانه موضع الخلاف فقال العلامة في لف هو هيئة مركبة من النية والتلبية ولبس الثوبين وعلى هذا يلزم فواته بفوات احد اجزائه الثلثة لكن كون اللبس جزء منه في غاية البعد وقيل هو مركب من التلبية والنية خاصة فيفوت بفوات احدهما ولا يفوت بفوات اللبس وهذا القول مبني على وجوب كون التلبية مقارنة للنية كتكبيرة الاحرام فتفوت النية بفوات التلبية وبالعكس لكن على تقديره يتم مبنيه في دلالته ذلك على جزئية التلبية نظر بين يرشد اليه تكبيرة الاحرام وقيل هو امر واحد بسيط وهو النية وهذا هو الظ لضعف دليل وجوب المقارنة وليس ثمة معنى اخر يصلح لحمله عليه وللشهيد تحقيق رابع وهو ان الاحرام توطين النفس على ترك المنهيات المعهودة الى ان ياتي بالمحلل والتلبية هي الرابطة لذلك التوطين نسبتها اليه كنسبة التحريمة الى الصلوة والافعال هي المزيلة لذلك الربط واطلاق الاحرام بالحقيقة ليس الا على ذلك التوطين وهذا التفسير راجع الى النية لان التوطين امر نفساني ولا يجب تحصيله في مجموع زمان الافعال ولا بعضها اجماعا بل انما يجب حال نية الاحرام بل هو قد فسر النية في قوله احرم بان معناه اوطن نفسي لكن يبقى على هذا ان اطلاق الاحرام في باقي الزمان في قولهم لو فعل وهو محرم كذا او ترك كذا على سبيل المجاز فانه لاستدامته الحكمية مغاير للاستدامة الحكمية ايض غير معتبر فيه ومن ثم لو رفض الاحرام بعد عقده لم يبطل اجماعا ومحل الخلاف متفرع على هذه الاقوال فالمنسي على الاول احد الثلثة وعلى الثاني احد الامرين وعلى الاخير النية ويظهر من الروايتين السابقتين ان المنسي هو التلبية لان الاهلال لغة هو رفع الصوت وهو هنا كناية عن التلفظ بالتلبية لكن كثيرا ما يطلق على مطلق الاحرام فيعود الكلام فيه ويفهم من قوله حتى اكمل مناسكه انه لو ذكره قبل اكمال الفعل من غير ابطال وهو يتم مع ذكره قبل الافعال الموجبة للاحلال اما بعدها ففيه اشكال ولم نقف لاحد من الاصحاب في ذلك على شيء وقد فرض المص وغيره المسئلة فيمن ترك الاحرام ناسيا وفي مرسلة جميل ان الجاهل كك ورواية علي بن جعفر صريحة فيه ايض ولم يتعرض والحكم والحاقه بالناسي لا يخلو من وجه بل الدلالة عليه اقوى قوله في افعال الحج والواجب اثنى عشر هذه الواجبات منها ما هو ركن يبطل الحج بتركه عمدا لا سهوا ومنها ما هو فعل لا يبطل الحج بتركه مط وان حصل الاثم فالا ركان منها خمسة الاحرام والوقوفان والطواف الاول والسعي واضاف الشهيد اليها النية فان عنى نية الاحرام كما هو الظ منه فلا وجه لاختصاصها لان نيات الاركان كلها كك يبطل الركن بفواتها فيفوت الركن ثم هذا لا يقتضي ركنيتها لان البطلان جاء من قبل فوات الركن وايض فقد تقدم ان الاحرام ليس امرا زائدا على النية مط وعلى التوطين الملزوم لها وفي ركنية التلبية خلاف ويقوى ركنيتها ان اوجبنا مقارنتها للنية وجعلناها الا موقوفا عليها كتكبيرة الاحرام والتقريب ما تقدم في نية الاحرام وصحيحة معوية بن عمار مشعرة بركنيتها حيث جعل تحقق الاحرام موقوفا عليها او على الاشعار او التقليد وتعليق الحكم على الوصف يقتضي عدمه عند عدمه والاخلال بالاحرام مبطل اجماعا ويستثنى من عدم بطلان الحج بفوات

الركن

الركن سهوا اما لو فات الموقوفان معا فان الحج يبطل مط ولو وان يقف على ما بيداره ويقرا وليكن مستقبلا بوجهه الذي يتوجه نحوه وهو الطريق وقول المصنف ما يدل عليه قوله اذا اراد التمتع لا فرق في ذلك بين التمتع وغيره من الانواع لشمول النص لها ولو اراد العمرة المفردة فاستحب توفيره شهرا واوجب بعض الاصحاب التوفير في الاول عملا بظاهر الامر واوجب مع الاخلال به دم شاة والمشهور الاستحباب قوله ويزيل الشعر عن جسده مطليا حال من الضمير والعامل فيه يزيل والمراد يزيله بالاطلاء وهذا هو الافضل فلو ازاله بغيره كالحلق تادت السنة قوله ولو كان اطلى اجزاه ما لم يمض خمسة عشر يوما الاطلاء افضل وان قرب العهد به لكن لو قصرت مدة الاول عن خمسة عشر يوما لم يتاكد الاستحباب تاكده لو كان اكثر قوله والغسل للاحرام ذهب الحسن الى وجوبه والاصح الاستحباب ومكانه الميقات ان كان مقتضيا ولو كان مسجدا اخر به عرفا ووقته يوم الاحرام قوله وقيل ان لم يجد ماء تيمم له القول للشيخ وجماعة وتوقف المص من عدم النص وان الغرض من الغسل المندوب التنظيف لانه لا يرفع الحدث وهو مفقود مع التيمم ومن شرعيته بدلا مما هو اقوى وعموم قوله الصعيد طهور المؤمن و يمكن انسحاب الحكم على باقي الاغسال المندوبة ولا باس بالتيمم هنا فان مدارك السنن يتسامح فيها كيف وقد اختاره جماعة من الاعيان قوله ولو اغتسل واكل او لبس ما لا يجوز للمحرم اكله او لبسه اعاد ليشهد له اضاف الشهيد ره التطيب لم يتعرضوا لباقي محرمات الاحرام مع ان فيها ما هو اقوى من هذه لعدم النص نعم ورد ان من نقض طهارته لا يعيده ولكن يمسحها بالماء قوله ويجوز تقديمه اذا خاف عوز الماء فيه فينبغي الاقتصار في التقديم على موضع الحاجة فيقدم من اقرب اوقات الامكان اليه وموقته لبس ثوبي الاحرام بعده الى الميقات فلو لبس المخيط بعده بطل حكمه قوله ما لم ينم خص النوم من بين الاحداث لانه مورد النص وفي تعديه الى غيره قول ماخذه مساواته له في الحكم وانه اقوى ولا باس به ووجه القوة الاتفاق على نقض الحدث غيره مط والخلاف فيه على بعض الوجوه قوله تدارك ما تركه واعاد الاحرام المشهور والاقوى ان تداركه على وجه الاستحباب ليقع على اكمل احواله وللرواية وقيل على جهة الوجوب والمعتبر هو الاول اذ لا سبيل الى ابطال الاحرام بعد انعقاده وربما احتمل كون الثاني بناء على عدم الفائدة لولاه فيكون كاعادة الصلوة مع نسيان الاذان والاقامة وذكرهما قبل الركوع والفرق بين المقامين واضح فان الصلوة تقبل الابطال بخلافه وظهر من العلامة ان وجوب الكفارة للمتخلل بينهما لا خلاف فيه فعلى هذا يكون اعتبار الثاني على تقديره انما هو في بعض الموارد كاحتساب الشهر بين العمرتين والعدول الى عمرة التمتع لو وقع الثاني في اشهر الحج قوله ويحرم عقيب فريضة الظهر او فريضة اه ظاهر العبارة يقتضي انه مع صلوة الفريضة لا يحتاج الى سنة الاحرام وانما يكون عند عدم فعل ظهر او فريضة وليس كذلك وانما السنة ان تصلي سنة الاحرام اولا ثم يصلي الظهر او غيرها من الفرائض ثم يحرم فان لم يتفق ثم فريضة اقتصر على سنة الاحرام الستة او ركعتين واحرم عقيبهما ولا فرق في الفريضة بين اليومية وغيرها ولا بين المؤداة والمقضية وقد اتفق اكثر العبارات على القصور عن تادية المراد هنا قوله وفي رواية اخرى هي اذا تقرأ في الاولى ... وفي الثانية الجحد عكس الاولى وكلاهما مستحب قوله ويوقع نافلة الاحرام تبعا له ولو كان وقت فريضة اي تابعة للاحرام فلا يكره ولا يحرم فعلها في وقت الفريضة قبل ان يصلي الفريضة كما لا يحرم او يكره فعل النوافل التابعة للفرائض كذلك وقد خرجت هذه بالنص كما خرجت تلك فان ايقاع الاحرام في وقت الفريضة بعدها وبعد النافلة يقتضي ذلك غالبا وقد التبس معنى التبعية هنا على جماعة فتكلفوا عليها بما خطر لهم وشارح الترددات جعل الضمير في له عائدا الى الغسل اي يوقع النافلة تابعة للغسل لا ابن اخي عنه وهو بعيد قوله وان يقصد بقلبه الى امور اربعة اه لا ريب في اعتبار احضار فعل الموصوف بالصفات الاربعة بالبال ليتحقق القصد اليه الا انه لا شيء من الاربعة بداخل في النية وانما هي مشخصات الشيء المنوي والنية عبارة عن القصد اليه وهو شيء واحد لا يقع التعدد الا في معروضه وقد تقدم الكلام في ذلك في نية الصلوة ففي العبارة تساهل قوله ولو اخل بالنية عمدا او سهوا لم يصح احرامه مقتضى ان للشان الاحرام امر اخر غير النية كما هو المعلوم في غيره من العبادات فان النية امر اخر غير المنوي وكانه يريد به ترك الامور الآتية او ايجاد نقيضها او نحو ذلك وقد تقدم الكلام في المسئلة وفي حكمها وليست المسئلة مكررة لانه هناك نفى الاحرام وجميع توابعه من التلبية ونزع المخيط ولبس الثوبين كما هو الظ وان كان التحقيق اقتضى اختصاصه بشيء اخر وهنا نفى النية لا غير ولانه هناك ذكر حكم الحج من حيث الصحة والبطلان وهنا ذكر بطلان الاحرام خاصة وذلك اعم من بطلان الحج وعدمه ولا منافاة بين الحكم بصحة المناسك المجردة عن الاحرام وبين بطلان الاحرام خاصة قوله ولو احرم بالحج والعمرة وكان في اشهر الحج اه والقائل بالصحة فيه ابن ابي عقيل وجماعة وله شواهد من الاخبار والاصح البطلان ايضا قوله ولو قال كاحرام فلان وكان عالما بما اه الاصل في هذه المسئلة ما روي ان عليا احرم كاحرام النبي وكان غير عالم بما احرم به حين الاحرام فالاصح الجواز مط وهو خيار الدروس ثم ان انكشف له الحال قبل الطواف كما اتفق لعلي فواضح والا فقال الشيخ ره يتمتع احتياطا لانه ان كان متمتعا فقد وافق وان كان غيره فالعدول منه الى التمتع جائز وقيل يبطل الاحرام وهو احوط قوله ولو نسي بما اذا احرم كان مخيرا اه وجه التخيير انعقاد الاحرام ابتداء فلا سبيل الى الخروج منه فيتخير ان لم يلزمه احدهما والا صرفه اليه عملا بالظ وللشيخ قول بانه مع عدم التعيين يتعين عمرة تمتع كما مر في المسئلة السابقة قوله وقيل لا ينعقد الاحرام لمتمتع ولا لمفرد الا بها لا اشكال في توقف انعقاد الاحرام انما الكلام في اشتراط مقارنتها للنية فشرطها الشهيد ره وابن ادريس وتبعهما الشيخ علي ره وجعلوها مقارنة للنية كتكبيرة الاحرام للصلوة وكلام باقي الاصحاب خال من الاشتراط وبعضهم صرح بعدمه وكلام المص يشعر به والنصوص خالية من الاشتراط بل كثير منها صريح في الانفكاك كرواية معوية بن عمار وعبد الله بن سنان بعد دعاء الاحرام قم فامش هنيئة فاذا استوت بك الارض فلب فان فيه تصريحا بعدم المقارنة ويظهر من الروايات والفتوى جواز تاخير التلبية عنها ولا ريب ان اعتبار المقارنة اولى قوله او بالاشارة للاخرس المراد بها اشارته باصبعه ويجب تحريك لسانه بها ايضا للرواية قوله وان شاء قلد او اشعر على الاظهر نبه بذلك على خلاف المرتضى وابن ادريس حيث اعتبرا في عقد الاحرام في الجميع التلبية وما اختاره المص هو الاقوى قوله وبايهما بدء كان الاخر مستحبا المراد انه اذا بدأ بالتلبية كان الاشعار او التقليد مستحبا وان بدأ باحدهما كانت التلبية مستحبة ففي اطلاق ان البداءة باحد الثلثة يوجب استحباب الاخر

كان الاخر مستحبا متن

اجمال

اجمال قوله وصورتها لبيك اللهم لبيك اه الاقوى ان الواجب هو التلبيات الاربع بالعبارة الاولى واضافة الحمد اليه احوط ومعنى لبيك اقامة على طاعتك اقامة بعد اقامة او مواجهة لك مواجهة لانه اما من لب بالمكان اذا اقام به او من قولهم دار فلان تلب داري اي تحاذيها وينصب على المصدر كقولك حمدا لله وشكرا له وكان حقه ان يقال لبا لك وثني تاكيدا اي لبا بالك بعد لباب واقامة بعد اقامة هذا بحسب اصله لغة ولكنه قد صار موضوعا للاجابة وعبر عنها بلبيك وهي جواب عن النداء القديم الذي امر الله به لابراهيم عند بناء البيت فصعد ابا قبيس ونادى الناس فاجابه من اصلاب الرجال وارحام النساء كما ورد في الخبر ويجوز كسر همزة ان على الاستئناف وفتحها بنزع الخافض وهو لام التعليل والاول اجود لاقتضائه تعميم التلبية في حال استحقاقه الحمد وعدمها واقتضاء الفتح تخصيصها اي لبيك بسبب ان الحمد لك قوله ولو عقد نية الاحرام ولبس ثوبيه ثم لم يلب الى قوله لم يلزمه بذلك كفارة لان عقد الاحرام موقوف على التلبية فلا يحرم عليه المحرمات المذكورة بدونه سواء اوجبنا مقارنتها للنية ام لا لكن ان اوجبنا المقارنة وفعل بينهما ما يحرم على المحرم بطل الاحرام للتراخي كما لو لم يفعل شيئا بل هنا اولى وان جوزنا التراخي ففعل ذلك هل يبطل الاحرام ليس في كلامهم ما يدل عليه بل اكثر العبارات كما ذكر المص انه لا يلزم كفارة وفي كثير من الروايات دليل على عدم البطلان ويحتمل البطلان بذلك وفي بعض الاخبار دلالة عليه قوله وهما واجبان لا اشكال في وجوبهما وكون احدهما ازارا يستر العورتين وما بين السرة والركبة والاخر رداء يوضع على المنكبين او وشاحا يوضع على احدهما وانما الكلام في توقف تحقق الاحرام عليهما وقد تقدم ما يحقق المقام وان الاقوى خروجهما عن حقيقته ولا يبطل بالاخلال بهما وان اثم قوله ولا يجوز الاحرام فيما لا يجوز لبسه في الصلوة وذلك كجلد ما لا يؤكل لحمه وان ذكي ودبغ والحرير للرجال وما يحكي العورة ويدخل فيه النجس نجاسة غير معفو عنها في الصلوة فلا يصح الاحرام فيه ايضا وهو الاقوى عملا بظاهر النص وقيل بالجواز نظرا الى ان المراد بكونه ما يصح الصلوة فيه بحسب ذاته لا بحسب عوارضه قوله وهل يجوز الاحرام في الحرير للنساء قيل نعم لجواز لبسهن له في الصلوة اه وجه القولين النصوص المتعارضة ظاهرا وبينها صحيح من الجانبين وح فالاقوى الكراهة جمعا بينهما بحمل احاديث النهي على الكراهة حذرا من اطراح اخبار الجواز لو قيل بالتحريم وهل يلحق الخنثى في ذلك بالرجل او بالمراة نظر من تعارض الاصل والاحتياط بل الاشكال في اصل جواز لبسه لها قوله واذا لم يكن مع الانسان ثوبا الاحرام وكان معه قباء جاز لبسه مقلوبا اه القلب هنا فسر بتفسيرين احدهما جعل ذيله على الكتفين والثاني جعل باطنه ظاهره ولا يخرج يديه من كميه والاقوى الاجتزاء بكل واحد منهما لدلالة النصوص عليهما وان كان الاول اولى بل خصه ابن ادريس به واختاره في س فهو مجزي اجماعا والاكمل منه الجمع بينهما عملا بمدلول النص من الجانبين وان لم يقل احد بحتم الثاني وقول المص يعيد الحكم بقلبه ويجعل ذيله على كتفه يمكن ان يكون تفسيرا للقلب بالمعنى الاول المتفق عليه وهو الاولى و يمكن ان يكون اشارة الى الجمع بينهما اذا تقرر ذلك فتعليق الحكم بذلك على فقد الثوبين يشعر بان واجد احدهما لا يجوز له لبسه والظ جوازه مع فقد احدهما خاصة خصوصا الرداء وخصه في س بفقده وجعل السراويل بدلا عن الازار والمراد بالجواز هنا معناه الاعم والمراد منه الوجوب لانه بدل عن الواجب وعملا بظاهر الامر في النصوص والمشهور اختصاص الحكم بالقباء في رواية عمر بن يزيد عن الصادق قال ان لم يكن معه رداء طرح قميصه على عنقه او قباء بعد ان ينكسه واختاره في س ولو اخل بالقلب او ادخل يديه في كميه لزمه كفارة لبس المخيط قوله ولو احرم متمتعا اه المراد ان المحرم بحج التمتع ناسيا قبل التقصير من عمرته يستمر على احرامه ويصح حجه ولا يلزمه قضاء التقصير من عمرته للنص ولان التقصير ليس جزءا بل محلل من الاحرام وكون الدم مستحبا هو الاقوى جمعا بين الاخبار فان رواية معوية بن عمار مصرحة بعدم وجوب شيء ولو كان الاحرام قبل اكمال السعي بطل ووجب اكمال العمرة قوله وان فعل ذلك عامدا الى قوله والاول هو المروي القائل ببطلان الثاني ابن ادريس وبعض العلامة في المنتهى عن ادخال الحج على العمرة فيفسد الاحرام ولانه لم يفعل المامور به على وجهه واجيب بان النهي عن وصف خارج عن ماهية الاحرام ويمنع تحقق الادخال لما تقدم من ان التقصير ليس جزءا والاقوى العمل بالمروي وهو المشهور ورواية ابي بصير صحيحة تدل عليه واطلاقها منزل على العمد جمعا بينها وبين حسنة معوية بن عمار المتضمنة ان من دخل في الحج قبل التقصير ناسيا لا شيء عليه فح يكمل حج الافراد ويأتي بعمرة مفردة بعده والاقوى انه لا يجزيه عن فرضه لانه عدول اختياري ولم يات بالمامور به على وجهه والظ ان الجاهل بمنزلة العامد لدخوله في اطلاق صحيحة ابي بصير وانما خرج الناسي بنص خاص قوله ويجعلها عمرة يتمتع بها قد تقدم ان ذلك في غير حجة الاسلام كالنذر المطلق والمتبرع به والا لم يجز قوله فان لبى انعقد احرامه وقيل لا اعتبار اه القول بالتفصيل هو المشهور والاقوى لصحيحة ابي بصير عن الصادق والثاني قول ابن ادريس لقوله انما الاعمال بالنيات وفي تفسير مقصوده من النية احتمالان احدهما ان يريد ان الاعتبار بقصده اولا الى المتعة فلا عبرة بالتلبية الواقعة بعد ذلك والثاني ان الاعتبار بقصده الاحلال بالتلبية لا بالتلبية وحدها فاذا لبى قاصدا الى عقد الاحرام بالنية بطلت المتعة لا بدون ذلك وفي الوجهين معا تحكم واضح ومصادمة للنص الصحيح قوله ولو فعل الصبي ما يجب به الكفارة لزم ذلك الولي اي فعل ما يجب به الكفارة على المكلف فان الصبي لا يجب عليه شيء بل لا يجب عليه اجتناب موجبها وانما يجب على الولي ان يجنبه ذلك ويحضه عليه فان فعل الصبي شيئا يوجبها لو كان مكلفا كما لو قتل صيدا مط او تعمد لبس المخيط ونحوه وجبت الكفارة على الولي اما الاول فظاهر لاستواء العامد والناسي والجاهل فيه واما الثاني فربما قيل فيه عدم الوجوب بناء على ان عمد الصبي خطاء كما ذكروه في باب الديات والاولى فرض ذلك الحكم على محله ووجوب الكفارة هنا على الولي ولو فعل ذلك سهوا او جهلا لم يجب شيء قوله وروي اذا كان الصبي مميزا جاز امره بالصيام اه بل يجب على الولي الهدي مع قدرته عليه نعم لو عجز عنه جاز امره عنه وفي جواز امره به وجه قوي قوله وهل يسقط الهدي قيل نعم اه القول بالسقوط للمرتضى وتبعه ابن ادريس وجعلاه فائدة الاشتراط والاقوى عدم السقوط لعموم الاية والسقوط يحتاج الى دليل وحصول الفائدة فيه ممنوع قوله وفائدة الاشتراط جواز التحلل عند الاحصار اه في قوله وفائدة الاشتراط جواب عن سؤال مقدر وهو ان هذا التحلل اذا كان يجب على المعذور وان اشترط على ربه ان يحله حيث حبسه فاي فائدة للاشتراط وهذا هو الكلام

١٠٠ اعترض به ابن ادريس على الشيخ ره واذا لم يكن للشرط فائدة انتفت شرعيته وانتم لا تقولون به واجاب المص بان فائدته جواز التحلل اى تعجيله للمحصر عند الاحصار من غير تربص الى ان يبلغ الهدى محله فانه لو لم يشترط لم يجز له التعجيل وبهذا التفسير صرح المص في النافع ويدل عليه من العبارة تخصيصه الحكم بالمحصر فان
المصدود يجوز له التعجيل من غير شرط اتفاقا والذى فهمه الشهيد ره وغيره من عبارة الكتاب وتبعه عليه الشيخ على في حاشيته ان مراده بالفائدة ثبوت اصل
التحلل وكانهم يريدون بذلك ان التحلل وان كان ثابتا ايضا بالاحصار والصد بسبب العذر لكن ذلك رخصة على خلاف الاصل فاذا شرط صار الجواز
ثابتا بالاصل ويشكل بان تخصيص الحصر يشعر بخلافه فان ما ذكروه آت فيهما اللهم الا ان يريد بالحصر هنا ما يشمل الصد وبان المص قد جعل الفائدة
نفس التحلل وعلى ما ذكراه انما هى ثبوته اصالة واحدهما غير الاخر وان امكن التجوز به والشيخ ره في التهذيب جعل الفائدة سقوط قضاء الحج للمتمتع فانه الموفقات
وكل واحدة من هذه الفوائد لا يأتى على جميع الافراد التى يستحب فيها الاشتراط اما سقوط الهدى فمخصوص بغير السائق اذ لو كان قد ساق هديا لم يسقط
واما تعجيل التحلل فمخصوص بالمحصر دون المصدود واما كلام التهذيب فمخصوص بالمتمتع وظاهر ان ثبوت التحلل بالاصل والعارض لا مدخل له في شئ من
الاحكام واستحباب الاشتراط ثابت لجميع افراد الحاج ومن الجائز كونه تعبدا او دعاء مأمورا به يترتب على فعله الثواب قوله اذا تحلل المحصر لا يسقط
عنه الحج اه هذا اذا كان الواجب مستقرا في الذمة قبل عام الحصر اما لو كان واجبا عامه فانه بالاحصار تبين انتفاء الوجوب في نفس الامر لان تخلية السرب
امكان الفعل الذى له مدخل في تحقق الحج شرط في وجوب الحج قوله ويستحب رفع الصوت بالتلبية للرجال اى في الحالة التى يستحب فيها الجهر كما سيأتى بيانه
ولا يستحب ذلك للمراة بل يستحب لها السر مطلقا ولو جهرت حيث لا يسمعها الاجنبى جاز وكذا الخنثى قوله وعند علو الآكام اه الآكام جمع فان كان بكسر
الهمزة الواحدة فهو جمع اكم بالفتح والاكم جمع اكمة بالفتح ايضا وهى التل وان كان بفتح الهمزة الاولى وقلب الثانية حرف مد فهى جمع اكم بالضم مثل عنق
واعناق والاكم بالضم جمع اكام بالكسر وهو الجمع المتقدم مثل كتاب وكتب فالآكام بالمد جمع رابع وهو ثالث جمع الجمع كذا ذكره الجوهرى ره والهضاب
جمع هضبة بكسر الهاء وفتحها والاول اجود وسكون الضاد وهو المطمئن من الارض وبطن الوادى قوله فالى يوم عرفة عند الزوال فاذا بلغ ذلك
قطعها وجوبا عند الشيخ ره وجماعة عملا بظاهر الامر ولا شك انه اولى قوله فاذا شاهد بيوت مكة وحدّ ذلك عقبة المدنيين ان دخلها من اعلاها
عقبة ذى طوى ان دخلها من اسفلها ونقل الشيخ الاجماع على ان المتمتع يقطعها وجوبا عند مشاهدة مكة قوله وان كان بعمرة مفردة قيل كان مخيرا الى
قوله والكل جائز القول بالتخيير للصدوق ره تنزيلا للاخبار المختلفة عليه لظنه تنافيها والتفصيل قول الشيخ تنزيلا لاختلاف الاخبار على اختلاف
حال المعتمر فان كان قد خرج من مكة للاحرام بالعمرة المفردة من خارج الحرم فلا سبيل الى العمل بمدلول الاخبار المتضمنة لقطعها اذا دخل الحرم فانه
قد لا يكون بين موضع الاحرام واول الحرم مسافة توجب التفصيل فيقطعها اذا شاهد الكعبة وان كان قد جاء محرما بها من احد المواقيت فاذا دخل
الحرم وهذا هو الاصح قوله ويرفع صوته بالتلبية اذا حج اه هذا تفصيل ما اجمله في استحباب رفع الصوت بالتلبية سابقا وبيانه ان الحاج على طريق المدينة
ان كان راكبا فلا يرفع صوته بها حتى تصل راحلته البيداء وهى الارض التى تخسف بجيش السفياني فيها على ميل من مسجد الشجرة عن يسار الطريق اقتداء بالنبى
ثم ان اوجبنا مقارنة التلبية للنية اسر بها عندها واخر الجهر بها الى ذلك المحل والاجاز تاخيرها اليه وظاهر الاخبار ان اول التلبية للراكب
يكون في البيداء والاول اولى فيكون هذه التلبية هى التى يعقد بها الاحرام في المسجد وان كان راجلا رفع بها صوته حيث يحرم فليس له تلبية تفع سرا
وكذا من حج على غير طريق المدينة يرفع صوته موضع احرامه راكبا كان ام راجلا وفى الاخبار يؤخرها حتى يمشى خطوات واختاره في الدروس وهو حسن قوله ويستحب
التلفظ بما يعزم عليه التلفظ به في التلبية بان يقول من جملة التلبيات المستحبة لبيك بالعمرة المتمتع بها الى الحج لبيك ولو كان غيرها ذكره بلفظه ايضا
استحبابا والواجب القصد اليه في النية قوله والاشتراط ان يحله حيث حبسه وان لم يكن حجة فعمرة اى يستحب الاشتراط كذلك ومحلّه قبل النية متصلا بها ولو ذكره
في خلال النية حيث لا يخل بواجباتها صح ايضا كالاعتكاف المندوب ولفظه المروى اللهم انى اريد التمتع بالعمرة الى الحج على كتابك وسنة نبيك فان عرض لى
شئ يحبسنى فحلنى حيث حبسنى لقدرك الذى قدرت علىّ اللهم ان لم تكن حجة فعمرة احرم لك شعرى وبشرى ولحمى ودمى وعظامى ومخى وعصبى من النساء و
الثياب والطيب ابتغى بذلك وجهك والدار الآخرة ثم قم فامش هنيهة ثم لبّ وفى هذا دلالة على ما تقدم من عدم وجوب مقارنة النية للتلبية لكن الاولى
المقارنة واعادتها جهرا بعد ذلك على ما تقدم تفصيله قوله واذا احرم بالحج من مكة رفع صوته اه ظاهرهم هنا عدم الفرق بين الراكب والماشى كما لم يفرق
بينهما في احرام العمرة من غير مسجد الشجرة وحسنة معوية بن عمار وغيره دالة باطلاقها على ذلك وربما قيل ان ذلك مخصوص بالراكب والكلام فى التلبية
التى يعقد بها الاحرام كما مر فيلبى سرا بعد النية ويؤخر الجهر الى الابطح قوله مصيد البر اصطيادا او اكلا اه جعله محل التحريم المصيد بصيغة اسم المفعول ارجح
من تعبير غيره عنه بالصيد الذى هو المصدر فان تحريم المصيد اعنى الحيوان المخصوص محتمل حيث هو معلق على العين لان يريد به الاكل او غيره من الافعال فيفسرها
بعد ذلك بما ذكر حسن بخلاف جعل المحرم هو المصدر الذى هو الصيد فانه لا يقتضى ادخال غيره من الدلالة والاشارة والاكل وغيرها معه بل ينافيه والعذر
عنه انه يريد بالمصدر اسم المفعول اعنى المصيد كما في قولهم درهم ضرب الامير وثوب نسج اليمن اعنى مضروبه ومنسوجه لا الاسم الذى يشتق منه تلك الاشياء
قوله واشارة ودلالة الدلالة اعم من الاشارة مطلقا لتحققها بالاشارة والكتابة والقول وغيرها واختصاص الاشارة باجزاء البدن كاليد والعين
والراس وذكر العام بعد الخاص غير حسن ولا فرق في تحريم الدلالة على المحرم بين كون المدلول محرما او محلا لكن هنا كان المحرم ضمنه معا ولو انعكس الفرض
بان كان الدال محلا فلا شئ وان كان محرمها الزمه خاصة نعم لو قصد المحل ذلك اثم لانها معاونة على الاثم والعدوان ولا فرق في الدلالة بين الخفية و
الواضحة وانما يؤثر مع جهالة المدلول بالصيد فلو كان عالما به ولم يفده زيادة فلا حكم لها قوله والجراد في معنى الصيد لا خلاف في ذلك عندنا وانما
نبه على خلاف الشافعى حيث ذهب الى انه من صيد البحر لانه يتولد من روث السمك قوله ولا يحرم صيد البحر وهو ما يبيض ويفرخ في الماء المراد كون الماء محلا

١٠١ للفرخ والبيض فما يبيض ويفرخ في البر صيد البر وان لازم الماء كالبط فحل البيض هو المعتبر لمن تردد بينهما ولو اختلف جنس الحيوان كالسلحفاة فان منها برية وبحرية فلكل جنس حكم نفسه والمتولد بين الصيد وغيره يتبع الاسم فان انتفى عنه الاسمان وكان ممتنعا فهو صيد ان لم يختص التحريم في المحرم بالسنة الانواع المنهى
والا اعتبر في ذلك كونه ملحقا باحدها قوله والفاسق ولو تحملها محلا اى اقامته للشهادة على النكاح وان كان في عقد بين محلين وسواء تحملها محلا ام محرما خلافا
للشيخ ره حيث قيد التحريم بما اذا تحملها وهو محرم وانما يحرم عليه اقامتها اذا لم يترتب على تركها محرم فلو خاف به وقوع الزنا وجب عليه تنبيه الحاكم على
عدم شهادة ليوقف الحكم الى احلاله فان لم يندفع الا بالشهادة جازت قوله ونظر الشهوة لا فرق في ذلك بين الزوجة والاجنبية بالنسبة الى النظرة
الاولى ان جوزناها والنظر الى المخطوبة والا فالحكم مخصوص بالزوجة قوله اذا اختلف الزوجان في العقد فادعى احدهما وقوعه في الاحرام وانكر الاخر فا
لقول قول من يدعى الاحلال ترجيحا لجانب الصحة اى القول قول من يدعى وقوعه حالة الاحلال لان الاصل في العقد الواقع كونه صحيحا فمدعى الفساد يحتاج
الى البينة ولانهما مختلفان في وصف زائد على اركان العقد المتفق على حصولها يقتضى الفساد وهو وقوع العقد في حالة الاحرام فالقول قول منكره بحلفه
ويحكم بالصحة قوله لكن ان كان المنكر المراة كان لها نصف المهر لما كان الحكم بتقديم قول مدعى الصحة يقتضى بقاء حكم النكاح الذى من جملته جواز الاستمتاع
واستحقاق جميع المهر وكان الحكم بهما غير تام على الاطلاق استدرك الحكم السابق بقوله لكن اه وتحقيقه ان مدعى وقوع العقد في الاحرام لو كان هو الزوج
وانكرت المراة لزمه حكم البطلان فيما يختص به فيحكم بتحريمها عليه لعموم قوله اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولان الزوج يملك الفرقة فاذا اعترف بما
يتضمنها قبل ولا يقبل قوله في حقها فلها المطالبة بحق الاستمتاع والنفقة فما يمكن فعله منه كاداء النفقة يكلف به وما لا يمكن كالوطى فانه ينزع محرم
يتعارض فيه الحقان فلا يكلف به بل ينبغى التخلص من ذلك بايقاع صيغة الطلاق ولو معلقة على شرط مثل ان كانت زوجتى فهى طالق وظاهر الشيخ
انفساخ العقد من غير احتياج الى فاسخ من طلاق وغيره ويسقط عليه نصف المهر ان كان قبل المسيس لانه وان وجب جميعه بالعقد الذى قد حكم بصحته الا
ان الفرقة الحاصلة باقرار الزوج الذى تضمنه دعواه حيث كانت قبل الدخول اوجبت تنصيف المهر كالطلاق وهذا قول الشيخ ايضا وبناؤه على الحكم با
لانفساخ قبل الدخول والاقوى ما حسنه المص من لزوم جميع المهر لثبوته بالعقد وكون تنصيفه بالطلاق على خلاف الاصل فيقتصر على موضع الوفاق والنص
فلا يلحق به ما اشبهه من الفراق لبطلان القياس والمراد بالجميع المسمى ولو كان بعد الدخول وجب المسمى باجمعه قولا واحدا وما يختص بها من الاحكام المترتبة
على دعواها يلزمها قبل الطلاق فلا يحل لها التزويج بغيره ولا الافعال المتوقفة على اذنه بدونه ويجوز له التزويج باختها وخامسة ويجوز للنسب لو لم تدم الحلفا
عدا تعتب الظن واما فيما بينهما وبين الله تعالى فيلزمهما حكم ما هو الواقع في نفس الامر ولو انعكست الدعوى بان كان هو مدعى الوقوع في الاحلال وهى تدعى وقوعه
في الاحرام وحلف استقر النكاح له ظاهرا وعليه النفقة والمبيت عندها ويحرم عليه التزويج بالخامسة والاخت وليس لها المطالبة بحقوق الزوجية من
النفقة والمبيت وعليها عنها القيام بحقوق الزوجية ظاهرا ويجب عليها فيما بينها وبين الله تعالى ان تعمل بما تعلم انه الحق بحسب الامكان ولو بالهرب واستدعاء
الفرقة واما المهر فان كان ذلك قبل الدخول فليس لها المطالبة به لاعترافها بعدم استحقاقه وبعده تطالب باقل الامرين من المسمى ومهر المثل مع جهلها
ان لم تكن قبضته ومع علمها بالحال لا شئ لها ظاهرا ويجب عليه التوصل الى برائة ذمته منه بحسب الامكان وانما جمعنا بين هذه الاحكام المتنافية مع ان اجتماعها
في الواقع ممتنع جمعا بين الحقين المبنيين على المضايقة المحضة وعملا في كل بسبب مقتضاه حيث يمكن قوله ويجوز مراجعة المطلقة الرجعية لان الرجعة ليست ابتداء
النكاح وانما هى دفع للسبب الطارئ واستدامة للنكاح السابق فانها في حكم الزوجة ولا فرق في ذلك بين المطلقة تبرعا والمختلعة اذا رجعت في البذل قوله
وشراء الاماء سواء قصد بشرائهن الخدمة ام التسرى فقصر المنع على مورده وهو عقد النكاح وانما المحرم في غيره نفس النكاح فلو قصده عند الشراء في حالة
الاحرام حرم وهل يبطل الشراء فيه وجه منشاؤه النهى عنه والاقوى العدم لانه عقد لا عبادة قوله والطيب على العموم الطيب جسم ذو ريح طيبة يتخذ للشم
غالبا غير الرياحين كالمسك والعنبر والزعفران والورد والكافور وخرج بقيد الاتخاذ للشم ما يطلب منه الاكل والتداوى غالبا كالقرنفل والسنبل و
الدارصينى والجوزة والمصطكى وساير الابازير الطيبة فلا يحرم شمه وكذا ما لا ينبت للطيب كالشيح والقيصوم والخزامى والاذخر والفوتنج والحناء والعصفر
وان اطلق عليه اسم الرياحين واما ما يقصد شمه ويتخذ منه الطيب كالياسمين والورد والنيلوفر فان كان رطبا فهو ريحان سيأتى حكمه وان كان يابسا ففى
تحريمه ان لم نقل بتحريم الريحان وجهان واختار العلامة في كره تحريمه ووجوب الفدية به آه اذا تقرر ذلك فالمراد بقوله على العموم اى على الاطلاق مجازا فان
الطيب مطلق لا عام ويمكن ان يكون العموم باعتبار النص الوارد فيه ففى صحيحة حريز عن الصادق لا يمس المحرم شيئا من الطيب ونحوه في رواية معوية بن عمار فان النكرة
في سياق النفى تفيد العموم والاقوى تحريمه مط لما ذكرناه من النص قوله ما عدا خلوق الكعبة الخلوق بفتح الخاء اخلاط خاصة من الطيب منها الزعفران وعلى
هذا لو كان طيب الكعبة غيرها حرم كما لو جمرت الكعبة لكن لا يحرم عليه الجلوس فيها وعندها وانما يحرم الشم ولا كذلك الجلوس في سوق العطارين وعند المتطيب
فانه يحرم قوله ولو في الطعام مع بقاء كيفيته من لون وطعم ورائحة فلو انتفت الثلثة واستهلكت فلا بأس ولو انتفى بعضها فان بقيت الرائحة فهو كما
لو بقى الجميع ولو انتفت وبقى احد الامرين ففى تحريمه وجهان اجودهما المنع قوله ولو اضطر الى اكل ما فيه طيب او لمس الطيب قبض على انفه وجوبا فلو لم يقبض كان
كمن تطيب فيجب الكفارة قوله وقيل انما يحرم المسك اه القول للشيخ في ف وبه وكذا القول الذى بعده فانه مختاره في يب والاصح الاول والورس بفتح الواو
نبت احمر يوجد على قشور شجر يكون باليمن قوله ولبس المخيط للرجال المعتبر في المنع مسمى الخياطة وان قلت ولا يشترط احاطته بالبدن ويلحق بالمخيط ما اشبهه
كالدرع المنسوج وجبة اللبد والملصق بعضه ببعض لقول الص لا تلبس وانت تريد الاحرام ثوبا تزره ولا تدرعه ويلحق بالخياطة ما اشبهها من العقد كالزر
والخلال للرداء ويجوز عقد الازار والهميان قوله وفي النساء خلاف والاظهر الجواز اضطرارا واختيارا الاظهر اظهر مما ادعى عليه العلامة في كره الاجماع
قوله اما الغلالة للحائض فجائزة اجماعا الغلالة بكسر الغين ثوب رقيق يلبس تحت الثياب يجوز لبسه للحائض وان منعناها من لبس المخيط قوله ويجوز

لبس السراويل اذا لم يجد ازارا ولا فدية عليه نص عليه جماعة ونسبه في كرة الى علمائنا قوله وكذا لبس طيلسان له زرار لكن لا يزره على نفسه الطيلسان ثوب منسوج محيط بالبدن مستثنى من جواز لبس المخيط ولا يجوز زره للنص عليه ومنه يستفاد بالايماء عدم جواز عقد ثوب الاحرام الذي يكون على المنكبين ولو زره او عقد الثوب فالظاهر انه كلبس المخيط فيجب الفدية قوله والاكتحال بالسواد على قول القول بتحريمه قوي لصحيحة حريز معللا بانه زينة والقول الآخر للخلاف انه مكروه عملا بالاصل وظاهر النهي في الاخبار بعضه وعلى القولين لا فدية فيه قوله وبما فيه طيب عد لقوله عليا فيه الخلاف عبرنا قيل فيه الخلاف مشعر بعدم الخلاف فيه مع انه فيه متحقق فان ابن الجنيد وابن البراج كرهاه والاصح التحريم على الرجل والمراة وهذا هو الاصح لصحيحة حماد وذهب جماعة الى الجواز تمسكا بالاصل وعلى كل حال فلا فدية فيه والمراة بكسر الميم وبعد الهمزة الف قوله ولبس الخفين وما يستر ظهر القدم المحرم من ذلك ما يسمى لبسا عليهما فلا يحرم سترها بغيره وهل الستر المحرم هو المستوعب للظهر ام مسمى الساتر يحتمل الاول لورود الحكم في النصوص مثلا بالخفين ونحوهما مما يقع الستر به بجميع الظهر ولانه لو حرم ستر جزء كان لما امكن لبس شيء في الرجل لان النعلين يفتقران الى سيور تستر بعض الظهر والاكتفاء بشق الخفين عند تعذر النعلين وانما يلزم منه بروز شيء من ظهر القدم ويشكل بان ذلك لا يكفي اختيارا بل هو مشروط بتعذر النعلين فلا دلالة فيه ووجه الثاني ان كل جزء من الظهر ليس اولى من غيره بتحريم الستر فلو لم يعم التحريم لزم الترجيح من غير مرجح ولان الراس يحرم ستر جميع اجزائه بغير اشكال ولا فرق بينهما في المعنى ولا ريب ان القدر الذي يتوقف عليه لبس النعلين ونحوهما مستثنى وينبغي الاقتصار عليه نعم لا يجب تخفيف الشراك والشسع الى قدر يندفع به الحاجة لاطلاق الامر بلبسهما وحكى في كرة عن بعض العامة ايجاب ذلك قوله فان اضطر جاز وقيل يشقهما وهو متروك هذا القول هو الاجود لورود الامر به ولتحريم ستر الظهر فالشق مؤد الى كشف بعضه فيجب مع الامكان ولا يكفي الشق مع وجود النعلين لان جوازه مشروط بعدمهما في النصوص ولا فائدة في لبس الخف عند الضرورة عند علمائنا نص عليه في كرة قوله والفسوق وهو الكذب وكذا السباب لصحيحة معوية وعن النبي صلى الله عليه وآله سباب المسلم فسوق وفي صحيحة علي بن جعفر ع هو الكذب والمفاخرة وجميع ذلك محرم يجب الاحتراز عنه في الاحرام وغيره لكنه فيه آكد ولا كفارة في الفسوق سوى الاستغفار وقال المفيد الكذب يفسد الاحرام قوله والجدال وهو قول لا والله وبلى والله هكذا فسره الصادق والكاظم واختاره المص والفاضل وقيل يتعدى الى كل ما يسمى يمينا واختاره الشيخ ره وهو اولى وانما يحرم مع عدم الحاجة اليه اما لو اضطر اليه لاثبات حق او نفي باطل فالاقوى جوازه ولا كفارة قوله وقتل هوام الجسد حتى القمل الهوام بالتشديد جمع هامة بالتشديد وهي دوابه والاصل ان لا يطلق الا على المخوف من الاحناش قاله الجوهري والقمل من هوام الجسد وكذا القراد وفي كون البرغوث منها قولان والظاهر العدم وهو مروي ايضا ولا فرق في تحريم قتل الهوام بين كونه بالمباشرة او التسبيب كوضع الزيبق قوله ويجوز نقله من مكان الى آخر من جسده اطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق بين نقله الى مكان احرز مما كان فيه او غيره وقيده بعض الاصحاب بالمساوي او الاحرز وهو الاولى نعم لا يكفي وضعه في موضع يكون معرضا لسقوطه قطعا قوله ويجوز القاء القراد والحلم الحلم بفتح الحاء واللام واحده حلمة بالفتح ايضا القراد العظيم قاله الجوهري ويجوز القاؤهما عن نفسه وبعيره لا قتلهما بخلاف القملة فانه لا يجوز القاؤها ايضا قوله ويحرم لبس الخاتم للزينة ويجوز للسنة المرجع في كونه للزينة او السنة الى القصد اللابس ولبس لذلك هيئة مخصوصة يكون بها سنة خاصة قوله ولبس المراة الحلي للزينة وما لم تعتد لبسه منه اه يحرم على المراة لبس الحلي للزينة مطلقا كالخاتم وكذا غير المعتاد لها وان لم يكن للزينة واما المعتاد لها اذا لبسته لغير الزينة فلا باس به لكن يحرم عليها اظهاره للرجال وتخصيص المص تحريم اظهاره بالزوج يشعر بعدم تحريمه لغيره من المحارم وفي الرواية من غير ان تظهره للرجال وهو عام وقول المص في غير المعتاد على الاولى يشعر بعدم جزمه بتحريمه ووجهه عدم دلالة النصوص عليه صريحا بل في بعضها تعميم الاباحة لكل حلي لا يقصد به الزينة وانما كان اولى لانه المشهور بين الاصحاب وكيف كان فلا شيء في لبس الحلي والخاتم المحرمين سوى الاستغفار قوله واستعمال دهن فيه طيب يحرم بعد الاحرام وقبله اذا كان ريحه يبقى الى الاحرام المراد ببعدية الاحرام هنا ما بعد نيته قبل الاحلال منه وهو معنى مجازي قد سبق نظيره في نية الاحرام ووجه تحريمه قبله انه وسيلة الى المحرم وهو المستدام منه بعد النية والوسيلة الى المحرم محرمة وانما يتحقق التحريم مع وجوب الاحرام على الفور اما لو لم يكن واجبا او كان غير فوري ففي تحريم الطيب قبله نظر من قيام العزم على مقام وجوبه الفوري لان الاحرام يحرم هذه الاشياء وان كان مندوبا ومن ان فعله لما لم يكن متعينا لم يكن منافيا للطيب المتقدم قوله وكذا ما ليس بطيب اختيارا اه وكذا يحرم الادهان بدهن غير مطيب لا استعماله فان اكله جائز اجماعا وتحريم الادهان بعد الاحرام ثابت بالمطيب وغيره اما قبله اذا لم يكن مطيبا فلا لاطلاق النص في الفرق بين ما يبقى اثره بعد الاحرام وما يبقى طيبه نظرا فان استدامة الدهن الباقي اثره حاصلة كما ان استدامة الطيب فيه كذلك والابتداء منفي فيهما لكن النص هنا مطلق وقد ادعى العلامة عليه الاجماع في كرة فلا بد من القول بجوازه وان بقي اثره بخلاف الطيب فقد ورد النهي عن المتقدم منه اذا كان يبقى اليه فقوى رواية الحلبي لا تدهن حين تريد ان تحرم بدهن فيه مسك ولا عنبر من اجل بقاء الرائحة واختار ابن حمزة هنا الكراهة في المتقدم ومن ظاهره ان يكون الحكم في المطيب كغيره والاعتماد على الفرق وينبغي ان يقرء بطيب بالتنوين قوله وكذا ما ليس بطيب بتشديد الياء عطفا على قوله دهن فيه طيب فانه مع التخفيف يقتضي اختصاص التحريم بدهن فيه ما ليس بطيب مع ان مصاحبة شيء للدهن غير شرط في التحريم قوله ويجوز مع الضرورة اه لا اشكال في جوازه مع الضرورة كمداواة الجرح بل انما الكلام في وجوب الكفارة ح فانها قد تجامع الضرورة كما تجامع الاختيار والحق ان الدهن ان كان مطيبا وجبت والا فلا لاصالة البراءة قوله وازالة الشعر قليله وكثيره مع الضرورة لا اثم التعبير بالازالة يشمل الحلق والنتف وازالته بالنورة والانسلال بالتمشط وغيرها واحترز بالضرورة عما لو نبت في عينيه شعر فانه يجوز ازالته ولا شيء عليه ولو كان التاذي به لكثرته في الحر او كثرة القمل فيه جاز ايضا لكن يجب الفداء هنا لانه ليس نفس المؤذي ولو قطع اليد او كشط جلدة عليها شعر فلا شيء في الشعر لان الشعر غير مقصود بالابانة قوله وتغطية الراس لا فرق في تغطية الراس بين ان يكون بثوب او قلنسوة او غيرها مما لا يعتاد التغطية به كالزنبيل وفي حكمه خضب الراس بالحناء وستره بالطين وحمل متاع يستره او بعضه ويستثنى من ذلك

ملفقة عليه في كرة الاجماع قوله وقد يشعر فدية الطيب على الاشبه وكذا النظر في المراة على الاشهر المشار اليه هو التجنب

ويجوز لبس السراويل للرجل اذا لم يجد ازارا وكذا لبس طيلسان له ازرار لكن لا يزره على نفسه والاكتحال بالسواد على قول وبما فيه طيب ويستوي في ذلك الرجل والمراة وكذا النظر في المراة على الاشهر ولبس الخفين وما يستر ظهر القدم فان اضطر جاز وقيل يشقهما وهو متروك والفسوق وهو الكذب والجدال وهو قول لا والله وبلى والله وقتل هوام الجسد حتى القمل ويجوز نقله من مكان الى آخر من جسده ويجوز القاء القراد والحلم ويحرم لبس الخاتم للزينة ويجوز للسنة ولبس المراة الحلي للزينة وما لم يعتد لبسه منه على الاولى ولا باس بما كان معتادا لها لكن يحرم عليها اظهاره لزوجها واستعمال دهن فيه طيب محرم بعد الاحرام وقبله اذا كان ريحه يبقى الى الاحرام وكذا ما ليس بطيب اختيارا بعد الاحرام ويجوز اكله وازالة الشعر قليله وكثيره ومع الضرورة لا اثم وتغطية الراس متن

وضع عصام القربة عليه لحملها فقد ورد به الاذن وكذا العصابة للصداع ولا فرق بين ستر جميع الراس وبعضه ويجوز له التوسد بوسادة وان كانت نحو العمامة لعدم صدق التغطية بذلك ولانه موضع ضرورة في الجملة ولا يتقيد بها بل يجوز اختيارا والمفهوم من الغطاء ما كان ملاصقا فلو رفعه عن الراس بالة بحيث يستره عن الشمس ولم يصبه فالظاهر جوازه ولو ستر بعض راسه بيده ففي التحريم اشكال من صدق اسم التغطية ومن ان الستر بمتصل لا يثبت له الحكم ومن ثم لا يكفي وضع يديه على عورته في الصلوة وان حصل بهما الستر وقطع العلامة بجوازه في مواضع من كرة وتوقف في آخر منها نعم يجوز له حك راسه بيده وذلكه وهو مروي والظاهر ان الراس هنا اسم لمنابت الشعر حقيقة او حكما فالاذنان ليستا منه خلافا للتحرير قوله وفي معناه الارتماس المراد به الدخول تحت الماء بحيث يستر راسه وفي معناه ستره خاصة بالماء دفعة وان بقي البدن خارجا ويجوز له غسل راسه بغير الارتماس وافاضة الماء عليه اجماعا وروى حريز في الصحيح اذا اغتسل المحرم من الجنابة صب على راسه الماء يميز الشعر باناملة بعضه من بعض قوله ولو غطى راسه القى الغطاء واجبا اه اما وجوب القاء الغطاء على الفور عند الذكر فلان استدامة التغطية كالابتداء بل اقوى واما استحباب التلبية فلصحيحة حريز عن الصادق ع في المحرم يغطي راسه ناسيا او نائما قال يلبي اذا ذكره ولان التغطية تنافي الاحرام فاستحب تجديد ما يعقد به وهو التلبية ولا يفتقر تجديدها الى تجديد نية الاحرام لاطلاق النص قوله ويجوز ذلك للمراة لكن عليها ان تسفر عن وجهها اه لا فرق في وجهها بين جميعه وبعضه كراس الرجل وفي جواز وضع اليدين عليه ما مر في الراس وفي جواز نومها على وجهها نظر من عدم تسميته سترا عرفا كالراس ومن استثناء الراس لضرورة النوم الطبيعي بخلاف الوجه وقد اجتمع في المراة فعلان واجبان متنافيان في الحد احدهما الوجه فانه يجب كشفه والراس فانه يجب ستره ولا مفصل محسوس بينهما ومقدمة الواجب متعارضة فيهما والظاهر ان حق الراس مقدم لان الستر احوط من الكشف لان حق الصلوة اسبق اذا تقرر هذا فيجوز لها ان تسدل ثوبا على وجهها فوق راسها الى طرف انفها وهو موضع وفاق ورواه حريز في الصحيح عن الصادق ع ولا فرق بين ان يفعل ذلك لحاجة من حر او برد او ستر عن غير محرم وغيرها وهل يجب عليها مجافاته عن وجهها بخشبة وشبهها قيل نعم لتحريم الستر واندفاع الضرورة بذلك فيصير ح كتظليل المحرم نازلا والنص مطلق واطلاق الاذن فيه الذي لا يكاد يسلم من اصابة البشرة مع وجوب التاني وقت الحاجة يؤذن بعدم وجوبه نعم على تقدير وجوب مجافاته عن البشرة لا وجه لاختصاصه بالوصول الى الانف لعدم تحقق الستر بذلك والخنثى المشكل يتخير احدى الوظيفتين فيغطي الراس او الوجه ولو جمع بينهما كفر قوله وتظليل المحرم عليه سائرا يتحقق التظليل بكون ما يوجب الظل فوق راسه كالمحمل فلا يقدح فيه المشي في ظل المحمل ونحوه عند ميل الشمس الى احد جانبيه وان كان قد يطلق عليه التظليل لغة وانما يحرم حال الركوب فلو مشى تحت الظل كما مر تحت المحمل والمحمل جاز والمراد بالمحرم الذكر فلا يحرم على المراة ويدخل في العبارة الصبي ولا بد من اخراجه فانه هنا كالمراة رواه حريز عن الصادق ع قال لا باس بالقبة على النساء والصبيان وهم محرمون ولا يقال انه خارج من حيث ان الكلام على المحرمات وهي لا تتحقق في حقه لعدم التكليف لان ذلك يوجب خروجه من جميع ما تقدم وليس كذلك فان هذه التروك معتبرة في حقه ايضا تمرينا وانما خرج هنا بالنص الخاص وانما يحرم الظلال مع الاختيار فلو اضطر اليه لمرض ونحوه جاز ووجب الفداء ويتحقق الضرورة بحصول مشقة في تركه لا يتحمل عادة قوله ولو زامل عليلا او امراة اه زامله اي عادله على البعير وكان اللازم الحاق علامة التانيث للعامل لان المؤنث حقيقي غير منفصل عنه وكانه استسهل الخطب بمشاركة العليل له فيه واختصاص العليل والمراة بالظل دون الصحيح هو المشهور وفي بعض الاخبار يجوز تشريك العليل ولو زامل صبيا فكالمراة قوله واخراج الدم الا عند الضرورة وقيل يكره وكذا قيل في حك الجسد المفضي الى ادمائه وكذا في السواك والكراهة اظهر الاصح تحريم اخراج الدم مطلقا وان كان بحك الجسد والسواك وهل يجب به كفارة نقل في س عن بعض الاصحاب وجوب شاة ومستنده غير واضح واصالة البراءة يقتضي عدم الوجوب ولا اشكال في جوازه عند الضرورة كبط الجرح وشق الدمل والحجامة عند الحاجة اليها ولا فدية اجماعا نقله في كرة قوله وقص الاظفار قص الاظفار قطعها بالمقص بكسر الميم وفتح القاف وهو المقراض والحكم هنا ليس مقصورا على قطعها به بل يطلق الازالة حتى لو كسر ولا فرق في ذلك بين الجزء والكل كالشعر فلو ازال بعض الظفر يتعلق به ما يتعلق بجميعه ولو اذاه ظفره فهل يجوز ازالته قال بعض الاصحاب لا فان فعل اطعم مسكينا وفي كرة ادعى الاجماع على جواز ازالته وتوقف في الفدية من اصالة البراءة ومشابهته للصيد الصائل ومن الرواية الصحيحة عن الصادق ع حين ساله معوية بن عمار عن المحرم يطول اظفاره الى ان ينكسر بعضها فيؤذيه قال فليقصها وليطعم مكان كل ظفر مدا من طعام والعمل بالرواية متعين وهي رافعة لاصالة البراءة والقياس على الصيد هذا كله اذا ازال المنكسر خاصة فلو اضاف اليه شيئا من الباقي تبعا او استقلالا لاثم قوله وقطع الشجر والحشيش الا ان ينبت في ملكه ويجوز قطع الفواكه اه انما يحرم قطع الاخضر منها دون اليابس وان كان متصلا بالاخضر والاذخر بكسر الهمزة والخاء المعجمة نبت معروف والمحالة بفتح الميم نص عليه الجوهري وقيل بكسرها البكرة العظيمة وعوداها اللذان يجعل عليهما ويستقى بها والرواية المذكورة رواها الشيخ باسناده الى زرارة عن الباقر ع انه قال رخص رسول الله صلى الله عليه وآله في قطع عودي المحالة وهي البكرة التي يستقى بها من شجر الحرم ويجوز للمحرم ان يترك ابله ليرعى الحشيش وان حرم عليه قطعه قوله وتغسيل المحرم لو مات بالكافور اي لا يجوز ذلك لان الكافور طيب وكذا لا يجوز تحنيطه به بل يغسل مرة بالسدر ومرتين بالقراح احديهما في موضع ماء الكافور وهل يجب تيمم بدله كما لو فقد الكافور والاقوى العدم لان هذا غسل اختياري تام بالنسبة الى المحرم قوله ولبس السلاح لغير الضرورة اه المشهور تحريم لبسه والقول بالكراهة نادر ولكن دليل التحريم غير واضح قوله وفي الثياب الوسخة اذا كان الوسخ ابتداء اما لو عرض في اثناء الاحرام فيها لم يغسل ما دامت طاهرة قوله ولبس الثياب المعلمة الثوب المعلم المشتمل على علم وهو لون يخالف لونه ليعرف به يقال اعلم القصار الثوب فهو معلم بالبناء للفاعل والثوب معلم بسكون العين وفتح اللام ولا فرق في ذلك بين كونه معمولا بعد عمله وقبله كالثوب المحوك من لونين قوله واستعمال الحناء للزينة كراهة الحناء للزينة هو المشهور بين الاصحاب وصحيحة عبد الله بن سنان تدل عليه وذهب جماعة الى التحريم لانه زينة وحملوا الرواية على غير الزينة وهو اولى ولو اتخذه للسنة فلا تحريم ولا كراهة والفارق القصد ولا فرق في ذلك كله بين الرجل والمراة ولا بين الواقع بعد نية الاحرام وبين السابق عليه اذا كان يبقى بعده وهو الذي عبر عنه المص بالمقارنة والمراد انه يبقى معه اثاره وانث ضمير مقارنته باعتبار اعادته الى الزينة الخ

وفي معناه الارتماس ولو غطى راسه القى الغطاء واجبا وجدد التلبية استحبابا ويجوز ذلك للمراة لكن عليها ان تسفر عن وجهها ولو اسدلت قناعها على راسها الى طرف انفها جاز وتظليل المحرم عليه سائرا ولو اضطر لم يحرم وعليه شاة ولو زامل عليلا او امراة اختص العليل والمراة بجواز التظليل واخراج الدم الا عند الضرورة وقيل يكره وكذا قيل في حك الجلد المفضي الى ادمائه وكذا في السواك والكراهة اظهر وقص الاظفار وقطع الشجر والحشيش الا ان ينبت في ملكه ويجوز قطع شجر الفواكه والاذخر والنخل وعودي المحالة على رواية وتغسيل المحرم لو مات بالكافور ولبس السلاح لغير الضرورة وقيل يكره وهو الاشبه والمكروهات عشرة الاحرام في الثياب المصبوغة بالسواد والعصفر وشبهه ويتاكد في السواد والنوم عليها وفي الثياب الوسخة وان كانت طاهرة ولبس الثياب المعلمة واستعمال الحناء للزينة وكذا للمراة ولو كان قبل الاحرام اذا قارنته متن

١١٢ مع علة الحناء ولو ذكره كان اولى قوله والنقاب للمراة على تردد منشاؤه اصالة الجواز ومنافاته لكشف الوجه والاقوى التحريم قوله وذلك الحد فيه وكذا في غيره ولو في الطهارة قوله وتلبية من يجاد به بان يقول له لبيك لانه في مقام التلبية لله فلا يشرك غيره فيها قال الصادق ليس للمحرم ان يلبي من دعاه حتى يقضي احرامه قلت وكيف يقول قال يقول يا سعد قوله واستعمال الرياحين القول بتحريمها هو قوى عند الشيخ والحراني والاذخر والقيصوم جمعا بين صحيحتي حريز ومعوية بن عمار والمص وجماعة جمعوا بينهما بحمل النهي في الاولى على الكراهة وهذا الاخير الاصح الثاني وهو منفى قوله كل من دخل مكة وجب ان يكون محرما استثنى من ذلك العبد فان احرامه موقوف على اذن سيده ثم على تقدير وجوب الاحرام لو تركه اثم ولا يجب قضاؤه قوله الا ان يكون دخوله بعد احرامه المراد بالشهر الهلالي كما هو المتعارف عند اطلاقه ولو وقع الاحرام في اثناء الشهر اعتبر بالعدد وهل المعتبر كون الشهر من حين الاهلال ام من حين الاحلال اشكال منشاؤه اطلاق النصوص واحتمالها الامرين معا واعتبار الثاني اقوى قوله وقيل من دخلها اه هذا القول هو المشهور واكثر الاصحاب لم يذكروا هنا خلافا قوله واحرام المراة كاحرام الرجل اه استثنى من ذلك جواز لبس المخيط والحرير على احد القولين وستر الراس والقدم والتظليل ووجوب كشف الوجه وسقوط استحباب رفع الصوت بالتلبية قوله في الوقوف بعرفات الواجب في عرفات هو الكون بها كما سيأتي وانما عبر بالوقوف كغيره تبعا للقران العزيز واطلاقا لاشرف افراد الكون وافضلها هناك وهو الوقوف قوله فيستحب للمتمتع ان يخرج الى عرفات اه خص المتمتع بالذكر لان استحباب احرامه يوم التروية موضع وفاق من المسلمين واما القارن والمفرد فليس فيه تصريح من الاكثر وقد ذكر بعض الاصحاب انه كذلك وهو ظاهر اطلاق بعضهم وفي كرة نقل الحكم في المتمتع عن الجميع ثم نقل خلاف العامة في وقت احرام الباقي هل هو كذلك ام في اول ذي الحجة وفي صحيحة معوية بن عمار تصريح بان ذلك للمتمتع كما ذكره هنا ويوم التروية هو ثامن ذي الحجة وكما يستحب الخروج فيه يستحب ايقاع الاحرام فيه كذلك ولعل اطلاقه الخروج كناية عنه وذهب بعض الاصحاب الى وجوب ايقاعه فيه وكونه بعد الظهرين مخصوص بغير الامام اما هو فيستحب تقدمه ليصلي الظهرين بمنى وبه يجمع بين ما اطلق من الاخبار في الجانبين وباعتبار اطلاقها ذهب المفيد والمرتضى الى اتيان صلوة الظهرين بمنى لمطلق الحاج واخرون الى الخروج لجميع بعد الظهرين والتفصيل طريق الجمع واما المضطر كالهم والمريض والمراة وخائف الزحام فانه يجوز له الخروج من مكة قبل الظهر بيوم او يومين او ثلثة قوله ويبيت بها ليلته الى طلوع الفجر من يوم عرفة اه اي يستحب المبيت بها ليلة التاسع ناويا ذلك لانه عبادة وربما توهم من قول العلامة في كرة انه للاستراحة وفي عدانه للترفه عدم كونه على حد المستحبات الدينية وهو فاسد اذ لا منافاة بين الامرين وكون المبيت على وجه الاستحباب هو المشهور وقد ذهب بعض الاصحاب الى وجوب الكون بمنى الى طلوع الشمس واخرون الى طلوع الفجر خاصة قوله لكن لا يجوز وادي محسر الا بعد طلوع الشمس استحبابا فيكره قبله وقيل يحرم ومحسر بكسر السين المهملة موضع من منى ذكره الجوهري قوله ويكره الخروج قبل الفجر اي يكره الخروج من منى قبل الفجر وقيل يحرم قوله وان يغتسل للوقوف وقت الغسل بعد زوال الشمس فعلى هذا تكون نية الوقوف قبله قوله فالواجب النية ويجب كونها بعد الزوال في اول اوقات تحققه ليقع الوقوف الواجب وهو ما بين الزوال والغروب باسره بعد النية ولو تاخرت عن ذلك اثم واجزأ ويعتبر فيها قصد الفعل وتعيين نوع الحج والوجه والقربة والاستدامة الحكمية هذا هو المشهور وفي اعتبار نية الوجه هنا بحث قوله فلو وقف بنمرة او عرنة او ثوية اه هذه الاماكن الخمسة حدود عرفة وهي راجعة الى اربعة كما هو المعروف من الحد لان نمرة بطن عرنة كما ورد في الحديث عن معوية بن عمار عن الصادق ولا يقدح في ذلك كون كل واحدة منها حدا فان احدهما الصق من الاخرى وغيرهما وان شاركهما باعتبار افناءه في امكان جعله كذلك لكن ليس لاجزائه اسماء خاصة بخلاف عرنة ونمرة بفتح النون وكسر الميم وفتح الراء وعرنة بضم العين المهملة وفتح الراء والنون وثوية بفتح الثاء المثلثة وكسر الواو وتشديد الياء المثناة من تحت المفتوحة والاراك بفتح الهمزة قوله ولو افاض قبل الغروب جاهلا او ناسيا فلا شيء عليه اذا لم يعلم بالحكم قبل الغروب فلو علم وجب عليه العود مع الامكان فان اخل به فهو عامد قوله وان كان عامدا جبره ببدنة لا ريب في وجوب البدنة بالافاضة عمدا قبل الغروب اذا لم يعد اما لو عاد الى عرفة فان كان بعد الغروب فلا اثر له وان كان قبله ففي وجوب البدنة او استقرار الوجوب ان كان قد حصل ذلك قبل نظر من صدق الافاضة المحرمة قبله ووجوب البدنة في رواية ضريس عن الباقر معلق عليها فيحتاج رفعه الى دليل والاقوى عدم الوجوب هنا لصدق الاقامة الى الغروب كما لو تجاوز الميقات ثم رجع فاحرم منه ولانه لو لم يقف اولا ثم اتى قبل غروب الشمس ووقف حتى تغرب لم يجب عليه شيء فكذا هنا وبه جزم المص هنا والعلامة وجماعة قوله فان لم يقدر صام ثمانية عشر يوما قوله يجوز فعلها سفرا وحضرا وهل يجب فيها المتابعة قيل نعم واختاره في س وعدم الوجوب متجه وان كان الاول اولى قوله الوقوف بعرفات ركن الركن منه هو مسمى الوقوف ومن ثم صرح المفيض قبل الغروب عمدا او من اخل به اول الوقت واما الستيعاب الوقت وهو ما بين الزوال والغروب به فهو موصوف بالوجوب لا غير فيأثم بتركه فلا يختص الركن بجزء معين منه بل الامر الكلي وهذا معنى قولهم ان الواجب فيه الكل وفي الاجزاء الكلي قوله فمن تركه عامدا فلا حج له هذا حكم من ترك الركن في الحج فمن ثم اتى بالفاء ويستثنى من ذلك الوقوفان فان الاخلال بهما معا مبطل وان لم يكن عمدا والظاهر ان الجاهل في ذلك كالعامد بل هو في الحقيقة عامد قوله ووقت الاضطرار الى طلوع الفجر من يوم النحر الواجب من هذا الوقوف الامر الكلي وهو مسمى الركن بها فيه ولا يجب الاستيعاب اجماعا وكما انه منه فوات وقت الوقوف بالمشعر اختيارا غالبا وهذه الليلة ايضا وقت اضطراري الوقوف بالمشعر لما فيه شائبة من الوقوف الاختياري لجواز الافاضة قبل الفجر للمراة والراعي ونحوهما قوله اذا عرف انه يدرك المشعر اه المراد بالمعرفة هنا الظن الغالب المستند الى قرائن الاحوال كما يدل عليه قوله ولو غلب على ظنه الفوات اقتصر على ادراك المشعر ولو تردد في ادراك المشعر احتمل تقديم الوجوب الحاضر فيرجح الى عرفة وتقديم المشعر لانه اختياري وفي تركه تعرض لفوات الاختيار بين الموجبين هنا الفوات الحج ولعله اقوى قوله وكذا لو نسي الوقوف بعرفات اه المشبه به السابق المشار اليه بذا هو تمام الحج اي وكذا يتم الحج لو نسي الوقوف بعرفات وادرك اختياري المشعر وانما فرض فوات عرفات بالنسيان لانه لو تعمد عمدا ولو بالتقصير بطل الحج وقيد ادراك المشعر بقبلية طلوع الشمس ليجعل ادراك اختياريه اما لو ادرك الاضطراري خاصة فالمشهور فيه عدم الاجزاء وسيأتي الكلام فيه قوله اذا وقف بعرفات قبل الغروب اه لا كلام

١١٣ في الصحة لو ادرك اختياري عرفة بل لو فرض عدم ادراكه المشعر اصلا لاصح ايضا فان اختياري احدهما كاف قوله اذا لم يتفق له الوقوف بعرفات نهارا اه هذا حكم من ادرك الوقوفين اضطرارا والاصح القولين فيه الصحة وقد رواه بخصوصه الحسن العطار عن الصادق قال اذا ادرك الحج في عرفات قبل طلوع الفجر فاقبل من عرفات ولم يدرك الناس بجمع ووجدهم قد افاضوا فليقف قليلا بالمشعر وليلحق الناس بمنى ولا شيء عليه ويدل عليه ايضا صحيحة عبد الله بن سنان عن الكاظم اذا ادرك مزدلفة فوقف بها قبل ان تزول الشمس فقد ادرك الحج ومثله حسنة جميل عن الصادق وهما كما ترى دالان على الاجزاء باضطراري المشعر وحده في صحة الحج وهو ضمن ابن الجنيد من المتقدمين والشهيد من المتاخرين وهو قوي ولا عبرة بادعاء صاحب التنقيح الاجماع على خلافه مع تحقق الخلاف والدليل المبين واذا اجزأنا باضطراري المشعر بعد طلوع الشمس يجزي به لا بطريق اولى لانه مشوب بالاختياري وقد اول العلامة وجماعة الخبرين بحملها على من ادرك اضطراري العرفة ايضا مضافا الى اضطراري المشعر جمعا بينهما وبين خبر محمد بن العطار مع انه لا منافاة بينهما حتى يجب التاويل واعلم انه قد استفيد من تضاعيف هذه المسائل ان اقسام الوقوفين بالنسبة الى الاختياري والاضطراري ثمانية اربعة مفردة وهي كل واحد من الاختياريين والاضطراريين واربعة مركبة وهي الاختياريان واختياري عرفة مع اضطراري المشعر وبالعكس والصور كلها مجزية الا اضطراري عرفة وحده وفي الاضطراريين واضطراري المشعر وحده ما مر من الخلاف والباقية مجزية بغير خلاف قوله الوقوف في ميسرة الجبل في السفح المراد ميسرته بالاضافة الى القادم اليه من مكة لان هذا الحكم متعلق بالمكلف في تلك الحالة وخلافه في ذلك غير ظاهر وسفح الجبل اسفله حيث ينسفح فيه الماء وهو مضجعه قاله الجوهري قوله وان يدعو لنفسه ولوالديه وللمؤمنين فانه يوم دعاء ومسئلة ومحل اجابة وانما يجمع فيه بين الصلوتين ليستفرغ للدعاء روى علي بن ابرهيم عن ابيه قال رايت عبد الله بن جندب بالموقف فلم ار موقفا كان احسن من موقفه ما زال مادا يديه الى السماء ودموعه تسيل على خديه حتى تبلغ الارض فلما انصرف الناس قلت له يا ابا محمد ما رايت موقفا قط احسن من موقفك قال والله ما دعوت الا لاخواني وذلك ان ابا الحسن موسى بن جعفر اخبرني انه من دعا لاخيه بظهر الغيب نودي من العرش ولك مائة الف ضعف مثله فكرهت ان ادع مائة الف ضعف مضمونة لواحد لا ادري ايستجاب ام لا ومثله روي عن جماعة من اصحاب الائمة قوله وان يدعو قائما اي قائما على الارض فهو افضل افراد الكون وباعتباره اطلق الوقوف وينبغي ان يكون ذلك حيث لا ينافي الخشوع لشدة التعب ونحوه والا سقطت وظيفة القيام قوله ويكره الوقوف في اعلى الجبل هذا هو المشهور وقيل يحرم كل ذلك مع عدم الضرورة كالزحام والا فلا حرج ويستحب مع الوقوف في اسفل الجبل الدنو منه ما امكن قوله وان يضرب خبائه بنمرة الخباء بكسر اوله والمد الخيمة ونحوها وقد تقدم ان نمرة من حدود عرفة خارجة عنها فيضربه بها قبل الزوال ثم ينتقل عنه الى عرفة تاسيا بالنبي وفيه لا يدخل عرفات الى الزوال وفي الرواية اشارة اليه قال الصادق لا ينبغي الوقوف تحت الاراك فاما النزول تحته حتى تزول الشمس وينهض الى الموقف فلا باس ويشكل بفوات جزء من الوقوف الواجب عند الزوال والذي ينبغي ان لا يزول الشمس الا بها قوله وان يقف على السهل لعل المراد بالسهل هنا ما يقابل الجبل فيكون هو الوقوف في السفح الا انه تكرار ويمكن ان يريد به ما يقابل الارض الحزنة وهذا المعنى وان كان لا دليل عليه ولم يذكره ايضا جماعة لكن لا استبعاد به وجه اذ يستحب الاجتماع في الموقف والتضام وجمع الرحل والراحلة كما سيأتي وغير السهل لا يؤدي ذلك الا بتكلف وضرب من المشقة قوله وان يجمع رحله اي يضم امتعته بعضها الى بعض ليامن عليها الذهاب ويتوجه بقلبه الى الدعاء قوله ويسد الخلل به وبنفسه اي برحله والمراد على ما يقتضيه ظاهر الخبر ان لا يدع بينه وبين اصحابه فرجة ولا بين متاعه ليستر الارض التي يقفون فيها قال الصادق اذا رايت خللا فتقدم وسده بنفسك وراحلتك فان الله يحب ان تسد تلك الخلال واستدل في كرة وهي عليه بقوله تعالى كانهم بنيان مرصوص فوصفهم بالاجماع فعلى هذا متعلق الجار هو قوله يسد وربما علق بالصفة للخلل اي يسد الخلل الكائن بنفسه وبرحله بان ياكل ان كان جائعا ويشرب ان كان عطشانا وهكذا يصنع ببعيره ويزيل الشواغل المانعة عن الاقبال على الله تعالى وهو حسن في نفسه الا ان ظاهر الخبر في سد الخلل يدفعه قوله ويستحب الافاضة في سيره هو افتعال من القصد وهو التوسط في السير والاعتدال فيه والمراد السير متوسطا بين السرعة والبطؤ وهو المعبر عنه بالسكينة قوله وان يقول اذا بلغ الكثيب الاحمر الكثيب فعيل بمعنى مفعول يقول كثبت الشيء جمعته ويكثب الرمل اي اجتمع فهو كثيب اي مكثوب ومجتمع في مكان واحد والجمع كثبان وهي تلال الرمل والكثيب الاحمر على يمين الطريق للمفيض من عرفة الى المشعر قوله وان يؤخر المغرب والعشاء الى المزدلفة المزدلفة بضم الميم وسكون الزاء المعجمة وفتح الدال وكسر اللام اسم فاعل من الازدلاف وهو التقدم يقول ازدلفا القوم واز دلفوا اي تقدموا روى الصدوق في العلل باسناده الى معوية بن عمار عن ابي عبد الله قال انما سميت مزدلفة لانهم ازدلفوا اليها من عرفات وعنه ان جبرئيل انتهى الى الموقف واقام به حتى غربت الشمس ثم افاض به فقال يا ابرهيم ازدلف الى المشعر فسميت مزدلفة وتسمى ايضا جمعا بفتح الجيم وسكون الميم لان ادم جمع بين الصلوتين المغرب والعشاء وكذا ذلك ايضا عنه قوله ولو صار الى ربع الليل بل ولو صار الى الثلث روى ذلك محمد بن مسلم عن احدهما وينبغي ان يصلي قبل حط الرحال تاسيا بالنبي قوله وان يصلي المغرب والعشاء باذان واحد واقامتين من غير نوافل بينهما ويؤخر نوافل المغرب والاذان الثاني هنا بدعة على لجود القولين سواء جمع بين الصلوتين ام فرق واما نوافل المغرب فالافضل تاخيرها عن العشاء كما ذكر لكن لو قدمها عليها اما مع تفريق الصلوتين ام لا جاز وان كان الاولى الافضل ثم على تقدير تاخيرها يصليها اداء مع بقاء وقتها وقضاء لا معه لكن الاغلب عدم الوصول الى المشعر الا بعد العشاء فلا يتحقق الاداء الا على المختار من ان وقت نافلة المغرب يمتد الى ذهاب الحمرة قوله فالواجب النية ويجب اشتمالها على نية الوجه والقربة وكون الوقوف لحج الاسلام او غيره ونوع الحج تمام في الوقوف بعرفة قوله وحده ما بين المازمين المازم بالهمزة الساكنة ثم كسر الزاي المعجمة كل طريق ضيق بين جبلين ومنه سمي الموضع الذي بين جمع وعرفة مازمين قال الجوهري قوله ويجوز مع الزحام الارتفاع الى الجبل ظاهره ان الصعود مع عدم الضرورة محرم وبذلك عبر جماعة والاولى الجواز اختيارا وهو اختيار الشهيد وجماعة ويمكن حمل الجواز في العبارة على عدم الكراهة اي ان الصعود مع الضرورة غير مكروه ولا معها يكره وقيل يحرم قال في س والظاهر ان ما اقبل من الجبال من المشعر دون ما ادبر قوله ولو نوى الوقوف ثم نام او جن او اغمي عليه اه الصحة اقوى فان الركن من الوقوف

مناه وهو يحصل بان يسير بعد النية واستيعاب الوقت لا دخل له في الركنية فيتم بدونه قوله وان يكون الوقوف بعد طلوع الفجر اي الوقوف الواجب فيجب كون النية عند تحقق الطلوع وظاهر العبارة ان الوقوف ليلا غير واجب وبه صرح في الدروس والاقوى وجوب النية ليلا والنية عند الوصول والمراد بالكون بالمشعر ليلا ثم ان لم نقل بوجوبه فلا اشكال في وجوب النية للكون عند الفجر وان اوجبنا المبيت فقدم النية عنده ففي وجوب تجديدها عند الفجر نظر ويظهر من بعض الوجوب وينبغي ان يكون موضع النزاع ما لو كانت النية للكون به مط اما لو نواه ليلا او نوى المبيت كما هو الشائع في كتب … انا المعدة لذلك بعد الاجزاء بها عن نية الوقوف نهارا لان الكون ليلا والمبيت مط لا يتضمنان النهار فلا بد له من نية اخرى والظاهر ان نية الكون به عند الوصول كافية عن النية نهارا لانه فعل واحد الى طلوع الشمس كالوقوف بعرفة وليس في النصوص ما يدل على خلاف ذلك قوله ولو افاض قبله عامدا آه هذا اذا كان قد نوى الوقوف ليلا والا كان كتارك الوقوف بالمشعر واطلاق المص الاجزاء بذلك مع جعله الوقوف الواجب بعد طلوع الفجر لا يخ من تكلف بل يستفاد من اجزائه كك كونه واجبا لان المستحب لا يجزي عن الواجب ويستفاد من قوله اذا كان وقف بعرفات ان الوقوف بالمشعر ليلا ليس اختياريا محضا والا لاجزأ وان لم يقف بعرفة اذا لم يكن عمدا وعلى ما اخترناه من اجزاء اضطراري المشعر وحده يجري هنا بطريق اولى لان الوقوف الليلي للمشعر فيه شائبة الاختياري فالاكتفاء به للمرأة اختيارا وللمضطر وللمتعمد مط مع جبره بشاة والاضطراري المحض ليس كك قوله ويجوز الافاضة للمرأة آه الضابط الجواز لكل مضطر اليه كالراعي والخائف والمريض والمرأة والصبي مط ومن المضطر رفيق المرأة الذي لا يمكن مفارقته وهذا كله مع النية ليلا كما مر قوله ولو افاض ناسيا لم يكن عليه شيء وهل الجاهل يلحق بالعامد ام بالناسي خلاف وكونه كالعامد متجه قوله ويستحب الوقوف بعد ان يصلي الفجر الاولى ان يراد بهذا الوقوف القيام للدعاء والذكر كما تقدم في عرفة واما الوقوف المتعارف بمعنى الكون فهو واجب من اول الفجر ولا يجوز تاخير نيته الى ان يصلي قوله وان يطأ الصرورة المشعر برجله آه قد تقدم ان المراد بالصرورة من لم يحج والمراد بوطئه برجله ان يعلو عليه بنفسه فان لم يمكن فببعيره والظاهر ان الوطي بالرجل يتحقق مع النعل والحفا اذ الاكتفاء بوطي البعير ينبه عليه قزح بضم القاف وفتح الزاء المعجمة والحاء المهملة قال الشيخ ره هو المشعر الحرام وهو جبل هناك يستحب الصعود عليه وذكر الله عنده وفي حديث ان النبي ص وقف عليه وقال هذا قزح وهو الموقف وجمع كلها موقف فعلى هذا يكون جمع اعم من المشعر وظاهر العبارة يدل عليه في … الظاهر انه عني بالمشعر المسجد الموجود الان قوله ولو ترك ذلك ناسيا مقتضى ذلك القطع بادراك الحج باختياري عرفة وحده كما يجتزي باختياري المشعر وحده من غير العامد وهذا هو المعروف في المذهب لكن العلامة استشكل الاول في كثير من كتبه مع حكمه بالاجزاء باختياري المشعر ولعل استشكاله من قوله ع اذا فاتتك المزدلفة فاتك الحج وقول الص ع الوقوف بالمشعر فريضة وبعرفة سنة ومما تقدم من الاخبار الصحيحة الدالة على الاجزاء بالمشعر والاصح المشهور ولا يتحقق في ذلك قول اخر قوله من فاته الحج تحلل بعمرة مفردة المراد انه ينقل احرامه بالنية من الحج الى العمرة المفردة ثم ياتي بافعالها ويحتمل انتقاله اليها بمجرد الفوات ومثله القول في المنتقل من التمتع الى قسيميه عند ضيق الوقت كالحائض قوله ثم يقضيه ان كان واجبا انما يجب قضاؤه اذا كان وجوبه مستقرا قبل عامه او مع تفريطه فيه فلو حج عام الوجوب ففاته الحج بغير تفريط لم يجب القضاء لعدم استقراره قوله وهو سبعون حصاة ضمير هو المذكور يعود الى الملقوط المدلول عليه بالالتقاط ولو انثه لكان افصح والسبعون حصاة هي الواجب ولو التقط ازيد منها احتياطا لحذر من سقوط بعضها او عدم اصابته فلا باس قوله لكن من الحرم عدا المساجد آه الاصح تحريم اخذها من جميع المساجد لتساويها في تحريم اخراج الحصى منها والقول با… بالمسجدين مستند الى رواية حنان عن الص ع ولعل تخصيصهما لانهما الفرد المعروف الكامل من المساجد في الحرم لا لبيان الاختصاص مع ان تخصيصهما لا ينفي الحكم عما عداهما قوله ان تكون مما يسمى حجرا احترز باشتراط تسميتها حجرا عن نحو الجواهر والكحل والزرنيخ والعقيق فانها لا تجزي خلافا للخلاف ويدخل فيه الحجر الكبير الذي لا يسمى حصاة عرفا وممن اختار الرمي به الشهيد في س ويشكل بان الاوامر الواردة انما دلت على الحصا ولعل المص اراد بيان جنس الحصا لا الاجزاء بمطلق الجنس ومثله القول في الصغيرة جدا بحيث لا يقع عليها اسم الحصا فانها لا تجزي ايض وان كانت من جنس الحجر قوله ابكارا اي لم يرم بها قبل ذلك رميا صحيحا فلو رمى بها بغير نية او لم تصب الجمرة ونحو ذلك جاز الرمي بها ثانيا ولم تخرج عن كونها ابكارا قوله ومن الحرم ذكره ثانيا بعد ان استفيد حكمه من قوله لكن من الحرم للتنبيه على الشرطية بخصوصها اذ الاول اعم منها ففي الثاني تاكيد في الوجوب لا يستفاد من الاول قوله ويستحب ان تكون برشا رخوة بقدر الانملة كحلية منقطة ملتقطة قال الجوهري البرش في الفرس نكت صغار تخالف سائر لونها فعلى هذا يكون المراد بالبرش في الحصا اختلاف الوانها والفرق بين البرش والمنقطة مع اشتراكهما في اختلاف الالوان ان الاختلاف في الاول في جملة الحصا والثاني في الحصاة نفسها ويجوز العكس وروى هشام بن الحكم عن الص ع في حصى الجمار قال اكره الصم منها وقال خذ البرش واراد بالصم اللون الواحد وربما اشكل ذلك بقوله بعده كحلية اي لا يكون بيضا ولا سودا ولا حمرا كما ورد في حديث البزنطي عن الرضا ع فاختلاف الالوان مع كونها كحلية يبعد الا ان يمكن اختلاف لون الكحلية والمراد بقوله ملتقطة ان يكون كل واحدة منها ماخوذة على حدتها من الارض واحترز بها عن المكسرة بان ياخذ حجرا واحدا ويكسره حصاة لرواية ابي بصير عن الص ع التقط الحصا ولا تكسرن منه شيئا قوله ويكره ان تكون صلبة او مكسرة الصلبة مقابلة للرخوة والمكسرة للملتقطة قوله ولكن لا يجوز وادي محسر آه اي لا يقطعه ولا بعضه الى طلوعها لان وادي محسر ليس من المشعر فلا يجوز دخوله قبل طلوع الشمس بناء على وجوب استيعاب الوقت الذي بين طلوع الفجر والشمس بالكون في المشعر بانه اصح القولين ولو جاوزه قبل الطلوع اثم ولا كفارة قوله والسعي بوادي محسر اي الهرولة للماشي والراكب يحرك دابته وروي ان قدرها مائة ذراع وروي مائة خطوة قوله ولو ترك السعي فيه رجع آه اطلاق الرجوع للناسي يتناول من وصل الى منى بل الى مكة وهو كك فقد امر الص ع رجلا لم يسع بوادي محسر بعد انصرافه الى مكة ان يرجع اليه فيسعى قوله منى هو بكسر الميم والقصر اسم منصرف مذكر قال الجوهري سمي المكان المخصوص بذلك لان جبرئيل ع قال هناك لابرهيم ع تمن على ربك ما شئت رواه معوية بن عمار عن الص ع ومثله عن الرضا ع وزاد فتمنى ابرهيم ع في نفسه ان يجعل الله مكان ابنه اسمعيل ع كبشا يامره بذبحه فداء له فاعط

مناه قوله والواجب فيه النية ويعتبر اشتمالها على تعيين الفعل ووجهه وكونه في حج الاسلام او غيره والقربة والمقارنة لاول الرمي والاستدامة حكما والاولى التعرض للاداء فانه مما يقع على وجهي الاداء والقضاء وعلى هذا لو تداركه بعد فواته نوى القضاء وهل يجب التعرض للعدد يحتمله لان الرمي في الجملة يقع باعداد مختلفة كالناسي الاكمال ووجه العدم انه لا يقع على وجهين الا اذا اجتمعا ولا ريب انه اولى كالاداء قوله الطهارة القول باستحباب الطهارة هو المشهور بين المتاخرين وذهب جماعة من المتقدمين منهم المفيد والمرتضى الى وجوبها لصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ع لا ترم الجمار الا وانت على طهر وحملت على الافضلية جمعا بينها وبين رواية ابي غسان عن الص ع بجوازه على غير طهر وعندي في ذلك نظر لان في سند هذه الرواية مجاهيل فلا يتحقق المعارضة قوله وان يرميها خذفا المشهور استحبابه وانه يضع الحصا على بطن ابهام اليد اليمنى ويدفعها بظفر السبابة واوجبه جماعة منهم ابن ادريس بهذا المعنى والمرتضى لكن جعل الدفع بظفر الوسطى … والعمل على المشهور وقد روى كيفيته احمد بن ابي نصر عن الرضا والموجود من معناه في اللغة اعم من التفسيرين قال في الصحاح الخذف بالحصا الرمي به بالاصابع قوله في جمرة العقبة يستقبلها آه الغرض هنا بيان كيفية رمي جمرة العقبة واما غيرها فذكره استطرادا اذ ليس البحث عنه الان والكلام في استقبال القبلة واستدبارها واضح واما استقبال الجمرة فالمراد ان يكون مقابلا لها لا عاليا عليها ونحوه مما لا يعد استقبالا اذ ليس لها وجه خاص يتحقق به الاستقبال الا ما فرضناه قوله ولو تمتع المكي وجب عليه الهدي قد تقدم الكلام فيه وان فيه قولا بعدم الوجوب عليه وهو ضعيف قوله والنية شرط في الذبح ويجوز ان يتولاها عنه الذابح ويعتبر فيها تعيين الحج الذي يذبح فيه والوجه والقربة والمقارنة لاول الذبح والاستدامة حكما الى الفراغ ولو كان نائبا نوى فيه النيابة عن المنوب المعين ويجوز الاستنابة في النية والذبح اختيارا قوله ولا يجزي الواحد في الواجب الى قوله والاولى اشتبه الخوان بكسر الخاء المعجمة ككتاب ذكره الجوهري وزاد في موضعها ابن … ما يوكل عليه الطعام والمراد بكونهم اهل خوان واحد ان يكونوا رفقة مختلطين في الماكل واعتبر بعضهم ان يكونوا اهل بيت وجعل الخوان كناية عنه والاصح عدم اجزاء الواحد عن غير الواحد مط في الواجب نعم لو كان مندوبا كالاضحية والمبعوث من الافاق والمتبرع به في السياق اذا لم يتعين بالاشعار او التقليد اجزأ عن الخوان بمعنى انه يحصل التعبد به للجماعة وامتثال الامر وهذا هو المراد بقوله يجزي ذلك في الندب وليس المراد به الهدي واجبا كما يجب في الواجب باصل الشرع فلا يجزي الا عن واحد بل المراد في الندب ما قدمناه قوله ولا يجب بيع ثياب التجمل في الهدي بل يقتصر على الصوم ليس الصوم عليه واجبا عينيا بل يتخير بينه وبين الهدي بان يبيع الثياب فيه وان لم يجب عليه ذلك ولا يخرجه عدم الوجوب عن الاجزاء ويتعين الصوم ولهذا لو تبرع متبرع بالهدي عنه اجزأ قوله ولو ضل الهدي فذبحه غير صاحبه لم يجز عنه لانه لم يتعين بالشراء للذبح فلا يقع من غير المالك او وكيله سواء كان ذلك في الحل او الحرم وسواء بلغ محله ام لا وهذا هو المشهور والاصح الاجزاء اذا ذبح عن صاحبه لصحيحة محمد بن مسلم … منصور بن حازم عن الص ع والاولى انه يعرفه ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده ولم يصرح احد بالوجوب وفي س انه مستحب ولعل عدم الوجوب لاجزائه عن المالك فلا يحصل بترك التعريف ضرر عليه ويشكل بوجوب … عوضه عليه ما لم يعلم بذبحه ويمكن ان يقال بعدم الوجوب قبل الذبح لكن يجب بعده ليعلم المالك فيترك الذبح ثانيا … بالجهتين ثم على تقدير الاجزاء لا اشكال في وجوب الصدقة والاهداء اما الاكل فهل يقوم الواجد مقام المالك فيه فيجب عليه ان ياكل منه ام يسقط فيه نظر ولعل السقوط اوجه قوله ولا يجوز اخراج شيء مما يذبحه عن منى آه لا فرق في ذلك بين اللحم والجلد وغيرهما من الاطراف والامعاء بل يجب الصدقة بجميع ذلك لفعل النبي ص وانما يحرم الاخراج اذا وجد مصرفه بها فلو تعذر فالظاهر الجواز قوله ويجب ذبحه يوم النحر مقدما على الحلق ولو اخره اثم واجزأ لان الترتيب بين الثلاثة واجب وليس بشرط فياثم بالمخالفة ويجري سواء في ذلك تقديم الذبح على الرمي وتقديم الحلق عليهما وعلى احدهما قوله الابل والبقر والغنم لكن افضلها البدن ثم البقر ثم الغنم واقل المجزي واحد ولا حد للاكثر فقد نحر النبي ص ستة وستين بدنة وعلي ع تمام المائة قوله ويجزي من الضان الجذع لسنته هو من الضان ما كمل له سبعة اشهر ودخل في الثامن وفي الصحاح ان ولد الضان يجذع لستة اشهر او سبعة في … قوله فلا يجزي العوراء لا فرق بين كون العور بينا كانخساف العين وعدمه كما لو كان على عينها بياض وان لم يستوعب قوله ولا العرجاء البين عرجها فسره … البين بانه الذي لا يمكنها ان تسير مع القطيع فيفوتها العلف والمرعى فتهزل لذلك ولا التي انكسر قرنها الداخل وهو الابيض الذي في وسط الخارج اما الخارج فلا عبرة به قوله ولا المقطوع الاذن ولو بعضها بخلاف مثقوبها ومشقوقها اذا لم يذهب من الاذن شيء فانها تجزي وكذا المكوية عليها او على غيرها وفاقدتها وصغيرها وفاقدة القرن فانها مجزية وكذا الهرم الذي قد سقطت ثناياه لصحيحة العيص ومن العيب الجرب والمرض وان قل قوله ولا الخصي من الفحول هي مسلول الخصية بضم الخاء وكسرها بخلاف الموجوء وهو مرضوض عروق الخصيتين حتى تفسد فانه يجزي في اصح القولين على كراهية كما سيأتي قوله ولا المهزولة وهي التي ليس على كليتيها شحم الكلية بضم الكاف والمرجع في ذلك الى ظن اهل الخبرة والسلامة من هذه العيوب شرط مع الامكان فلو تعذر الا المعيب ففي اجزائه او الانتقال الى الصوم قولان اختار اولهما في س وثانيهما الشيخ علي والثاني لا يخ من وجه الا ان الاول اولى … حسنة معوية بن عمار عن الص ع ان لم تجد فما تيسر لك قوله فلو اشتراها على انها مهزولة آه صور المسألة ثمان لانه اما ان يشتريها على انها سمينة او مهزولة ثم اما ان يظهر الموافقة او المخالفة قبل الذبح او بعده فلو اشتراها على انها سمينة فخرجت كك اجزأت مط وكذا ان خرجت مهزولة بعد الذبح ولو اشتراها مهزولة فخرجت كك لم يجز مط وان خرجت سمينة قبل الذبح اجزأت بقي هنا صورتان وهما ما لو ظهرت سمينة بعد الذبح او السمينة مهزولة قبله وفي اجزائه فيهما قولان احدهما وهو اختيار الاكثر الاجزاء لموافقة الواقع وحصول المقتضي في الاولى ولامتثال الامر ويشهد بظاهره الثانية ويشهد للاولى صحيحة العيص بن القاسم عن الص ع انه ان اشتراها مهزولا فوجدها سمينا اجزأت فان الظاهر خروجها سمينة بعد الذبح ولو ادعي الاطلاق حملنا عليه لعدم المعارض ومثلها رواية منصور عنه ولهما صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما ع ان اشترى اضحية وهو ينوي انها سمينة فخرجت مهزولة اجزأت عنه فان اشتراها مهزولة فخرجت سمينة اجزأت عنه والاضحية مطلقة على الهدي لاشتراكهما في النسبة الى عيد الاضحى وان كان اطلاقها فيما على غيره اكثر

٩١٦ وفي خبر اخر عن الصادق كان لكن بلفظ الهدي وذهب بعض الاصحاب الى عدم الاجزاء فيهما اما الاول فلان ذبح ما يعتقده مهزولا غير متقرب به الى الله اذ لا يتقرب
بذلك بل تجب على ذلك الوجه منهي عنه فيبطل في القربة فينتفي الاجزاء اذ ظهور السمن لا يكفي مع عدم القربة وجوابه انه اجتهاد في مقابلة النص ونمنع عدم التعبد
بالمظنون المراد بل مع عدم ظهور خلافه فيمكن التعبد به حال الاشتباه رجاء الموافقة واما الثاني فللنهي عن المهزول وهو متحقق حال ذبحه وجوابه المنع
من كليته ولا ريب ان هذا القول احوط قوله ولو اشتراها على انها تامة فبانت ناقصة لم يجزء لا فرق هنا بين ظهور المخالفة قبل الذبح وبعده والفرق بين
العيب والهزال لظهور الاول وخفاء الثاني فانه مبني على الظن والتخمين ولو انعكس الفرض هنا بان اشتراها ناقصة فظهرت تامة قبل الذبح اجزأت لا بعده قوله
والمستحب ان تكون سمينة اه اي سمنا زائدا على القدر المعتبر فيها ويمكن ان يكون المراد به السمن الخاص وهو كونها تنظر في سواد وتبرك في سواد وتمشي في مثله
والمراد بقوله ان يكون لها ظل تمشي فيه اي ظل عظيم باعتبار عظم جثتها وسمنها لا مطلق الظل فانه لازم لكل جسم كثيف واما المشي فيه فليس بلازم وانما هو من
تتمة المبالغة في عظم الظل فان المشي فيه حقيقة لا يتحقق الا عند مسامتة الشمس لراس الشخص وح يتساوى الجسم الكبير والصغير في الظل باعتبار مطابقته له
واما التفسير الثاني وهو ان المراد كون هذه المواضع اعني العين والقوائم والبطن منها سودا فلطيفة على معنى السمن تعتد بل يكون وصفا مغايرا للسمن يعني جمعا
بين الامرين كما اعتبرناه اولا وفيه تفسير ثالث وهو ان يكون السواد كناية عن المرعى والنبت فانه يطلق عليه ذلك لغة ومنه سمي ارض السواد وهي العراق لكثرة
شجرها وزرعها عند الفتح وهو وقت التسمية والمعنى ح ان يكون الهدي رعى ومشى ونظر وبرك في الخضرة والمرعى فسمن لذلك قيل والتفسيرات الثلثة
مروية عن اهل البيت قوله وان يكون مما عرف به اي يكون حضر عرفات في وقت الوقوف ويكفي قول بايعه في ذلك وفي الاكتفاء بقوله في سنة احتمال قوله
وان تنحر الابل قائمة قد ربطناه اه في تفسير ذلك وجهان مرويان احدهما ان يربط يداها معا مجتمعين من الخف الى الركبة ليمتنع من الاضطراب رواه ابو الصباح
الكناني والثاني ان يعقل يدها اليسرى من الخف الى الركبة ويوقفها على اليمنى قوله ويطعنها من الجانب الايمن اي يقف الذابح من جانبها الايمن ويطعنها
في موضع النحر فانه مفضل لا ايمن له الا بتكلف وقد صرح بهذا المعنى في رواية ابي خديجة قال رأيت ابا عبد الله ع ينحر بدنته معقولة يدها اليسرى ثم
يقوم من جانب يدها اليمنى قوله ويترك يده مع يد الذابح وينويان معا استحبابا ولو نوى الذابح وحده اجزأ والظاهر ان نية المالك وحده غير مجزية
لان النية تقارن اول الفعل من الفاعل وهو منتف مع احتمال الاجزاء قوله ويستحب ان يقسمه اثلاثا اه الاصح وجوب الامور الثلثة والاكتفاء بمسمى
الاكل واهداء الثلث والصدقة بالثلث ويشترط في المهدى اليه الايمان وفي المتصدق عليه الايمان والفقر ويكفي دفعهما الى الواحد الجامع للشرطين
ويجب النية في كل من الامور الثلثة مقارنة لاول الفعل ويعتبر فيها قصد ذلك الفعل على وجهه وتعيين الحج المأتي به والقربة ويتخالف ضمن ما
اخل به من الصدقة والاهداء ولو جعل عوض الاهداء صدقة فالظاهر الاجزاء قوله ويكره التضحية بالجاموس اه يمكن ان يريد بالتضحية هنا الاهداء فان
الهدي يكره كونه كذلك وكذا يكره كونه جملا ويمكن ان يريد به الاضحية المسنونة فان حكمها كذلك الا انه استطراد هذا القدر خاصة من احكامها لكن بعيد
وانما عبر المص بذلك تبعا للرواية قال ابو بصير سألته عن الاضاحي فقال الاضاحي في الحج الابل والبقر والغنم ذو الارحام ولا تضحي بثور ولا بجمل وهو دال
على ان المراد بالتضحية الاهداء وفي خبر اخر عن الصادق ع لا تضح الا بما عرف به وهو دال عليه ايضا وقد تقدم ان المراد بالموجوء مرضوض الخصيتين حتى تفسدا
قوله قيل يخلفه عند من يشتريه طول ذي الحجة وقيل ينتقل فرضه الى الصوم وهو اشبه الاول اشبه لرواية حريز عن ابي عبد الله ع ولان الوجدان يتحقق بذلك
بذلك فلا ينتقل الى الصوم ما دام الوقت باقيا وهو ذو الحجة قوله واذا فقدهما اي الهدي وثمنه ويتحقق العجز عن الثمن بان لا يقدر على تحصيله ولو بكسب
يليق بحاله او بيع ما زاد على المستثنى في الدين والمعتبر القدرة في موضعه لا في بلده نعم لو تمكن من بيع ما في بلده ولو بدون ثمن المثل او من الاستدانة
عليه فالاولى الوجوب قوله ولو لم يتفق اقتصر على التروية وعرفة المراد ان جعل الثلثة يوم التروية وعرفة واليوم الذي قبلهما افضل فان اخل بها
فلما جاز له الاقتصار على صومها وتاخير الثالث ولا فرق بين من علم ان الثالث العيد ابتداء وغيره لاطلاق النص قوله ويجوز تقديمها من اول ذي الحجة
بعد ان تلبس بالمتعة يتحقق التلبس بها بالشروع في العمرة وقيل في الحج وبناه في س على ان الحج المندوب هل يجب بالشروع في العمرة ام لا فعلى الاول يكفي
الشروع في العمرة وعلى الثاني قوله ويجوز صومها طول ذي الحجة لاطلاق الاية وهو قوله تعالى في الحج فان الظرفية يصدق بمجموع الشهر لانه وقت الحج
وفي بعض الاخبار عن الائمة تفسير قوله في الحج بذي الحجة قوله ولو خرج ذو الحجة ولم يصمها تعين الهدي اي استقر في ذمته الى حين التمكن منه سواء كان تاخير
الصوم عن ذي الحجة لعذر او غيره والضمير في يصمها يعود الى الثلثة قوله ولو صامها ثم وجد الهدي اه لا فرق في عدم وجوب الهدي ح ان يجده في وقته او
على اصح القولين لتحقق الامتثال المقتضي للاجزاء لان التكليف يتعلق بالبدل والمبدل معا ولرواية حماد بن عثمان عن الصادق ع وكذا لا فرق بين ان يكون
قد تلبس بالسبعة اولا الا ان الرجوع الى الهدي افضل على جميع الاحوال والمراد به افضل الواجبين منه ومن الصوم فان اختاره نوى به الوجوب والا
وجب عليه اكمال الصوم قوله ولا يشترط فيها الموالاة على الاصح هذا هو الاقوى لاصالة البراءة وان كانت الموالاة افضل قوله فان اقام بمكة انتظر
قدر وصوله الى اهله ما لم يزد على شهر فان زاد فقدر وصوله الى اهله عن شهر كفى مضي الشهر والمراد بقدر وصوله اليهم مضي مدة يمكن فيها وصوله اليهم
عادة وانما يكفي الشهر اذا كانت اقامته بمكة والا تعين الانتظار مقدار الوصول الى اهله كيف كان اقتصارا على مورد النص وتمسكا بقوله تعالى
وسبعة اذا رجعتم حملا للرجوع على ما يكون حقيقة او حكما ومبدأ الشهر من انقضاء ايام التشريق قوله وقيل بوجوب قضاء الجميع وهو الاشبه الاشبه
اشبه لكن لا يجب قضاء الا ما تمكن من فعله ولم يصمه ويتحقق التمكن بوصوله الى اهله او مضي المدة المشترطة ان اقام بغير بلده ومضى قدر ما يمكنه فيه
الصوم ولو تمكن من البعض وجب قضاؤه خاصة قوله ومن وجب عليه بدنة في نذر او كفارة اه هكذا وردت الرواية عن النبي ص وعن الائمة وفيها فان
لم يقدر صام ثمانية عشر يوما بمكة او في منزله ولا خفي ان ذلك في غير ما له بدل منصوص كالبدنة في كفارة النعامة فانه مع العجز عنها ينتقل

الى ابدالها

الى ابدالها المذكورة هناك ومع العجز عن السبع شياه يجب صوم ثمانية عشر يوما للرواية ويتحقق العجز عنها بالعجز عن الجميع فلو قدر على البعض فالظاهر انتقاله ٩١٧
الى الصوم عملا بظاهر الرواية واجزاء هذه الابدال انما هو بالنص فلا يتعدى الى غيرها كما لو وجب عليه بقرة وان كانت السبع شياه تجزي عما هو اعظم منها
نعم ورد في كفارة اجزاء البدنة عن البقرة في غير النذر لانها اكثر لحما واوفر وفيه يتعين ما نذره ولو وجب عليه سبع شياه لم تجز البدنة وان كان
السبع بدلا منها وادون في كثرة على ذلك وربما لزم اجزاؤها لانها اولى باعتبار كونها بدلا قوله ولو تعين الهدي فمات من وجب عليه اخرج من
اصل تركته لانه حق مالي فيخرج من الاصل كالدين ويقدم على الوصايا ولو قصرت التركة عنه وعن الدين والحقوق المالية الواجبة وزعت التركة على الجميع
بالحصص فان لم يف حصته بافل هدي وجب اخراج جزء من هدي مع الامكان لعموم قوله اذا امرتكم بامر فاتوا منه ما استطعتم ولو لم يمكن اخراج جزء ففي
الصدقة به او عوده ميراثا وجهان وقد تقدم نظيره في باب الحج قوله لا يخرج هدي القران عن ملك سائقه اعلم ان هدي القران لا يخرج عن ملك مالكه
بشرائه او اعداده وسوقه لا بل ذلك قبل عقد الاحرام به اجماعا واما اذا عقد احرامه به بان اشعره او قلده تعين عليه ذبحه او نحره ولم يجز له ابداله على ما
يظهر من جماعة من الاصحاب بل يدل عليه نص صحيحة الحلبي عن الصادق ع ان كان اشعرها نحرها ولهذا يجب نحره لو ضل فاقام غيره ثم وجده قبل ذبح الاخر والظاهر
انه مع ذلك لا يخرج عن ملكه وان تعين الذبح لاصالة بقاء الملك ووجوب الذبح او النحر لا ينافيه وتظهر الفائدة في جواز ركوبه وشرب لبنه وانما يمنع
ابداله واتلافه ويجب حفظه حتى يفعل به ما يجب اذا انفرد ذلك فعبارة المص لا يخ ظاهرا من التدافع حيث ذكر اولا انه لا يخرج عن ملك سائقه وان له ابداله
والتصرف فيه ثم قال لكن متى ساقه فلا بد من نحره فانه يقتضي عدم جواز الابدال والتصرف بعد السياق وتبعه على هذه العبارة العلامة في اكثر كتبه وعبارة
الاولين خالية من ذلك ويمكن تنزيل العبارة على ما يوافق الحكم الذي قدمناه بان يحمل قوله انه لا يخرج عن ملك سائقه بمجرد اعداده للسوق وشرائه
لذلك ونحوه وان نوى عليه كونه هدي سياق وتسميته سائقا اما مجاز باعتبار ما يؤول اليه او حقيقة لغوية وح له ابداله والتصرف فيه وقوله وان اشعره
او قلده وصلي لقوله لا يخرج عن ملكه لا لقوله وله ابداله والتصرف فيه وما بينهما معترض والتقدير انه لا يخرج عن ملكه وان اشعره او قلده ويتعين ذبحه
كما قلناه اولا وتظهر الفائدة في جواز ركوبه ونحوه والموجب لتغييره كذلك محاولة الجمع بين الحكمين المختلفين اعني جواز التصرف فيه قبل الاشعار وعدم
الخروج عن ملكه بعده فاتفق تعقيد العبارة ولو قدم قوله وان اشعره على قوله وله ابداله لصح من هذه الجهة لكن لا يتم بعده قوله وله ابداله لايهام ان
له ذلك بعد الاشعار بخلاف ما لو قدم جواز الابدال وغاية الامر انه بيان وايضاح الاجمال وقوله لكن متى ساقه اي عينه للسياق بالاشعار او التقليد
المذكورين فلا بد من نحره اي يتعين لذلك وان لم يخرج عن ملكه كما مر والعبارة في قوة قوله لكن متى تعلق ذلك اي بان اشعره او قلده تعين نحره ولم يجز
ابداله ولا التصرف فيه وهو تنزيل احتمال لكون قوله وان اشعره وصليا لجواز ابداله من التدافع اذ لا معنى لسياقه شرعا الا عقد الاحرام به بالاشعار
او التقليد هذا اجود ما ينزل عليه العبارة على ما فيها من التعقيد ونزلها المحقق الشيخ علي في حاشيته على ان معنى وان اشعره او قلده اشعارا او تقليدا
على غير الوجه المعتبر وهو الذي يعقد به الاحرام بناء على انه يتعين ذبحه ولا يجوز ابداله لو كانا معتبرين وقوله لكن متى ساقه اي اشعره او قلده عاقدا
به احرامه وهذا المعنى صحيح للعبارة لكنه خلاف الظ وخلاف مقتضى الاشعار والتقليد الشرعيين وههنا تنزيل ثالث غريب ذكره بعض فضلائنا
وهو ان قوله وله ابداله اه وصلي لقوله وان اشعره او قلده فيجوز ابداله وان عقد به احرامه لعدم خروجه عن ملكه وقوله لكن متى ساقه فلا بد من نحره
اي متى ساقه بان اشعره او قلده عاقدا به احرامه وجب عليه ذبح هدي سواء كان هو المسوق ام بدله فالبدل لا ينافيه قولهم نحره فان البدل يعتبر هدي
قران لانه عوضه والحامل له على ذلك الجمع بين قولهم ان له ابداله وان اشعره او قلده وبين قولهم متى ساقه فلا بد من نحره او ذبحه وهذا التنزيل مع بعده
لا دليل على حكمه فان الرواية الصحيحة دالة على تعين ما اشعره كما تقدم فعدم جواز الابدال بعد الاشعار متعين بالنص فيجب رد ما خرج عنه اليه او طرحه
لا رد الحكم الى عبارة متهم كيف اتفق هذا كله اذا لم يعينه بالنذر الا تعين وان لم يشعره او يقلده ولم يجز له ابداله قطعا قوله وان كان بالعمرة ففناء
الكعبة بالحزورة الفناء بكسر الفاء والمد ما امتد من جوانب الدار قاله الجوهري والحزورة مثل قسورة هي التل وهي خارج المسجد بين الصفا والمروة
وهي افضل مواضع الذبح بمكة والا فكل مكة باجمعها محل الذبح في العمرة قوله ولو هلك لم يجب اقامة بدله لانه ليس بمضمون هذا اذا كان تلفه بغير
تفريطه والا ضمنه ووجب اقامة بدله قوله ولو كان مضمونا كالكفارات وجب اقامة بدله لم يكن عود الضمير المستتر في كان الى هدي السياق لان هدي
هدي السياق مضمونا اه فيستفاد منه ان هدي السياق لا يشترط ان يكون متبرعا به بل لو كان منذورا او كفارة تأدت به وظيفة
السياق والفائدة تعينه للنذر او الكفارة بالسياق بعد ان كان امرا كليا في الذمة لا ينحصر فيما قبل تعيينه له وهذا المعنى يظهر من اكثر عبارات
الاصحاب من غير تصريح به وممن صرح به الشهيد في س قال فيها لو ساق مضمونا كالكفارة ضمنه ويتأدى به السياق والمنذور ويمكن
ان يكون الضمير عائدا الى مطلق الهدي وادخاله في باب هدي القران تبعا كما ادخل قوله بعد ذلك وكل هدي واجب كالكفارات لا يجوز ان يعطي الجزار منها
شيئا اه فان هذا الحكم لا يختص بالمسوق قوله ولا يتعين هدي السياق الا بالاشعار المراد بالجواز هنا معناه الاعم المقصود منه الوجوب فان هدي السياق
اذا تعين للذبح يجب التوصل اليه بحسب المكان فان تعذر المكان بقي مطلق الذبح وللتصدق عليه وتجب مقارنة النية لذبحه المشتمل على
قصد الفعل في الحج المعين والوجه والقربة كغيره والاكل منه ان اوجبناه من هدي السياق والعلامة بما يدل على انه هدي بان يغمس نعله في دمه ويضرب بها
صفحة سنامه او يكتب رقعة ويضعها عنده تؤذن بانه هدي كل ذلك عند تعذر المستحق ثم ويجوز التعويل عليها هنا في الحكم بالتذكية واباحة
الاكل للنص ويكفي النية الاولى عن المقارنة لتناول الاكل ولا يجب الاقامة عنده الى ان يوجد المستحق وان امكنت قوله ولو اصابه كسر جاز بيعه والاحتراز
ظاهر السياق ان الكلام في هدي السياق وفيما تعين ذبحه منه لكونه قد اشعره او قلده لتظهر لجواز البيع فائدة اذ لو كان قبل ذلك كان يملكه من املاكه

وانما جاز بيعه لان الواجب كان ذبحه بمحله لا بجزئه والصدقة به او فعل ما يفعل بهدي التمتع سبحه عند الحاجة فاذا انفذ فعل ما وجب فقط فيجوز بيعه ويستحب
التصدق بثمنه كما يستحب التصدق ببعض لحمه وهذا الحكم ذكره المص والعلامة وجماعة وينبغي تقييده بما لو لم يكن مضمونا كالكفارات والمنذور فانه
يجب اقامة بدله وهذا النوع يمكن جعله فردا من افراد هدي السياق كما مر فلا بد من استثنائه الا ان يحمل على الغالب الظاهر من كون السياق هو المتبرع
وقد دل على الحكمين معا صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما قال سألته عن الهدي الذي يقلد او يشعر ثم يعطب قال ان كان تطوعا فليس عليه غيره وان كان
جزاء او نذرا فعليه بدله وفي حسنة الحلبي اطلق بيعه والصدقة بثمنه واهداء هدي آخر وحملت على الاستحباب مع انها مقطوعة فلا حجة فيها واستشكل
المحقق الشيخ علي في حاشيته الحكم المذكور في الكتاب بان هدي السياق صار متعينا للنحر فكيف يجوز بيعه وجوابه انه مع مدافعته للنص الصحيح فلا يمنع ان
الواجب انما هو ذبحه في محله وقد تعذر فيسقط نعم ربما اشكل بما تقدم من وجوب ذبحه عند عجزه وهو قريب من الكسر بل العجز اعم منه لكن النص فرق بالفرق
قوله ولا يتعين هدي السياق للصدقة اه مقتضى العبارة وكلام الاكثر ان الواجب في هدي السياق هو النحر والذبح خاصة فاذا فعل ذلك صنع به ما شاء
ان لم يكن منذورا للصدقة ولخبار جماعة فيه ما يجب في هدي التمتع وهو اقوى قوله ولو سرق من غير تفريط لم يضمن مستند ذلك صحيحة معوية بن عمار
عن الص حين سئل عن رجل اشترى اضحية فماتت او سرقت قبل ان يذبحها قال لا بأس وان ابدلها فهو افضل والمراد بالاضحية ما يعم الهدي كما تقدم
ولا فرق في ذلك بين ان يكون الهدي متبرعا به او متعينا بالنذر وشبهه لاطلاق النص وعدم التفريط وينبغي تقييده بما اذا لم يكن مضمونا في الذمة
وقد خصصه بالمعين فانه بتلفه يرجع الواجب الى الذمة اما لو كان المنذور هو المعين سقط ولو كان ذهابه بتفريطه ضمنه كما يشعر به مفهوم القيد و
اورد المحقق الشيخ علي في حاشيته بانه مناف لما سبق من قوله ولا يتعين هدي السياق للصدقة الا بالنذر لانه اذا لم يتعين للصدقة جاز التصرف فيه اي تصرف
شاء فكيف يضمنه مع التفريط قال ولو حمل على انه مضمون في الذمة لوجب اقامة بدله مطلقا فرط ام لا وجوابه منع المنافاة فان هدي السياق وان لم يتعين للصدقة
لكن يجب نحره او ذبحه فاذا فرط فيه قبل فعل الواجب ضمنه لذبح البدل او نحره تاديته للواجب وان لم يجب الصدقة به وهذا امر واضح قوله ولو ضل
فذبحه الواجد عن صاحبه اجزأ عنه سياق العبارة يقتضي كون المراد به هدي السياق وهو كما عرفت شامل المتبرع به والمضمون بالنذر وشبهه والكفارة
والحكم بالاجزاء في الاول واضح خصوصا بعد ثبوته في هدي التمتع كما مر مع انه لم يتعين للذبح واما المضمون فقد استشكل المحقق المحشي حكمه وهو في المنذور
المطلق والكفارة في محله اما المعين فلا بل هو كهدي السياق المعين بالاشعار او التقليد ويمكن تمشي الحكم في الجميع نظرا الى اطلاق رواية منصور بن حازم
عن الص في رجل ضل هديه فوجده رجل آخر فينحره قال ان كان نحره بمنى فقد اجزأ عن صاحبه الذي ضل عنه وان كان نحره في غير منى لم يجز عن صاحبه فان الهدي
يشمل المتمتع به والمسوق بنوعيه والمجهول سياقا بعد ان كان منذورا او كفارة كما مر فيجري في الجميع ونعلق الكفارة والنذر المطلق بالذمة اذ في هدي التمتع
فانه لا يتعين بوجه قبل ذبحه بالنية وقد حكم باجزائه عملا بالنص فليكن الكفارة ونحوها كذلك واحترز بذبح الواجد له عن صاحبه عما لو ذبحه لا عنه اما عن نفسه
او لا فانه لا يجزي عنهما قطعا كما دلت عليه رواية جميل قوله ولو ضاع فاقام بدله ثم وجد الاول ذبحه اه هذا الحكم ثابت في الجملة ذكره الجماعة مطلقين
القول فيه ومستنده صحيحة ابي بصير قال سألت ابا عبد الله ع عن رجل اشترى كبشا فهلك منه فاشترى مكانه آخر قلت فان اشترى مكانه
آخر ثم وجد الاول قال ان كانا جميعا قائمين فليذبح الاول وليبع الاخر وان شاء ذبحه وان كان قد ذبح الاخر ذبح الاول معه وفي الحكم به على الاطلاق
كما ذكره الجماعة واقتضاه الخبر نظر لان الهدي ان كان هدي السياق المتبرع به كما هو الظاهر من العبارة لم يجب اقامة بدله كما لو هلك وقد تقدم ثم على تقدير
اقامته ووجدان الاول بعد ذبح البدل يشكل عدم وجوب ذبحه لتعينه للذبح بالاشعار او التقليد فلا يقوم البدل الذي ليس بواجب مقامه مع ان المفهوم
من قوله ثم وجد الاول ذبحه انه لو لم يجده وجب ذبح الاخير وهو يشعر بوجوب اقامة البدل ولا يصح ان يراد به المنذور لانه استثناه منه وهو يقتضي كون
المراد اعم منه وان كان المراد به هدي التمتع ففيه مع منافاته للمقام وعدم الدلالة ان الواجب غير متخصص فيه بوجه ولا يتحقق البدلية في الثاني بل الواجب
كما يتادى بالاول يتادى به لانه امر كلي فطريق التخلص من الاشكال اما بالحكم بوجوب اقامة بدل هدي السياق المتعين لو ضاع عملا بالنص وتخصيص عدم
وجوب البدل بالهلاك والسرقة كما هو الواقع في العبارة ح فلا منافاة ولا بعد في ذلك بعد ورود النص واما بحمل الوجوب على ما لو ضاع بتفريطه فانه
يجب اقامة بدله لكونه ح مضمونا عليه ويرتبط في الاحكام قوله ويجوز ركوب الهدي ما لم يضر به اه هذا في الهدي المتبرع بعد تعينه بالسياق لعدم خروجه عن
ملكه فيجوز له الانتفاع به الا في الذبح ولا ينقص ويضر به او بولده ويستفاد من قوله او بولده ان الولد يتبعها في وجوب الذبح وهو كذا اذا كان
موجودا حال السياق مقصودا بالسوق او متجددا بعده مطلقا ولو شرب من الحالة هذه ما يضر بالام او بالولد ضمنه ولو لم يكن الولد تابعا لها فله حكم لم يضر ما
يضر به وان اثم ولو كان الهدي مضمونا كالكفارات والنذور لم يجز ركوبها ولا شرب لبنه ولا الانتفاع به مطلقا فان فعل ضمن قيمته او مثله للمستحق اصله وهو كغيره
كالمحرم واما الصوف والشعر فان كان موجودا عند التعيين تبعه ولم يجز ازالته الا ان يضر به فيزيله ويتصدق به على الفقراء وليس له التصرف فيه ولو
تجدد بعد التعيين احتمل كونه كالولد او كاللبن قوله وكل هدي واجب كالكفارات لا يجوز ان يعطى الجزار منه شيئا اه يدخل في الكلية الهدي المتعين
بالاشعار او التقليد فانه هدي واجب وقد تقدم ان الواجب فيه الذبح خاصة فيجوز ان يصنع به ما شاء للجزار وغيره ويمكن كون الجار والمجرور صفة
للواجب اي الهدي الواجب الذي هو كالكفارات بان يكون خارجا عن الملك فانه يتعين الصدقة بجميعه كما ذكر ومتى خالف ضمن القيمة كما لو اكل منه اما
الذي ليس كذلك كالمتبرع به المتعين بالسياق فلا حظر بعد تسليمه لفرد بعد الذبح مع مراعاة القسمة ولا يخفى ان المراد اعطاء الجزار على وجه الاجرة او التبرع
اما اعطاؤه صدقة اذا كان مستحقا فانه جائز قوله ويستحب ان ياكل من هدي السياق اه بناء على ما تقدم من ان الواجب الذبح خاصة والاولى
وجوب ذلك كهدي التمتع للرواية وهو معرب بما اراد بهدي السياق المتبرع به واما الواجب بكفارة او بنذر اذا جعله سياقا فلا يصح

متناول

الخامس في الاضحية ووقتها بمنى اربعة ايام اولها يوم النحر وفي الامصار ثلثة ويكره ان يخرج ما يضحيه به من منى ولا بأس بادخار لحمها ولا بأس باخراج ما يضحيه غيره ويجزي الهدي الواجب عن الاضحية والجمع بينهما افضل ومن لم يجد الاضحية تصدق بثمنها فان اختلفت اثمانها جمع الاعلى والاوسط والادون وتصدق بثلث الجميع ويكره ان يأخذ شيئا من جلود الاضاحي وان يعطيها الجزار والافضل ان يتصدق بها فاذا فرغ من الذبح فهو مخير ان شاء حلق وان شاء قصر والحلق افضل ويتأكد في حق الصرورة ومن لبد شعره وقيل لا يجزيه الا الحلق والاول اظهر وليس على النساء حلق ويتعين في حقهن التقصير ويجزيهن منه ولو مثل الانملة

تناول شيء منه وان كان بعد ذلك فقد صار هدي سياق كما مر قوله في الاضحية هي بضم الهمزة وكسرها وتشديد الياء المفتوحة فيهما ما يذبح يوم عيد الاضحى تبرعا
وهي سنة استحبابا مؤكدا على المشهور واوجبها ابن الجنيد منا وجماعة من العامة وقد وردت اخبار تدل على الوجوب حملت على الاستحباب المؤكد
جمعا وفي استحباب الاقتراض لها وانه دين مقضي قوله ووقتها بمنى اربعة ايام اولها يوم النحر اه ظاهره ان اول وقتها اول يوم الاضحى وهو طلوع الفجر ان لم
يدخل الليلة وفيه تجوز وانما اول وقتها بعد طلوع الشمس ومضي قدر صلوة العيد والخطبتين سواء صلى الامام العيد ام لم يصل عندنا قوله
ولا بأس بادخار لحمها اه مطلقا ادخار لحمها ليس موضع توهم البأس حتى ينفي عنه وانما موضعه ادخاره بعد ثلث فقد كان محرما في صدر الاسلام ثم
نسخ قال الص نهى رسول الله ص عن لحوم الاضاحي بعد ثلث ثم اذن فيها قوله ولا بأس باخراج ما يضحيه غيره ولا فرق في ذلك بين كونه اشتراه او اهدي اليه
ويكره ... باخراج ... مط قوله فان اختلفت اثمانها جمع الاعلى اه هذا اذا كانت القيم ثلثا والا لم ينحصر في الثلث وانما اقتصر المص على الثلث تبعا
لرواية هشام عن الكاظم ... منه لمواطنه والضابط الشامل لجميع افراد الاختلاف ان يجمع القيمتين او القيم المختلفة ويتصدق بقيمة نسبتها اليها
نسبة الواحد الى عددها ففي الاثنين النصف ومن الثلث الثلث ومن الاربع الربع وهكذا قوله ويكره ان ياخذ من جلود الاضاحي وكذا يكره ان ياخذ
شيئا من جلالها وقلائدها تاسيا بالنبي ص وهكذا يكره بيعها وغيره من اسباب النقل بل الصدقة به ومنه اعطاؤها الجزار اجرة اما صدقة اذا اتصف
بها فلا وكذا لو اعطاه من لحمها قوله والافضل ان يتصدق بها الاجود عود الضمير الى الجلود فان الصدقة بها مستحبة كما مر وفي صحيحة معوية بن عمار انه
سئل الص عن الاهاب فقال يتصدق به او يجعله مصلى ينتفع به في البيت ولا يعطي الجزارين واما الاضحية فيستحب ان ياكل منها شيئا عملا بالاية وتاسيا
بالنبي ص ويتصدق ويقسم والمشهور استحباب الصدقة باكثرها وقال الشيخ الصدقة بالجميع افضل واطلق جماعة من الاصحاب تحريم بيع لحمها من غير تقييد بجزء
قوله والحلق افضل المراد انه افضل الفردين الواجبين على التخيير فينوي به الوجوب قوله ويتاكد في حق الصرورة ومن لبد شعره الى قوله التلبيد ان الشعر
ياخذ عسلا وصمغا ويجعله في راسه لئلا يقمل او يتسخ بسبب الاحرام وما اختاره المص هو الاقوى فيجزيهم التقصير ايض قوله وليس على النساء حلق ويتعين
في حقهن التقصير نفي الحلق على النساء في صدد العبارة يدل بظاهره على ان سقوطه عنهن رخصة وتعين التقصير عليهن يقتضي عدم اجزاء الحلق وهو قوي
وقد ادعى العلامة في المنتهى الاجماع على تحريم الحلق عليهن وح يظهر وجه عدم الاجزاء لان النهي في العبادة يقتضي الفساد قوله ويجزيهن منه ولو قدر الانملة
لا فرق في ذلك بين الرجال والنساء وانما خصهن لانهن في هذا التقدير مورد النص ورواه ابن ابي عمير مرسلا عن الص والواجب من ذلك ما يقع عليه اسمه
عرفا والتقدير بالانملة كناية عنه والمراد بالتقصير ابانة مسمى الشعر او الظفر بحلق او نتف او قرض بالسن او نحو ذلك قوله ولو قدم ذلك على التقصير عامدا
جبره بشاة اه المشار اليه بذلك هو الطواف والسعي ووجوب اعادة الطواف على العامد موضع وفاق وفي الحاق الجاهل به قول وظاهر الرواية يدل
على العدم والاجود وجوب الاعادة عليه دون الكفارة وفي الناسي وجهان اجودهما الاعادة ايض وان لم يجب عليه الشاة وهل يجب عليه اعادة السعي
حيث يجب اعادة الطواف يفهم من العبارة عدمه واختار العلامة في كرة اعادته وهو الاولى ولو قدم الطواف على الذبح او على الرمي ففي الحاقه
بالتقصير نظر من تساويهما في التقدم عليه ومن عدم النص قوله حلق او قصر مكانه وبعث الشعر ليدفن بها مستحب وهو في قوة مستحبين البعث والدفن
فلو اقتصر على احدهما تادت السنة والجمع افضل قوله ومن ليس على راسه شعر اجزأه امرار الموسى عليه اه ثبوت الامرار عليه في الجملة اجماعي وممن ادعاه العلامة
في كرة وانما الخلاف في موضعين احدهما هل هو على جهة الوجوب مط او على جهة الاستحباب مط او بالتفصيل بوجوبه على من حلق في احرام العمرة واستحبابه
على الاقرع قيل بالاول لقوله ص اذا امرتكم بامر فاتوا منه ما استطعتم وهذا لو كان له شعر كان الواجب عليه ازالته وامرار الموسى على راسه فلا يسقط الاخير
بفوات الاول ولامر الص بذلك في اقرع خراسان وقيل بالثاني بل ادعى عليه في ف الاجماع لان محل الحلق الشعر وقد فات فيسقط بفوات محله وبالتفصيل
رواية والعمل بها اولى الثاني على تقدير الوجوب مط او على وجه هل يجزي التقصير عن غيره قيل نعم لانتفاء الفائدة بدونه ولان الامر يقتضي الاجزاء ولعدم
توجه الجمع بين الحلق والتقصير والامرار قائم مقام الاول وظاهر الخبر يدل عليه والاقوى وجوب التقصير لانه واجب اختياري قسيم للحلق والامرار بدل اضطراري
ولا يعقل الاجتزاء بالبدل الاضطراري مع القدرة على الاختياري ولا يمتنع وجوب الامرين على الحالق في احرام العمرة عقوبة له قوله وترتيب هذه المناسك
يوم النحر اه وجوب الترتيب بينها هو الاولى والمشهور بين المتاخرين وذهب الاكثر الى الاستحباب وهو خيرة لف والاخبار الصحيحة تدل عليه وعلى
تقدير الوجوب تقع صحيحة مع الاثم لدلالة الاخبار عليه قوله عقيب الحلق والتقصير يحل من كل شيء اه هذا اذا وقع احدهما عقيب الرمي والذبح اما
اذا وقع قبلهما او بينهما ففي التحلل به او توقفه على فعل الثلثة قولان اقربهما الثاني لاصالة بقاء التحريم الحاصل بالاحرام ولانه الان محرم فيحرم عليه
محرماته الى ان يتحقق المخرج ... نعم على القول بوجوب الترتيب فان النص الدال على التحلل باحدهما مبني على سبق الاخرين قوله اذا طاف طواف الزيارة
حل له الطيب الاصح توقف حل الطيب على السعي بعد طواف الحج عملا بالاستصحاب ولرواية منصور بن حازم عن الص وهذا اذا اخر الطواف والسعي
على الوقوفين وافعال منى كما ذكر اما لو قدمهما كالمفرد والقارن مط والمتمتع مع الاضطرار ففي حله من حين فعلهما وجهان اجودهما ذلك عملا باطلاق
النصوص قوله اذا طاف طواف النساء حل له النساء هذا الحكم ظاهر في الرجل لان تحريم النساء يتعلق به واما الصبي فحكمه وان لم يتعلق به تحريم
حينئذ من باب خطاب الشرع المنفي في حقه فيحرم عليه بعد البلوغ الى ان ياتي به كتحريم الصلوة بالحدث السابق فان الاحرام سببية لذلك يمكن تعلقه
به كما يتعلق بالمكلف واما المراة فلا اشكال في تحريم الرجال عليها بالاحرام لكن هل يكون طواف النساء هو المحلل لها كالرجال قيل نعم وهو خيرة س و
نقله في نع عن ابن ابي عقيل وابن بابويه واستشكله لعدم الدليل عليه ووجه الاشكال ظاهر اذ ليس في النصوص ما يدل على غير حكم الرجل ويمكن
الاستدلال عليه بان الاحرام قد حرم عليهن ذلك فيجب استصحابه الى ان يثبت المزيل وهو غير متحقق قبل طواف النساء ويشكل بان الاخبار الدالة

على كل ما عدا الطيب والنساء والصيد بالحلق وما عدا النساء بالطواف متناولة للمرأة ومن جملة ذلك تحل الرجال فالمسئلة موضع اشكال ويبقى هنا امور
الاول لو قدم الحاج طواف النساء حيث يسوغ له ذلك فهل يحل له بفعله او يتوقف على الحلق او التقصير نظر من تعليق الحل عليه مط ومن امكان كون المحلل
هو المركب من الافعال السابقة عدا الطواف ومنه جملة الاجزاء العلة المركبة وقد تقدم في حل الطيب بتقديم طواف الحج ما يرشد الى قوة الاول لكن يلزم
على هذا ان يكون المحللات ثلثة سواء قدم الطوافين ام اخرهما ام قدم احدهما ويظهر من بعض الاصحاب انه على تقدير تقديمهما يكون له محلل واحد
ولعله مبنى على عدم التحلل بهما ما يعلق عليهما على تقدير تاخيرهما الثاني لا يتوقف التحلل بالطوافين على صلوتهما اما طواف النساء فظ اذ لا مدخل
لصلوته في مفهومه واما طواف الزيارة فان اوقفنا التحلل على السعي يتوقف على الصلوة ايض لانها متقدمة عليه والا لم يتوقف عليهما ويمكن ان
يقال بعدم التوقف عليها وان حكم بوجوب تقديمها على السعي لان ذلك وجب من حيث ترتيب الافعال لا من حيث الشرطية في الحل ويظهر الفائدة
فيما لو نسيهما الى ان سعى فعلى كونها جزء من الشرط يتوقف الحل عليهما وعلى العدم لا وهو الاجود الثالث قد تقدم ان الحلق او التقصير يحلل من كل شيء الا
الطيب والنساء والصيد والطواف الاول يحلل من الطيب والثاني من النساء فنفى الصيد غير معلوم من العبارة وشاركها في ذلك اكثر العبارات
بعا لاطلاق النصوص وفي حكمه خلاف فذكر العلامة انه يحل بطواف النساء وذكر انه مذهب علمائنا وتبعه عليه المتاخرون وروى الصدوق
تحريم الصيد بعد طواف النساء وصرح ابن الجنيد بتحريم الصيد ايام منى وان احل والمختار الاول هذا كله حكم الصيد الذي حرم بالاحرام واما الذي
حرم بالحرم فهو باق ما دام فيه قوله فان اخره اثم ويجزيه اي اخره عن الغد وهو الحادي عشر وقد تقدم في كلام المص جواز تاخيره الى النفر الثاني وانه
جواز تاخيره طول ذي الحجة على كراهية كالقارن والمفرد قوله فالواجبات الطهارة موضع البحث الطواف الواجب في وجوب الطهارة له واشتراط الطهارة
موضع وفاق اما الطواف المندوب فهي من كماله على الاقوى وجعلها العلامة في بعض كتبه شرطا فيه تبعا لابي الصلاح لاطلاق قوله الطواف بالبيت صلوة و
خصوص رواية محمد بن مسلم وزرارة وابنه عبيد مقيدة بالواجب ولا فرق بين الطهارة المائية والترابية عند تعذرها ولا بين طهارة دائم الحدث وغيره
قوله وازالة النجاسة عن الثوب والبدن لا فرق هنا بين الطواف الواجب والمندوب ولو كانت النجاسة مما يعفى عنها في الصلوة ففي العفو عنها قولان
اجودهما العفو وقطع ابن ادريس والعلامة بعدمه وهو متوجه على اصلهما من تحريم ادخال النجاسة الى المسجد وان لم تكن ملوثة فيكون الطواف منهيا
عنه وهو يقتضي الفساد ومثله الكلام في الصلوة في المسجد كك وقد صرح العلامة ببطلانه في الخاتم النجس فيه فضلا عن غيره لمكان النهي وحيث قد تقرر
النجاسة بالملوثة توجه العفو عنها مع عدمه قوله وان يكون مختونا ولا يعتبر في المرأة انما يعتبر الختان مع امكانه فلو تعذر ولو بضيق الوقت لخوف
فوت الوقوف صح بدونه ومقتضى اخراج المرأة بعد اعتباره في مطلق الطائف استواء الرجل والصبي والخنثى في ذلك وفائدته في الصبي مع عدم
التكليف في حقه بالختان كونه شرطا في صحته كالطهارة بالنسبة الى الصلوة في حقه وفي بعض عكس العبارة فجعل الختان شرطا في الرجل المتمكن خاصة
فيخرج منه الصبي والخنثى كما خرجت المرأة والاخبار خالية من غير الرجل والمرأة ولعل مختار الكتاب هو الاقوى قوله الغسل لدخول مكة ويشترط في حصول وظيفته
ان لا يحدث ما يوجب الوضوء بعده قبل الدخول والا اعاده روى ذلك عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح واسحق بن عمار عن الكاظم خلافا لابن ادريس حيث
لم يعتبره تمسكا باصالة البراءة وجوابه واضح قوله من بئر ميمون او فخ اه بئر ميمون بالابطح وهو ميمون بن الحضرمي حفره في الجاهلية وفخ على راس فرسخ
من مكة للقادم من المدينة والمراد بقوله والا ففي منزله انه لو تعذر الغسل من هذه المواضع او غيرها مما هو خارج عن مكة اغتسل في منزله الذي نزل فيها
وفي حكمه ما لو ترك الغسل خارجا اختيارا فانه يغتسل في منزله وان كان اقل فضلا ويمكن دخوله في العبارة بان يعد قوله والا اي وان لم يغتسل في هذه المواضع
اعم من كونه لعذر وغيره فان الا هي المركبة من ان الشرطية ولا النافية والفاء هي الداخلة على جواب الشرط رابطة وح فكما يمكن تقديره وان لا يمكن الغسل
في هذه المواضع اغتسل في المنزل يمكن ان يقدر وان لا يغتسل وان كان الاول هو المشهور في نظائرها قوله وان يدخل مكة من اعلاها اه تاسيا بالنبي
ولا فرق في ذلك بين المدني والشامي وغيرهما خلافا للفاضل قوله وان يكون حافيا ويستحب ان يكون نعله بيده لا بيد غلامه ولا في رحله قوله ويدخل من
باب بني شيبة هو الان داخل في المسجد بازاء باب السلام وليس له علامة بخصه فليدخل من باب السلام على الاستقامة الى ان يتجاوز الاساطين فانه
المسجد من قربها وقد علل الدخول استحباب الدخول منه ان هبل بضم الهاء وهو اعظم الاصنام مدفون تحت عتبته فاذا دخل منه وطئه برجله قوله بعد ان
يقف عندها اي عند الباب المذكور وهو باب بني شيبة وثابت الباب غير مسموع قوله النية يجب فيها قصد الطواف بالبيت في الحج المعين من كونه
اسلاميا او غيره تمتعا او احد قسيميه وكذا القول في طواف العمرة والوجه والقربة والمقارنة للحركة في الجزء الاول من الشوط قوله والبداءة بالحجر بان يكون
اول جزء منه محاذيا لاول جزء من مقاديم بدنه بحيث يمر عليه بعد النية بجميع بدنه علما او ظنا والافضل ان يستقبله حال النية بوجهه ثم يأخذ في الحركة عقيب
النية بغير فصل جاعلا له على يساره ولو جعله على يساره ابتداء جاز وقد صرح بافضلية الاستقبال جماعة من الاصحاب منهم الشهيد في س وحكاه في
لف ساكتا عليه ولو لم يكن فيه من الفضل الا ملاحظة النية لكفي فيه بل في وجوبه كيف وقد اختاره اجلاء الاصحاب على غيره وهو ظاهر الاخبار فان
النية لا بد ذكرها فيها صريحا كغيره من الاعمال على الخصوص وانما يذكرون استقبال الحجر عند ارادة الطواف وهو كاف والى هذا المعنى اشار الشهيد و
العلامة في لف اعني في تنزيل الاخبار على ذلك قوله والختم به بان يحاذيه في اخر شوط كما ابتدا اولا ليكمل الشوط من غير زيادة ولا نقصان ولا فرق في الختم
بين كونه على المحل الذي ابتدا به ام على غيره مما شاركه في المعنى فلا يكفي تجاوزه بنية ان ما زاد على الشوط لا يكون جزء منه على وجه الاجمال هذا هو الذي
يقتضيه كلام الجماعة وان كان الاكتفاء بذلك محتملا قوله وان يدخل الحجر في الطواف مستند ذلك الاخبار الصحيحة والتاسي بالنبي والائمة صلوات
الله عليهم وليس عندنا معللا بكونه من البيت بل لما قلناه وفي بعض اخبارنا تعليل ذلك بكون ام اسماعيل مدفونة فيه وفيه قبور انبياء وروى

ومن جملة الامور ويجوز للقارن والمفرد تأخيره طول ذي الحجة على كراهية الثالث الطواف والافضل ان يكون مسبوقا بالغسل وتقليم الاظفار والاخذ من الشارب والدعاء اذا وقف على باب المسجد الاول في الطواف وفيه ثلثة مقاصد الاول في المقدمات وهي واجبة ومندوبة فالواجب الطهارة وازالة النجاسة عن الثوب والبدن وان يكون مختونا ولا يعتبر في المرأة والمندوب مضغ الاذخر وان يدخل مكة من اعلاها وان يكون حافيا على سكينة ووقار ويغتسل لدخول مكة من بئر ميمون او من فخ والا ففي منزله وان يدخل المسجد الحرام من باب بني شيبة بعد ان يقف عندها ويسلم على النبي ويدعو بالمأثور المقصد الثاني في كيفية الطواف وهو يشتمل على واجب وندب فالواجب سبعة النية والبداءة بالحجر والختم به وان يطوف على يساره وان يدخل الحجر في الطواف وان يكون بينه وبين البيت والمقام متم

الصلوة في غيره والعلة انه ليس الحجر شيء من البيت ولا قلامة ظفر وروى العامة عن عايشة ان النبي قال لها ان من الحجر ستة اذرع متصلة
بالبيت منه فمنعوا من سلوك ذلك واختلفوا فيما زاد وعلى كل حال فالاجماع واقع من المسلمين على انه ليس خارج الحجر شيء اخر يجب الخروج عنه فيجوز الطواف خلفه
ملاصقا بحائطه من جميع الجهات وانما نبهنا على ذلك لانه قد اشتهر بين العامة هناك اجتناب محل لا اصل له في الدين وان يكون بين البيت والمقام يجب
كون الطواف في المحل الخارج عن جميع البيت والداخل عن جميع المقام ويجب رعاية هذه النسبة من جميع الجهات فلو خرج عنها قليلا بطل ومن جهة الحجر يجب
المسافة بان ينزل منزلة البيت وان قلنا بخروجه عنه مع احتمال احتسابه منها على القول بخروجه وان لم يجز سلوكه واعلم ان المقام حقيقة هو العمود من الصخر
الذي كان ابرهيم يصعد عليه عند بنائه البيت ولكن اليوم عليه بناء يطلق على جميعه مع ما في داخله المقام عرفا وقد يستعمل الفقهاء في بعض عباراتهم
واطلقوا هنا كون الطواف بين البيت والمقام وكذلك النصوص فهل المعتبر كونه بين البيت وحائط البناء الذي على المقام الاصلي ام بينه وبين
العمود المخصوص كل محتمل وان كان الاستعمال الشرعي في الثاني اقوى قوله ولو مشى على اساس الحائط او حائط الحجر لم يجزه المراد به القدر الباقي من الحائط
خارجا بعد عمارته اخيرا ويسمى الشاذروان وظاهر الحال انه محيط بالبيت من جميع الجهات ولكن ذكر العلامة في كره انه من ركن العراقي الى الشامي وهو
ظاهر عبارته في باقي كتبه لانه جعل الممنوع منه من جهاتها عند موازاة الشاذروان وذلك يقتضي ظاهرا ان له محلا مخصوصا وان يرفعه فيلحم ومن لوازمه
ركعتا الطواف اي من لوازمه شرعا وجوبا في الواجب كما هو ظاهر البحث وندبا في المندوب ولا يتخلف وجوبها او ندبها عنه وان تخلف فعلهما او
وبعتبر فيها النية كباقي الصلوات المشتملة على تعيين الصلوة والطواف المنسوب الى الحج المخصوص او العمرة وكون الطواف للنسك المعين والقضاء و
والوجه والقربة وفي اشتراط الجنبة الاداء وجهان اصحهما العدم لعدم وقوعهما على وجهين فان اطلاق القضاء عليهما عند تاخيرهما عن السعي مجاز لا حقيقة
اذ ليس لهما وقت مضروب شرعا ولا ريب انه اولى قوله ولو نسيهما وجب عليه الرجوع ولو شق اه المرجع في المشقة الى العرف ولا يشترط التعذر كما ذهب اليه
بعض الاصحاب منهم الشهيد في س والظ تساوي الاقطار في جواز فعلهما عند مشقة العود وفي من يجب العود الى المقام والجاهل في ذلك كالناسي اما
العامد فلم يتعرض المص لذكره والذي يقتضيه الاصل ان يجب عليه العود مع الامكان ومع التعذر يصليهما حيث امكن واوجب العلامة الاستنابة في فعلهما
فيه عند تعذر العود وجعلهما مما يستثنى من الصلوة الواجبة من عدم جواز النيابة فيها حال الحيوة وفي بعض الاخبار دلالة عليه وان كان فعلهما مباشرة
حيث امكن اقوى واصح سندا وهل يجب فعلهما حال كونه في اشهر الحج الظ ذلك والنصوص والفتوى مطلقة ولا فرق في هذه الاحكام بين ركعتي طواف الحج
والنساء والعمرة قوله ولو مات قضاهما الولي هو الولي الذي يقضي الصوم والصلوة وقد تقدم بيانه في الصوم هذا ان تركهما الميت خاصة ولو ترك
معهما الطواف ففي وجوب قضائه عليه ويستتبع الطواف ام يستنيب عليهما معا من ماله وجهان ولعل وجوبهما عليه مط اقوى لعموم قضاء ما فاته من
الصلوة الواجبة اما الطواف فلا يجب عليه قضاؤه عنه وان كان بحكم الصلوة والكلام في قضائه عنه في المكان والزمان كما مر في فعله بنفسه قوله الزيادة
على السبع في الطواف الواجب محظورة هذا هو الاقوى ويتحقق الزيادة ولو بخطوة ويبطل بها الطواف ان وقعت عمدا ولو كان سهوا لم يبطل وسيأتي حكمه والظ
ان الجاهل هنا كالعامد قوله الطهارة شرط في الواجب دون الندب هذا هو الاقوى وقد تقدم الكلام فيه اما صلوة الطواف فيستوي واجبها ومندوبها
في اشتراط الطهارة قوله يجب ان يصلي ركعتي الطواف في المقام هو الان بناء الاصل في المقام انه العمود من الصخر الذي كان ابرهيم يقف عليه حين بنائه
البيت واثر قدميه فيه الى الان وقد كان في زمن ابرهيم ملاصقا في البيت بحذاء الموضع الذي هو فيه اليوم ثم نقله الناس بعده الى موضعه الان
فلما بعث النبي رده الى الموضع الذي وضعه فيه ابرهيم فما زال فيه حتى قبض وفي زمن الاول وبعض زمن الثاني ثم رده بعد ذلك الى الموضع الذي هو فيه
الان روى ذلك كله سليمن بن خالد عن ابي عبد الله عم ثم بعد ذلك بنوا حوله بناء واطلقوا اسم المقام على ذلك البناء لمناسب المجاورة حتى صار اطلاقه على
البناء كانه حقيقة عرفية وقد احترز المص بقوله حيث هو الان عن الصلوة في موضعه القديم فانها غير مجزية وهو مصرح في النصوص اذا تقرر ذلك فنقول
قد عرفت ان المقام بالمعنى الاول لا يصلح ظرفا مكانيا للصلوة على جهة الحقيقة لعدم امكان الصلوة عليه وانما يصلى خلفه او الى احد جانبيه واما
المقام بالمعنى الثاني فيمكن الصلوة فيه وفي احد جانبيه وخلفه فقول المص يجب ان يصلي في المقام ان اراد به المعنى الاول اشكل من جهة جعله ظرفا مكانيا
ومن جهة قوله ولا يجوز في غيره فان الصلوة خلفه او عن احد جانبيه جائزة بل معينة ومن جهة قوله فان منعه زحام صلى وراءه او الى احد جانبيه فان الصلوة
في هذين جائزة مع الزحام وغيره ولو حملت الصلوة فيه على الصلوة حوله مجازا تسمية له باسمه بسبب المجاورة كان المقصود بالذات من الكلام الصلوة
خلفه او الى احد الجانبين مع الاختيار فيشكل شرطه بعد ذلك جواز الصلوة فيهما بالاضطرار اللهم الا ان يتكلف لقوله خلفه او الى احد جانبيه بما
زاد عما حوله مما يقاربه عرفا ويصح الصلوة اليه اختيارا بان يجعل ذلك كله عبارة عن المقام مجازا وما خرج عن ذلك من المسجد الذي بناه خلفه واحد
الجانبين يكون محلا للصلوة مع الاضطرار والزحام الا ان هذا معنى بعيد وتكلف زائد وان اراد المقام بالمعنى الثاني وهو البناء المحيط بالصخرة
المخصوصة صح قوله ان يصلي في المقام ولكن يشكل بالامرين الاخرين فان الصلوة في غيره ايض جائزة اختيارا وهو ما جاوره من احد جانبيه وخلفه مما
لا يخرج عن قرب الصخرة عرفا ولا يشترط فيه الزحام بل هو الواقع لجميع الناس في اكثر الاعصر وفي ارادة البناء فساد اخر وهو ان المقام كيف اطلق يجب
كون الصلوة خلفه او عن احد جانبيه ومتى اطلق على البناء وفرضت الصلوة الى احد جانبيه صح من غير اعتبار ان يكون عن جانب الصخرة وهذا لا يصح
لان المعتبر في ذلك انما هو بالصخرة لا بالبناء فانه هو مقام ابرهيم وموضع الاطلاق الشارع وايض قوله حيث هو الان احتراز عن محله قديما كما
تقدم والمقام المنقول هو الصخرة لا البناء كما لا يخفى وهذا الاجمال والقصور في المعنى مشترك بين اكثر العبارات وان تفاوتت في ذلك و
لقد كان الاولى ان يقول يجب ان يصلي خلف المقام او الى احد جانبيه فان منعه زحام جاز التباعد عنه مع مراعاة الجانبين والوراء واعلم ان

ولو مشى على اساس البيت او حائط الحجر لم يجزه ومن لوازمه ركعتا الطواف وهما واجبتان في الطواف الواجب ولو نسيهما وجب عليه الرجوع ولو شق قضاهما حيث ذكر ولو مات قضاهما الولي مسائل ثلث الاولى الزيادة على السبع في الطواف الواجب محظورة على الاظهر وفي النافلة مكروهة الثانية الطهارة شرط في الواجب دون الندب حتى انه يجوز ابتداء المندوب مع عدم الطهارة وان كانت الطهارة افضل الثالثة يجب ان يصلي ركعتي الطواف في المقام حيث هو الان ولا يجوز في غيره فان منعه زحام صلى وراءه او الى احد جانبيه

الى المقام يمتد الى المقام

وموضع المشرقة

ويعد

وجوب الصلوة في المقام باى معنى اعتبر هو المشهور بين الاصحاب وعليه الطباق المتاخرين منهم وذهب الشيخ في قول الى جواز فعلهما في غير المقام وابو الصلاح محلها المسجد الحرام ووافقه ابنا بابويه في ركعتي طواف النساء خاصة والعمل على المشهور وهذا كله في صلوة الفريضة اما النافلة فيجوز فعلها حيث شاء من المسجد الحرام قوله من طاف في ثوب نجس مع العلم لم يصح طوافه الى قوله كان طوافه ماضيا مستند ذلك الملازمة قوله الطواف بالبيت صلوة خرج منه ما اجمع على عدم مشاركته لها فيه فيبقى الباقي حملا لما تعذر حمله على الحقيقة على اقرب المجازات اليها ويلزم من ذلك ان الناسي للنجاسة كذلك وانه لا فرق بين الثوب والبدن وان الجاهل بالنجاسة انما يزيلها في الاثناء اذا لم يحتج الى فعل يستدعي قطع الطواف ولما يكمل اربعة اشواط والا وجب الاستيناف و قيل عليه ان ذلك يتم اذا لم يجب على المصلي مع جهله بالنجاسة الاعادة في الوقت والا فينبغي وجوب الاعادة هنا مطلقا سواء ذكر في الاثناء ام بعد الفراغ واجيب بان للصلوة وقتا محدودا شرعا بخلاف الطواف فان وقته فعله فاذا فرغ منه لم يبق له وقت واشكل بان مجموع ذي الحجة وقت للطواف كما هو وقت لافعال الحج التي ليست موقتة بما هو اخص منه كالوقوفين فما لم يخرج ذو الحجة ينبغي الاعادة ولو قلنا بانه لا يجوز تاخيره عن اليوم الحادي عشر امكن كون اليومين وقتا له ايضا ويجاب بان ذلك كله لا يفيد التوقيت الشرعي فان المراد به ما كانت العبادة بعده قضاء كما يعلم من الصلوة وغيرها والطواف ليس كذلك اذ لا قضاء له فعلم ان ذلك كله لا يفيد التوقيت المحض واعلم ان ضمير ازالته ان عاد الى النجاسة كان على خلاف القياس الفصيح وان عاد الى الثوب بمعنى نزعه وجب تقييده بما اذا كان عليه ساتر غيره ولم يحتج الى فعل يستدعي قطع الطواف ولما يكمل اربعة اشواط كما مر وكان الاولى ان يقول ازالها فان المعروف ازالة النجاسة لا الثوب قوله يجوز ان يصلي ركعتي طواف الفريضة اه نبه بذلك على خلاف بعضهم حيث كرهها ح وعندنا لا يكره الفريضة مطلقا ولا النافلة غير ما له سبب ويظهر من الجماعة ان نافلة صلوة الطواف مكروه ح مع انها في الحقيقة من ذوات الاسباب قوله من نقص من طوافه فان جاوز النصف رجع فاتم من موضع القطع ولو شك فيه اخذ بالاحتياط وليس له البداءة بالركن لو كان النقص بعد وقيل يجوز وكذا لو استانف من راس والمراد بمجاوزة النصف ان يكمل اربعة اشواط لا مطلق مجاوزته قوله ولو عاد الى اهله امر من يطوف عنه اي يطوف ما بقي منه ويظهر من المص وغيره جواز الاستنابة هنا اختيارا وبه صرح في س ولا باس به قوله وان كان دون ذلك استانف وكذا من قطع طواف الفريضة لدخول البيت اه اي يعتبر في جميع ذلك مجاوزة النصف وهو بلوغ الاربعة فان بلغها بنى بعد زوال العذر والا استانف وكذا القول فيما لو قطعه لصلوة فريضة دخل وقتها او نافلة خاف فوتها وللمص في النافع قول بجواز قطعه لصلوة الفريضة وان لم يبلغ النصف فيبني وكذا صلوة الوتر وهو ضعيف ولا يجوز قطعه لغير الاسباب المذكورة وحيث يقطعه يجب ان يحفظ موضعه ليكمل منه بعد العود حذرا من الزيادة والنقصان ولو شك اخذ بالاحتياط كما مر مع احتمال البطلان واحترز المص بطواف الفريضة عن طواف النافلة فانه يبني فيه اذا قطعه لذلك مط ولو كان القطع لا لعذر قبل بلوغ النصف استانف مط قوله وكذا لو احدث في طواف الفريضة اي يبني مع بلوغ الاربعة بعد الطهارة ومثله ما لو عرض له نجاسة ازالها وعاد ويجب الاقتصار على قدر الحاجة عرفا ولا يجب التخفيف زيادة على المعتاد ولو زاد عن قدر الحاجة فكالقطع بغير عذر قوله ولو دخل في السعي فذكر انه لم يتم طوافه رجع فاتم طوافه ان كان تجاوز النصف ثم تمم السعي ولو لم يكن تجاوز النصف اعاد الطواف والسعي ولا عبرة بتجاوز نصف السعي بل يبني فيه ان بنى على الطواف ويستانف حيث يستانفه قوله واستلام الحجر على الاصح نبه بالاصح على خلاف سلار حيث اوجبه والاصح المشهور والمستحب استلامه بكل ما امكن من بدنه كبطنه ووجهه وبيده وكذا يستحب تقبيله ولا يجب خلافا لسلار ولو لم يتمكن من تقبيله استلمه بيده ثم قبلها فان لم يمكن اشار اليه والاستلام بغير همز المس افتعال من السلم بالكسر وهي الحجارة فاذا مس الحجر بيده ومسحه بها قيل استلم اي مس السلام او من السلام بالفتح وهو التحية بمعنى انه يحيي نفسه عن الحجر اذ ليس الحجر ممن يحييه وهذا كما يقال اختدم اذا لم يكن له خادم سوى نفسه وحكى تغلب الهمزة وفسر بانه اتخذه جنة وسلاحا من اللامة وهي الدرع قوله مقتصدا في مشيه اه الاقتصاد في المشي التوسط فيه بين الاسراع والبطوء والقول باستحباب القصد فيه مط هو المشهور بين الاصحاب والقول الثاني مشي بين الشيئين والقول باستحباب الرمل في الثلثة الاول والمشي في الاربعة الباقية قول الشيخ في ط ومحله طواف القدوم خاصة وهو اول طواف ياتي به القادم الى مكة واجبا كان او مندوبا لما رواه الصادق ع عن جابر ان النبي ص رمل ثلثا ومشى اربعا والسبب فيه قول ابن عباس قدم رسول الله ص مكة فقال المشركون انه يقدم عليكم قوم نهكتهم الحمى ولقوا منها شرا فامرهم رسول الله ان يرملوا الاشواط الثلثة فلما راوهم قال المشركون ما نراهم الا كالغزلان والرمل بفتح الميم هو الاسراع في المشي مع تقارب الخطى دون الوثوب والعدو ويسمى الخبب وانما يستحب على القول به للرجل الصحيح دون المراة والخنثى والمريض بشرط ان لا يؤذي غيره ولا يتاذى هو ولو كان راكبا حركته ولا فرق بين الركنين اليمانيين وغيرهما عندنا وعند بعض العامة يمشي بين الركنين في الاشواط الثلثة ولو تركه في الاشواط او بعضها لم يقضه بل ياتي به فيما لو بقي من الثلثة ولو دار الامر بين الرمل متباعدا عن البيت وتركه متدانيا منه ففي ترجيح احدهما نظر لكونهما مندوبين متعارضين ويمكن ترجيح الرمل وبه قطع في كره لانه متعلق بنفس العبادة والقرب متعلق بموضعها فهو عرضي ووجه ترجيح الثاني ان استحباب الدنو متفق عليه بخلاف الرمل فكان اولى قوله وان يلتزم المستجار في الشوط السابع المستجار جزء من حائط الكعبة بحذاء الباب دون الركن اليماني بقليل ويستحب بسط اليدين عليه والصاق البطن والخد به والاقرار لله بالذنوب مفصلة فانه ليس من عبد مؤمن يقر لربه بذنوبه في هذا المكان الا غفر الله له انشاء الله رواه معوية بن عمار عن الصادق ع ومتى استلم او التزم حفظ الموضع الذي انتهى اليه طوافه بان يثبت رجليه فيه ولا يتقدم بهما حالتهما ولا يتاخر ثم يرجع اليه منه اعتدادا حذرا من الزيادة في الطواف او النقصان قوله ولو جاوز المستجار رجع اه لا يستلزم الرجوع زيادة في الطواف وهو غير جائز وقيل يرجع مستحبا ما لم يبلغ الركن اليماني لصحيحة علي بن يقطين عن ابي الحسن موسى ع قوله وان يلتزم الاركان كلها اه هذا هو المشهور بين الاصحاب وبه اخبار

صحيحة وذهب ابن الجنيد الى استحباب استلام الركنين المذكورين والمنع من استلام الشامي والغربي واوجب سلار استلام اليماني والعمل على المشهور نعم كان استلام الركنين اكد لمواظبة النبي ص على استلامهما وفي صحيحة جميل بن صالح عن ابي عبد الله ع قال كنت اطوف بالبيت فاذا رجل يقول ما بال هذين الركنين يستلمان ولا يستلم هذان فقلت ان رسول الله ص استلم هذين ولم يعرض لهذين فلا تعرض لهما اذ لم يعرض لهما رسول الله ص قال جميل ورايت ابا عبد الله ع يستلم الاركان كلها وقيل لانهما على قواعد ابرهيم ع وهو يتم بكون البيت مختصرا من جانب الحجر وقد تقدم الكلام فيه وروى الصدوق في العلل عن الصادق ع قال انما انتهى رسول الله ص الى الركن الغربي فقال له الركن يا رسول الله الست قعيدا من قواعد بيت ربك فمالي لا استلم فدنا منه النبي ص فقال له اسكن عليك السلام غير مهجور وفي هذه الاخبار اشعار بما اسلفناه في الحجر ولذلك ذكرناها واعلم ان اليماني بتخفيف الياء لان الالف فيه عوض عن ياء النسبة على اللغة المشهورة ولو قيل اليمني شددت على الاصل قوله فان لم يمكن فثلثمائة وستين شوطا ويلحق الزيادة بالطواف الاخير ويسقط الكراهة هنا بهذا الاعتبار هذا هو المشهور وهو موافق لظاهر النص فيكون الاخير عشرة اشواط ويكون مستثنى من كراهة القران في النافلة باعتبار استحباب ثلثمائة وستين شوطا عدد ايام السنة وزاد ابن زهرة اربعة اشواط ليصير الاخير طوافا كاملا حذرا من الكراهة وليوافق عدد ايام السنة الشمسية وفي بعض الاخبار اشارة اليه لان البزنطي ذكر وجامعه عن الصادق ع انه اثنان وخمسون طوافا وكلا الامرين جائز لدلالة النقل عليه قوله ومن زاد على السبعة سهوا اكملها اسبوعين اه اذا لم يذكر حتى بلغ الحجر بان اكمل شوطا فصاعدا فلو ذكر قبل ذلك قطع وجوبا ولو زاد ح بطل وفي صورة الاكمال يعتبر النية للاسبوع الثاني من الان ويكون النية بالنية الى اثرها فيما سبق ويحتمل ضعيفا الاكتفاء بالنية للباقي خاصة واضعف منه الاكتفاء بالنية الاولى نظيره او ورده من انه زاد في صلوته ركعة وقد تشهد عقيب الرابعة بقدر التشهد يضم اليها اخرى وتكون صلوة منفردة وفي المتنبه منع قوله وصلى الفريضة اولا اه الظاهر ان ذلك على سبيل الافضلية اذ لا يجب البداءة بالسعي على القول باستحباب فلو قدم ركعتي النافلة على السعي ايضا بل لو قدمهما على الفريضة صح بناء على جواز النافلة لمن عليه فريضة ما لم يضر بوقتها قوله وان يتداني من البيت فقد ورد في الخبر عن الكاظم ع ان للطائف بكل خطوة سبعين الف حسنة الحديث والتباعد عن البيت يوجب زيادة الخطى فيتعارض هنا امران كما سبق في نظائره ولكن التداني من البيت افضلهما وان نقصت الخطى ولا بعد في كون الثواب المخصوص مشتركا بين الخطا وان انقص بعضها بزيادة غير مقدرة كما يشترك المساجد في تعيين من مضاعفة الصلوة مع القطع بافضلية بعضها على بعض وذلك يستلزم زيادة الثواب فيه لكن لا نقدر له ونظائره كثيرة قوله الطواف ركن من تركه عامدا ابطل حجه اه المراد به غير طواف النساء فانه ليس بركن اجماعا اذ المراد بالركن هنا ما يبطل الحج بتركه عمدا خاصة وفي وقت تحقق البطلان بتركه خفاء فان مقتضى قوله ومن تركه ناسيا قضاه ولو بعد المناسك ان العامد يبطل حجه متى فعل المناسك بعده وقد ذكر جماعة من الاصحاب انه لو قدم السعي على الطواف عمدا بطل السعي ووجب عليه الطواف ثم السعي فدل على عدم بطلان الحج بمجرد تاخير الطواف عمدا ويقوى توقف البطلان على خروج وقت الحج وهو ذو الحجة لانه وقت له في الاصل في الجملة خصوصا الطواف والسعي فانه لو اخرهما طول ذي الحجة صح وغايته ما يقال بالاثم وقد تقدم وفي حكم خروج الشهر انتقال الحاج الى محل يتعذر عليه العود في الشهر فانه يتحقق البطلان ح وان لم يخرج بعد في الحج واما العمرة فان كان عمرة التمتع كان بطلانها بفواتها عمدا مخففا بضيق الموقفين بحيث يضيق الوقت الا عن التلبس بالحج ولما يفعله وان كانت مفردة فبخروج السنة ان كانت المجامعة لحج الافراد او القران ولو كانت مجردة عنه فاشكال اذ يحتاج بطلانها بمجرد تركه وكما يفعله ويحتمل ان يتحقق في الحج بتركه بنية الاعراض عنه وان يرجع فيه الى ما يعد تركا عرفا و المسئلة موضع اشكال والمراد بالقضاء في الناسي الاتيان بالفعل لا القضاء بالمعنى المعروف شرعا وهو فعل الشيء خارج وقته اذ لا توقيت هنا والجاهل هنا كالعامد لكن روى علي بن جعفر عن اخيه ان عليه مع اعادة الحج بدنة ولم يذكرها اكثر من الاصحاب قال في س وفي وجوب هذه البدنة على العامد نظر من الاولوية والاخبار الدالة على حكم العامد الخالية عنها ويمكن اختصاص الجاهل بها بسبب تقصيره في التعلم فالاولوية في موضع النظر قوله ولو تعذر العود استناب فيه الاولى ان يريد بالتعذر المشقة الكثيرة كما اختاره في س ويحتمل ان يريد به عجزه عن استطاعة الحج الشرعية ومطلق الامكان قوله ولو كان في اثنائه وكان شكا في الزيادة قطع ولا شيء عليه اه انما يقطع مع شك الزيادة اذا كان على منتهى الشوط اما لو كان في اثنائه بطل طوافه لتردده بين محذورين الاكمال المحتمل للزيادة عمدا والقطع المحتمل للنقيصة ويمكن دخول هذا القيد في قوله وان كان في النقصان اعم منه والبناء في النافلة على الاقل مط هو افضل ولو بنى على الاكثر حيث لا يستلزم الزيادة جاز ايضا كنفل الصلوة وهو مروي هنا قوله من زاد على السبع ناسيا اه هذا كالمقيد لما سبق من قوله ومن زاد على السبعة سهوا اكملها اسبوعين فان الزيادة عليها تصدق بخطوة مع ثبوت الحكم فانه لو ذكر قبل بلوغ الحجر يجب عليه ان يقطع ولو زاد ولو يسيرا بطل طوافه وقد دل على التفصيل رواية ابي كهمش عن الص ع قوله من نسي طواف الزيارة حتى رجع الى اهله وواقع قيل عليه بدنة اه مستند الاطلاق صحيحة العيص وحسنة معوية بن عمار عن الص ع بوجوبها من غير تقييد بالعلم والى هذا ذهب الشيخ والاصح تقييد الوجوب بما لو واقع بعد العلم لان الناسي معذور والكفارة لا تجب في غير الصيد على الناسي والرواية مشعرة به فيحمل عليه وفي قول الم ع ويحمل القول الاول على من واقع بعد الذكر تسامح فان الذي يناسب حمله على ذلك الرواية لا القول كما في غيره فان المص احكم بخلاف ما دلت عليه الرواية مع صحتها او حسنها احتاج الى حملها واما القول فان قائله يريد الاطلاق نظرا الى ما فهمه من اطلاق الرواية فاذا خالفه المص لا يحتاج الى ان يحمله على شيء مع ان الخلاف متحقق والحمل ينافيه وكانه لما استبعد القول حمله على ما يوافق الاصول وهو يستلزم حمل الرواية لانها مستنده وقوله والرجوع الى مكة للطواف انما يجب عليه ذلك مع القدرة كما مر فلو تعذر استناب ولو تكرر الوطي عمدا تكررت الكفارة قوله ولو نسي طواف النساء جاز ان يستنيب لا بشرط في جواز الاستنابة هنا تعذر العود بل يجوز وان امكن لكن يشترط في جوازها ان لا يتفق عوده والا لم يجز ولو تعمد تركه وجب العود مع الامكان كغيره

لان جواز الاستنابة مع الاختيار على خلاف الاصل فيقتصر فيه على مورد النص وهو الناسي والجاهل عامد قوله من طاف كان بالخيار في تاخير السعي الى الغد
ثم لا يجوز مع القدرة اي لا يجوز تاخيره عن الغد اختيارا فانه يأثم لو اخره ويجزي والاصح عدم جواز تاخيره الى الغد ايضا للنص نعم يجوز تاخيره ساعة و
ساعتين للراحة ونحوها كما ورد في الاخبار قوله ولا يجوز التعجيل الا للمريض الخ لا يختص الحكم بمن ذكر بل يعم كل مضطر وانما خص المص الثلثة لانها مورد
النص المراد بخوف المريض والشيخ من الزحام بعد العود بحيث يحصل لهما بذلك مشقة بالغة وبخوف المراة وقوع الحيض بعد العود ان تكون معتادة
لذلك او مضطربة لا ضابط لها وفي الحاق المعتادة التي تستفيد من عادتها تاخره يوم النحر لكن خافت تقدمه بسبب الحرارة ونحوها وجه قوي ولو
قدمته فاتفق تاخره عن وقته لم يجب عليها اعادة لامتثال المامور به على وجهه المقتضي للاجزاء قوله ويجوز التقديم للقارن والمفرد اه المراد انه يجوز لهما التقديم
اختيارا اما مع الضرورة فتنتفي الكراهة قوله لا يجوز تقديم طواف النساء على السعي اه الضرورة المجوزة لتقديمه هي المجوزة لتقديم طواف الحج للمتمتع
وقد مر تفصيلها قوله من قدم طواف النساء على السعي ساهيا اجزأه ولو كان عامدا لم يجزه وهل يلحق الجاهل بالعامد او بالناسي وجهان اجودهما الاول
فيجب عليه الاعادة قوله وقيل لا يجوز الطواف وعلى الطائف برطلة اه البرطلة بضم الباء والطاء واسكان الراء وتشديد اللام المفتوحة قلنسوة طويلة
كانت تلبس قديما وقد روي ان علة النهي انها من زي اليهود والاصح ان تحريم لبسها مخصوص بطواف يجب كشف الراس فيه كطواف العمرة لضعف الروايات
الدالة عليه مط نعم يكره في غيره خروجا من خلاف المانع وتساهلا في ادلة الكراهة وعلى تقدير التحريم لا يقدح في صحة الطواف لان النهي عن وصف خارج
عنه وكذا القول في لبس المخيط قوله من نذر ان يطوف على اربع قيل يجب عليه طوافان وقيل لا ينعقد النذر وهذا اشبه بالاول اذا كان الناذر امراة اقتصارا
على مورد النقل بذلك وورود رواية بين ضعيفتين فيبطلان النذر مطلقا لان هذه الصفة غير متعبد بها ولا مشروعة قوله لا باس ان يعول الرجل
على غيره في تعداد الطواف لانه كالامارة اه مستند الحكم رواية سعيد الاعرج عن الصادق وتعليل المص انه كالامارة يشعر باشتراط ظن صدقه فان مطلق
الخبر قد لا يكون كالامارة والرواية مطلقة ويشترط في الحافظ البلوغ والعقل لا الذكورة والحرية وهل يشترط العدالة وجهان وظاهر الخبر العدم وبه قطع
في س ولا فرق بين ان يكون الحافظ طائفا او لا واطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين ان يطلب الطائف منه الحفظ وعدمه والخبر مطلق ايضا وانما
خصه المص بالرجل لانه مورد النص والوجه عدم الفرق بينه وبين غيره ولو اختلف شكهما رجع الطائف الى شك نفسه ولو نقصا قوله طواف
النساء واجب في الحج والعمرة اه انما خصه بالذكر مع ان غيره كذلك لدفع توهم اختصاصه بمن يباشر النساء بخلاف غيره لانه ليس موضع الوهم اجماعا
قوله لانه يشمل الواجب وغيره لان الصبيان لا يخاطبون به على وجه الوجوب لعدم التكليف في حقهم بل يلزمون به تمرينا فلو اخلوا به حرم عليهم النساء
بعد البلوغ ولو كان الصبي غير مميز طاف الولي به كما مر ويلزمه حكم الترك لو تركه الى ان بلغ قوله في السعي الطهارة لا فرق في استحبابها بين الواجب
والمندوب على اشهر القولين واصحهما والرواية الصحيحة ناطقة به قوله واستلام الحجر المراد به بعد الطواف عند ارادة السعي وكذا الشرب من زمزم
وتوابعه قوله وان يخرج من الباب المحاذي للحجر تاسيا بالنبي ص وهو الان في داخل المسجد بسبب توسعته كما ذكرناه في باب بني شيبة الا انه معلم
باسطوانتين فليخرج من بينهما وينبغي بعد ذلك الخروج من الباب الموازي له المعروف الان بباب الصفا قوله وان يصعد الصفا بحيث يرى البيت
من بابه ويحصل ذلك بالدرجة الرابعة قوله وان يطيل الوقوف على الصفا بقدر قراءة سورة البقرة مترسلا تاسيا بالنبي ص وقد روي عن الصادق
ان من اراد ان يكثر ماله فليطل الوقوف على الصفا قوله والواجب النية ويجب اشتمالها على مميزات الفعل كما مر في غيره والوجه والقربة واستدامتها
حكما الى الفراغ ومقارنتها للصفا بان يصعد عليه فيجزي اي جزء كان منه او يلصق عقبيه به ان لم يصعد فاذا وصل الى المروة الصق اصابع رجليه
بها او ادخلها كذلك ليستوعب المسافة التي بينهما فاذا عاد الى الصفا الصق عقبيه بالمروة ان لم يكن في داخلها وهكذا القول في كل شوط ذهابا وعودا
ويجب الحركة بعدها بغير فصل لتكون النية مقارنة لاول العبادة كالطواف قوله وان يسعى سبعا يحسب ذهابه شوطا وعوده اخر فلو احتسبهما
معا شوطا ناسيا لم يضر وجاهلا اخطأ في رواية حسنين واخرى صحيحة انه يطرح الزائد ولا شيء عليه لا فرق بين زيادة سبعة واقل و
اكثر قوله والهرولة ما بين المنارة وزقاق العطارين المراد بالهرولة الاسراع في المشي وقد يطلق عليه الرمل ايضا فيقتصر في خطاه مع ذلك علل استحباب
الهرولة في المكان المذكور بانه شعبة من وادي محسر فاستحب قطعه بالهرولة كما يستحب قطع وادي محسر بها وهذا الحكم مختص بالرجل وفي حكمه الصبي دون
المراة قوله ولو نسي الهرولة رجع القهقرى اه القهقرى بفتح القافين والراء واسكان الهاء المشي الى خلف من غير التفات بالوجه والرجوع على هذا
الوجه الذي ذكره الاصحاب كذلك وظاهرهم وجوب الهيئة بمعنى انه لا يصح ان يمشي بوجهه والرواية مشعرة به ايضا لانه قال فيها ولا يصرف وجهه منصرفا
ولكن يرجع القهقرى ويمكن ان يريد به الاستحباب كالاصل وعلى كل حال لو عاد بوجهه اجزأ وانما الكلام في الاثم وهل استحباب العود مخصوص بمن
ذكرها في ذلك الشوط ام يرجع الى الشوط الذي نسيها فيه وان تجاوزه الظ الاول وكلام الجماعة مطلق والرواية قد تدل على الثاني قوله ولا
باس ان يجلس في خلال السعي للراحة هذا هو المشهور وصحيحة الحلبي صريحة فيه وذهب بعض الاصحاب الى تحريم الجلوس في غير الصفا والمروة وان اعيى
وجوز الوقوف كذلك لرواية قاصرة الدلالة وكذا يجوز قطعه للصلوة وقضاء حاجة له ولغيره ويكره لغير ضرورة لان الموالاة لا تجب فيه اجماعا
نقله العلامة في كره مع انه قد نقل عن جماعة وجوبها كالطواف قوله السعي ركن من تركه عامدا بطل حجه الكلام في تحقيق ركنيته هنا كما سبق
في الطواف فليلحظ هناك قوله ولو كان ناسيا وجب عليه الاتيان به وفي الحاق الجاهل بالعامد او بالناسي وجهان اجودهما الاول قوله فان
تعذر عليه استناب فيه المراد بالتعذر المشقة البالغة كما تقدم في الطواف مع احتمال ارادة التعذر الحقيقي اعني عدم الامكان قوله ولو زاد
عامدا بطل يتحقق البطلان بزيادة خطوة واحدة فيه قوله ولا يبطل بالزيادة سهوا لكن ان تذكر قبل اكمال الشوط الثامن وجب القطع ح فان

لو يقطع بطل سعيه وان لم يذكر حتى اكمل الثامن تخير بين القطع واهدار الثامن وبين اكمال اسبوعين ويكون الثاني مستحبا ولم يشرع استحباب السعي
الا هنا ولا يشرع ابتداء مط واطلق الاكثر جواز اكمال اسبوعين لمن زاد سهوا من غير تقييد باكمال شوط قوله ومن تيقن عدد الاشواط وشك فيما به
بدأ فهذا انما يكون شكا في ابتداء الامر والا فبعد العلم يكون عدده زوجا وهو على الصفا يتحقق البداءة به فلا يكون من الشك في شيء الا بالاعتبار
الذي ذكرناه ومثله ما لو تيقن الطهارة والحدث متعاقبين وشك في السابق منهما مع علمه بحاله قبلهما قوله وينعكس الحكم مع انعكاس الفرض المراد
بانعكاس الفرض والحكم انه ان كان في الفرد على الصفا اعاد وان كان على المروة صح سعيه لانه يكون قد بدأ بالمروة في الاول وبالصفا في الثاني
وقيل المراد بانعكاس الفرض ان يتيقن بما بدأ به ويشك في العدد وبانعكاس الحكم البطلان ان كان على الصفا والصحة ان كان على المروة وهذا انما
فيما لو تحقق اكمال العدد وشك في الزيادة وعدمها فانه ان كان على المروة يقطع ولا شيء عليه لان الاصل عدم الزيادة وان كان على الصفا لم يتحقق
البراءة ولا يجوز الاكمال حذرا من الزيادة فيجب الاعادة ولكن الفرض اعم من ذلك فان الشك في العدد يشمل ما لو شك هل فعل شوطا او اثنين او ثلثة
الخ وفي هذه الصور كلها يبطل السعي كالطواف قوله من لم يحصل عدد سعيه اعاد المراد انه شك في عدده سواء علم ما به بدأ ام لا فانه يعيد ويستثنى
من ذلك ما لو شك بين الاكمال والزيادة على وجه لا ينافي البداءة بالصفا كما لو شك بين السبعة والتسعة وهو على المروة فانه لا يعيد لتحقق الاكمال
واصالة عدم الزيادة كالطواف ولو كان على الصفا اعاد قوله ومن تيقن النقيصة اتى بها سواء ذكرها في الحال ام بعد حين فانه يقتصر على اتمامها وان
كان اكثر من نصفه لعدم اشتراط الموالاة فيه كما مر فيبني ولو على شوط على اشهر القولين قوله ولو كان متمتعا بالعمرة وظن انه اتم فاحل وواقع النساء
ثم ذكر ما نقص كان عليه دم بقرة على رواية ويتم النقصان وكذا قيل لو قلم اظفاره او قص شعره مستند ذلك رواية عبد الله بن مسكان عن الصادق ع في رجل طاف
بين الصفا والمروة ستة اشواط وهو يظن انها سبعة فذكر بعدما احل وواقع النساء انه انما طاف ستة اشواط فقال عليه بقرة يذبحها ويطوف
شوطا اخر ومستند القول رواية سعيد بن يسار عنه ع قال قلت له رجل متمتع سعى بين الصفا والمروة ستة اشواط ثم رجع الى منزله وهو يرى انه
قد فرغ منه فقلم اظفاره واحل ثم ذكر انه سعى ستة اشواط فقال لي ان كان يحفظ انه سعى ستة اشواط فليعد وليتم شوطا وليرق دما فقلت دم ماذا
قال دم بقرة وفي معناها رواية معوية بن عمار عنه ع وزاد قص والمراد بالسعي هنا سعي عمرة التمتع اذ الحج لا يتأتى فيه ان يحل حلا فيه قبل السعي
نعم يأتي في الجماع لتحريمه قبل طواف النساء وفي هذه الروايات مخالفة للاصول من وجوه الاول وجوب الكفارة على الناسي وهو في غير الصيد مخالف
لغيرها من النصوص والفتوى الثاني وجوب البقرة في تقليم الاظفار والواجب شاة في مجموعها ويمكن ارادة ذلك من الرواية لان اظفاره جمع مضاف
يفيد العموم الثالث وجوب البقرة ايضا بالجماع مع ان الواجب به مع العمد بدنة ولا شيء مع النسيان الرابع مساواة الجماع في الكفارة لتقليم الاظفار
والحال انهما مفترقان في الحكم في غير هذه المسئلة ولذا حمل بعض الاصحاب الاخبار على الاستحباب وبعضهم فرق بين الظان والناسي فاسقط الكفارة
عن الناسي وجعل مورد هذه المسئلة الظن كما صرح به في الرواية الاولى وجماعة المتأخرين تلقوها بالقبول مط ويمكن توجيه هذه الاخبار بان الظان
وان كان معذورا لكن هنا قد قصر حيث لم يحتط النقص فانه قطع السعي على ستة اشواط يكون قد ختم بالصفا وهو واضح الفساد فلم يعذر
بخلاف الناسي وغيره فانه معذور لكن يبقى ان المفروض في المسئلة فيمن فعل ذلك قبل اتمام السعي من غير تقييد بالستة فيشمل ما لو قطع في المروة على
خمسة وهو محل العذر والمسئلة موضع اشكال وان كان ما اختاره المص من العمل بظاهر الروايات اولى قوله لو دخل وقت فريضة وهو في السعي
قطعه وصلى ثم اتمه وكذا لو قطعه لحاجة له او لغيره جواز قطعه هو المشهور بين الاصحاب وذهب بعضهم الى انه كالطواف في اعتبار مجاوزة النصف
والنصوص دالة على الاول ولا فرق في جواز قطعه للصلوة بين سعة وقتها او ضيقه بل الكلام والنصوص انما وردت مع السعة اما مع الضيق فيتعين
قطعه لان الوقت لها بالاصالة قوله ولو ذكر في اثناء السعي نقصانا من الطواف اتمه الطواف مع تجاوز نصفه بان يكون قد طاف اربعة اشواط فصاعدا ثم بنى على ما
مضى من السعي وان كان شوطا بل بعض شوط على الظ ولو لم يبلغ في الطواف الاربعة اعاده من راس ثم استانف السعي وان كان قد بقي منه القليل
بل وان كان اكمله قوله ويجب عليه ان يبيت بها ليلة الحادي عشر والثاني عشر ويجب فيه النية مقارنة لاول الليل بعد تحقق الغروب في قصد
الفعل وهو المبيت تلك الليلة ويعين الحج والوجه والقربة والاستدامة الحكمية ولو ترك النية ففي كونه كمن لم يبت او يأثم خاصة نظر والثاني
غير بعيد قوله فلو بات بغيرها كان عليه لكل ليلة شاة هذا مع الاختيار اما لو اضطر الى الخروج منها لمانع عام او خاص لحاجة او حفظ مال
له او لغيره او تمريض مريض او نحو ذلك سقط وجوب المبيت وفي سقوط الفدية نظر من اطلاق النص بوجوبها على من لم يبت ومن ظهور العذر
لكونها كفارة عن ترك الواجب وهو منتف ويمكن كونها فدية فتجب وان انتفى الاثم اما الرعاة واهل سقاية العباس فقد رخص لهم في ترك المبيت
ولا فدية عليهم قوله الا ان يبيت بمكة مشتغلا بالعبادة لا فرق في العبادة بين الواجبة والمندوبة ويجب استيعاب الليلة بها الا ما يضطر
اليه من اكل وشرب وقضاء حاجة ونوم يغلب عليه ويحتمل كون القدر الواجب منها ما كان يجب بمنى وهو ان يتجاوز نصف الليل ومن اهم
العبادة الاشتغال بالطوافين والسعي لكن لو فرغ منها قبل الفجر وجب عليه الاكمال بما شاء من العبادة وفي جواز رجوعه بعده الى منى ليلا نظر
ينشأ من استلزامه فوات جزء من الليل بغير احد الوصفين ومن الرواية بالواجب وهو الخروج الى منى للمبيت ويظهر من بعض جوازه وان علم انه لا
يدركها الا بعد انتصاف الليل بل بعد الفجر قوله او يخرج من منى بعد نصف الليل وقبله ره القول للشيخ مع تجويزه الخروج من منى بعد الانتصاف
والمبيت بغير مكة ولم نعلم ماخذه فان الروايات مطلقة في جواز الخروج بعد نصف الليل ولعل مكة اولى به من غيرها فالعمل بالمشهور قوله
وفي لو بات الليالي الثلث بغير منى لزمه ثلث شياه اه هكذا اطلق الشيخ وما حمله عليه المصنف فانه مع عدم وجوب المبيت اختيارا

١٢٦ لا فدية له ولا كفارة والمراد بغروب الشمس هنا هو الغروب المعتبر في حل الصلوة وافطار الصائم ولا فرق على تقدير الغروب بين من تاهب للخروج فبله
تغرب عليه قبل ان يخرج وغيره ولا بين من خرج ولم يتجاوز حدوده ومنع غيره على الظ لصدق الغروب عليه بمنى فان اجزائها مساوية في وجوب المبيت
بها ثم لم يخرج منها قبله ثم رجع بعده لا شيء عليه فغربت الشمس عليه ثم يجب المبيت وكذا لو عاد لتدارك واجب عليه بها ولو رجع قبل الغروب
فغربت عليه بها ففي وجوب الاقامة وجهان وقربا العلامة الوجوب والوجهان اتيان في وجوب الرمي بعده والمراد باتقاء الصيد عدم قتله وباتقاء
النساء عدم جماعهن في حال الاحرام وفي الحاق باقي المحرمات المتعلقة بها كالقبلة واللمس بشهوة والعقد وشهادته واكل الصيد نظر من صدق عدم
الاتقاء لغة في جميع ذلك ومن دلالة ظاهر النص على ارادة المعنى الاول وبه صرح بعض الاصحاب وهل يفرق بين العامد والناسي والجاهل في ذلك نظر
من العموم وعدم وجوب الكفارة على الناسي في غير الصيد وعدم مؤاخذته فيه ويمكن الفرق بين الصيد فيثبت الحكم فيه مط بخلاف غيره اما الجاهل
فالظ انه كالعامد مع احتمال الخروج ايض لعدم وجوب الكفارة عليه في غير الصيد وفي بعض الاخبار دلالة على اعتبار اتقاء جميع المحرمات واختاره
ابن ادريس والاتقاء معتبر في احرام الحج قطعا وفي اعتباره في عمرة التمتع ايض وجه قوي لارتباطها بالحج ودخولها فيه كما دل عليه الخبر وكلام الجماعة
وهذه الفروع غير محررة قوله ووقت الرمي ما بين طلوع الشمس الى غروبها هذا هو المشهور وعليه العمل وذهب بعض الاصحاب الى ان اوله وقت زوال
الشمس واتفق الجميع على افضلية ما بعد الزوال فالتاخير اليه افضل واحوط قوله ومن حصل بيده اربع حصيات ثم رمى اه هذا مع الجهل او النسيان
اما مع العمد فيجب اعادة ما بعد التي لم يكمل لتحريم الانتقال عن الجمرة قبل اكمال الرمي بها فيفسد ما بعدها والضابط على التقديرين الاولين انه متى رمى
واحدة اربعا وانتقل منها الى الاخرى كفاه اكمال الناقصة وان كان اقل استانف الثانية وفي الناقصة وجهان اجودهما استينافها ايضا وكذا
لو رمى الاخيرة دون اربع ثم قطعه قوله ولو نسي رمي يوم قضاه من الغداة لا ريب في وجوب قضاء الفوائت ما دام وقت الرمي وهو ايام التشريق
باقيا ووجوب تقديمه على الاداء مرتبا حتى لو فاته رمي يومين قدم الاول على الثاني وختم بالاداء ولكن هل يجب كون القضاء في وقت اداء الرمي وهو بين
طلوع الشمس الى الغروب قيل نعم لوجوبه في الرمي مط وهو اجود وفي بعض الاخبار دلالة عليه ويحتمل جواز فعله قبل طلوع الشمس ويجب في الفائت نية
القضاء وهل يجب في الحاضر نية الاداء يحتمله لوقوعه على وجهين كالصلوة وعدمه اذ لا يمكن القضاء حال الاداء حتى لو اجتمعا في ذمته فان وجوب تقديم
القضاء يوجب عدم امكان الاداء وقته وعدم امكان القضاء عند فعل الاداء ولا ريب ان التعرض للاداء والقصد اولى قوله ويستحب ان يكون ما يرميه
لامسه غدوة اه المراد بالغدوة هنا بعد طلوع الشمس وبعد به الزوال بعده وفي بعض الاخبار يجعل بينهما قدر ساعة والواجب تقديم السابق مط
قوله وان خرج من مكة لم يكن عليه شيء اذا انقضى زمان الرمي اه المراد بزمان الرمي ايام التشريق ومفهوم قوله لم يكن عليه شيء اذا انقضى مانه عدم وجوب
قضائه وقوله فان عاد في القابل رمى وجوبه على وجه هو قوله وان استناب جاز وجوبه ايض على احتمال فيه والاقوى وجوب القضاء في القابل في ايامه لكن ان
اتفق حضوره وجب عليه المباشرة والا جازت الاستنابة واذا امكن العود والظ ان مراد المص ذلك ولكن العبارة مجملة ونفى الشيء بفوات زمانه يحتمل
ارادة غير القضاء قوله ويستحب ان يقيم الانسان بمنى ايام التشريق قد عرفت انه يجب الاقامة ليلا وفي زمان الرمي وهو من جملة الايام فاستحباب الاقامة
في الايام اما محمول على ما زاد على ذلك بتقدير حذف المضاف اي بقية ايام التشريق او اطلق في ذلك اسم الجزء على الكل فان الاقامة في باقي الاجزاء بحيثية
او يكون الاستحباب متعلقا بالمجموع من حيث هو مجموع وذلك لا ينافي وجوب بعض اجزاء المجموع فانها مغايرة له من تلك الحيثية ويمكن اخراج الليالي
من راس بحمل الايام على النهار فان في شمولها الليالي بحث باعتبار اللغة عليه قوله وان يرمي الجمرة الاولى عن يمينه اه اي يمين الرامي ويكون على يسارها
في بطن المسيل كما ورد به النصوص والمراد بيسارها جانبها اليسار بالاضافة الى المتوجه الى القبلة فيجعلها حينئذ عن يمينه فيكون ببطن المسيل لانه عن
يسارها فيرميها منه وكذا القول في رمي الثانية وفي بعض نسخ الكتاب عن يمينها وهو موافق لعبارة العلامة في عد حيث عبر برميها عن يساره
اي يسار الرامي فيكون عن يمينها المستقبل القبلة والاصح ما تقدم وهو الموافق للرواية وعبارة المص في النافع والعلامة في غير عد وغيرهما من الاصحاب
قوله والتكبير بمنى مستحب وقيل واجب اه القول بالاستحباب اقوى واشهر واوجبه جمع من الاصحاب عملا بظاهر الامر في قوله تعالى ولتكبروا الله على ما هداكم
قوله من احدث ما يوجب حدا او تعزيرا او قصاصا اه فسر التضييق فيهما بان يطعم ويسقى ما لا يحتمله مثله عادة وبما يسد الرمق وكلاهما مناسب لمعنى
التضييق والمراد انه يمنع ما زاد على ذلك بان لا يباع ان اراد الشراء ولا يمكن من ماله ان كان له مال زيادة على ذلك ولا يتبرع عليه به وفي صحيحة
معوية بن عمار عن الص لا يطعم ولا يسقى ولا يباع ولا يؤذى حتى يخرج واختاره بعض الاصحاب وهو حسن والحق بعضهم بالحرم مسجد النبي ص ومشاهد
الائمة ع محتجا باطلاق اسم الحرم عليها في بعض الاخبار وهو نادر قوله يكره ان يمنع احد من سكنى دور مكة اه الكراهة اقوى والاخبار ظاهرة فيها والاية
الدالة على استواء العاكف فيه والباد مخصوصة بالمسجد او محمولة على الاستحباب جمعا قوله ويحرم ان يرفع احد بناء فوق الكعبة اه الكراهة اقوى والخبر
الصحيح عن الباقر ع ظاهر فيها قوله لا تحل لقطة الحرم قليلة كانت او كثيرة اه اختلف الاصحاب في لقطة الحرم على اقوال فالمص في هذا الكتاب حرم
قليلها وكثيرها وفي النافع كرههما مط وذهب بعضهم الى جواز لقطة ما نقص عن الدرهم وتحريم الزائد ثم على تقدير الجواز لا يجوز تملك ما زاد على
الدرهم اجماعا بل يجب تعريفه حولا ثم يتخير بعده ان لم يجد مالكه بين ابقائه في يده امانة وبين الصدقة به وفي الضمان لو ظهر المالك في كره
قولان وقد اطلق دعوى الاجماع على تحريم تملك لقطة الحرم مع انه نقل بعد ذلك عن جماعة جواز تملك ما نقص عن الدرهم والقول بالكراهة
مط اقوى لضعف مستند التحريم والقول بجواز تملك ما نقص عن الدرهم منها لا باس به وهو خيرة س وكذا القول بضمان ما زاد اذا تصدق به فكره
المالك كغيرها قوله اذا ترك الناس زيارة النبي ص اجبروا عليها لما يتضمن من الجفاء المحرم اشار بالتعليل الى ما ورد عنه ص انه قال من حج ولم يزرني فقد

جناني ولا شك ان جفاه محرم فيكون ترك زيارته وان كانت في الاصل مستحبا مؤديا بالنحو المحرم بسبب استلزامه الجفاء هكذا ذكره الشيخ ره وتبعه عليه اكثر
المتاخرين وانكر ابن ادريس الاجبار هنا محتجا بان الزيارة مندوبة وليس من المندوب ما يجبر على فعله وكليته الكبرى ممنوعة فان المندوب اذا ادى تركه
بالاستهانة يجبر على فعله وقد اتفق على اجبار اهل البلد على الاذان بل على قتالهم اذا اطبقوا على تركه ثم يبقى في اسناد الاجبار بحيث من حيث ان
ترك زيارته اذا كان يتضمن الجفاء يقتضي التحريم فيجب الزيارة من حيث انها دافعة للجفاء فيتحقق الاجبار على تركها بغير اشكال الا ان ذلك يستلزم القول
بوجوبها وهم لا يقولون به فاللازم احد الامرين اما القول بوجوبها او ترك التعليل بالجفاء وايض فالعمل بظاهر الحديث يقتضي اجبار كل حاج
بترك زيارة النبي ص لان من من صيغ العموم فيشمل كل فرد فرد من افراد الحاج ومدعاهم هو اجبار الجميع لو تركوها لا اجبار مطلق التارك مع تمام غيره
بها وعلى تقدير خروج بعض الافراد بدليل خارجي كمن يتعذر عليه زيارته يبقى العام حجة على الباقي وبهذا يندفع ما ذكره بعضهم من ان قوله من حج ليس
كليا بل هو مهملة في قوة الجزئية فلا يصدق كل من ترك زيارته فقد جفاه فان خروج بعض الافراد لعارض لا يمنع الكلية كغيرها من صيغ العموم الواردة
في الاحكام الشرعية فانه كما اشتهر ما من عام الا وقد خص الا ما استثني ومع ذلك لا يمنع عمومه ودلالته على حكم الباقي والاولى في الجواب ما نقدم
من استلزام ترك الجميع زيارته التهاون باعظم السنن واجلها فيجبرون عليها الان يقوموا بما يدفع ذلك والجبر وان كان عقابا لا بد له على الذنب
لانه دنيوي وانما يستحق بترك الواجب العقاب الاخروي على وجه قوله ويستحب امام ذلك صلوة ست ركعات بمسجد الخيف واكده استحبابا عند المنارة
التي في وسطها وفوقها الى جهة القبلة بنحو ثلثين ذراعا وعن يمينها ويسارها كذلك هذا الموضع المؤكد من المسجد وهو مدار حول المنارة من جميع الجهات
بنحو ثلثين ذراعا كان مسجد رسول الله ص ويستحب الصلوة فيه مدة اقامة الحاج بمنى فرضها ونفلها وبما يخص من صلوة ست ركعات وقيده بعضهم
بما اذا اراد النفر ورواية ابن ابي حمزة عن الص خالية عنه لكن قيد فيها بكون الست في اصل الصومعة وفي حسنة معوية بن عمار عنه ع اطلاق الامر
بالصلوة فيه وفيها تحديد مسجد النبي ص بما قدم وانه قد صلى فيه الف نبي وانما سمي خيفا لانه مرتفع عن الوادي وما ارتفع عن الوادي سمي خيفا والمص جمع بين
بين مدلولي الخبرين فاخذ من الاول صلوة ست ركعات ومن الثاني كون الصلوة في مسجد النبي ص المحدد بما ذكره نظرا الى ان الست من جملة الصلوات التي
ينبغي فعلها فيه وقد روي انه من صلى في مسجد النبي ص مائة ركعة عدلت عبادة سبعين عاما ومن سبح الله فيه مائة تسبيحة كتب الله له اجر عتق رقبة ومن
هلل الله فيه مائة عدلت احياء نسمة ومن حمد الله عز وجل فيه مائة عدلت اجر خراج العراقين ينفق في سبيل الله قوله ويستحب التحصيب لمن نفر في
الاخير اه المراد به النزول بمسجد الحصباء بالابطح تاسيا بالنبي ص وذكر جماعة من الفضلاء ان هذا المسجد ليس له في زمانهم اثر فيتادى السنة بالنزول في
من الابطح قيل وهو ما بين العقبة وبين مكة وقيل ما بين الجبل الذي عنده مقابر اهل مكة والجبل الذي يقابله مصعدا في الشق الايمن لقاصد مكة
وليس المقبرة منه واشتقاقه من الحصباء وهي الحصاء المحمولة بالسيل وانما يستحب التحصيب لمن نفر في الاخير فلو نفر في الاول لم يستحب وروي في ذلك
ابو مريم عن الص قوله ويستحب خروجه من باب الحناطين هو باب بني جمح قبيلة من قريش بازاء الركن الشامي سمي بذلك لبيع الحنطة عنده وقيل الحنوط
وقد تقدم ان المسجد لما زيد فيه دخلت هذه الابواب في داخل المسجد فينبغي ان يكون الخروج من الباب المسامت له على الاستقامة قبله رجاء ان
يظفر به قوله ويخر ساجدا اي عند الباب المذكور ويستحب اطالته والدعاء فيه قوله ويستقبل القبلة ويدعو اي بعد القيام من السجود وليكن اخر
دعائه اللهم اني انقلب على لا اله الا الله قوله ويشتري بدرهم تمرا يتصدق به اه اي عند ارادة الخروج سواء كان قبل ما تقدم من وداع البيت او
بعده والمراد بالدرهم الشرعي ويستحب ان يتصدق بالتمر قبضة قبضة لرواية ابي بصير عن ابي عبد الله ع وعلل فيها وفي حسنة معوية بن عمار بكونه
كفارة لما لعله دخل عليه في حجه من حك او قملة سقطت او نحو ذلك وهذا يتم مع استمرار الاشتباه اما لو ظهر له موجب بادر بالصدقة فهي الجزائية
نظرا من اطلاق الخبر ولاختلاف الوجه الذي بسببه يختلف النية وفرق بين الاجزاء وهو حسن قوله ويستحب لمن حج ان يعزم على العود لانه من الطاعات
العظيمة فالعزم عليه طاعة وروي انه من المنسيات في العمر روى محمد بن ابي حمزة رفعه قال من خرج الى مكة وهو لا يريد العود اليها فقد قرب اجله ودنا
عذابه ويستحب ان يضم الى العزم سؤال الله تعالى ذلك عند انصرافه ورزقنا الله العود الى ذلك المقام وشفعه الله بزيارة النبي ص والائمة ع قوله والطواف
افضل للمجاور من الصلوة اه انما يكون الطواف افضل للمجاور في السنة الاولى اما الثانية فيتساويان في الفضل فليخلط من ذا ومن ذا وفي الثالثة
يصير بمنزلة المقيم ويصير الصلوة له افضل رواه هشام بن الحكم عن ابي عبد الله ع قوله ويكره المجاورة بمكة بمعنى الاقامة بها بعد قضاء المناسك
وان لم يكن سنة ويمكن ان يريد به سنة وكلاهما مروي في الصحيح ومع الثاني انه المتعارف وقد علل ذلك بوجوه كلها مروية الاول ان المقام بها
يقسي القلب رواه الصدوق في العلل عن ابي عبد الله ع قال اذا قضى احدكم نسكه فليركب راحلته وليلحق باهله لان المقام بمكة يقسي القلب الثاني
مضاعفة العذاب بسبب الذنب فيها فقد روي فيه ايض باسناده الى ابي الصباح الكناني قال سئلت ابا عبد الله ع عن قول الله عز وجل
ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب اليم فقال كل ظلم يظلم الرجل نفسه بمكة من سرقة او ظلم احد او شيء من الظلم فاني اراه الحادا حتى ضرب الخادم
ولذلك كان ينهى ان يسكن الحرم الثالث خروج النبي ص منها فهرا وعدم عوده اليها الا للنسك واسراعه الخروج منها حين عاد روي في ذلك انه عند
انه كره المقام بمكة وذلك ان رسول الله ص اخرج عنها والمقيم بها يقسو قلبه حتى ياتي فيها ما ياتي في غيرها وروى محمد بن مسلم عن الباقر ع قال لا ينبغي للرجل
ان يقيم بمكة سنة قلت كيف يصنع قال يتحول عنها الى غيرها وعلل ايض بخوف الملالة وقلة الاحترام وليدوم شوقه اليها وهو منقوض بالمدينة فان
المجاورة فيها مستحبة مع وجود العلل الا ان يقال ان ذلك في مكة ازيد بسبب زيادة المشقة في الاقامة بها وقد روى الصدوق عن الباقر ع ان من جاور
بمكة عفى الله عن ذنبه ولاهل بيته ولكل من استغفر له ولعشيرته ولجيرانه ذنوب تسع سنين قد مضت وعصموا من كل سوء اربعين ومائة سنة

ان الطاعم بمكة كالصائم فيما سواها وصيام يوم بمكة يعدل صيام سنة فيما سواها ومن ختم القران بمكة من جمعة الى جمعة او اقل او اكثر كتب الله له من الاجر والحسنات
من اول جمعة كانت في الدنيا الى اخر جمعة يكون وكذا في سائر الايام وهذه الاخبار تدل على استحباب الاقامة فيتعارض الاخبار ظاهرا وجمع الشهيد ره وجماعة
بينها بحمل الكراهة على من لا يأمن وقوع هذه المحذورات منه والاستحباب للواثق من نفسه بعدمها ويشكل بان بعضها غير اختياري كالتاسي بالنبي وكونه
اخرج منها كرها وجمع اخرون بحمل الاخبار الاخيرة على المجاورة لاجل العبادة والاولى على المجاورة لا لها كالتجارة وهو حسن مع الوثوق بعدم الملل والا كره
وملابسة الذنب ونحوه وان كان المشهور الكراهة مطلقا قوله ويستحب النزول بالمعرس على طريق المدينة هو بضم الميم وفتح العين وتشديد الراء المفتوحة
اسم مفعول من التعريس وهو النزول في اخر الليل للاستراحة اذا كان سائرا ليلا ويقال بفتح الميم وسكون العين وتخفيف الراء والمعرس بذي الحليفة
بقرب مسجد الشجرة باذائه مما يلي القبلة فيستحب النزول به والصلوة فيه والاضطجاع ناسيا بالنبي ولا فرق بين النزول فيه ليلا او نهارا قوله للمدينة
حرم وحده من عائر الى وعير ولا يعضد شجره ولا بأس بصيده الا ما صيد بين الحرتين عائر ووعير جبلان يكتنفان المدينة من المشرق والمغرب ووعير
بفتح الواو وقيل بضمها مع فتح العين المهملة والحرتان موضعان ادخلتهما المدينة وهما حرة ليلى وحرة واقم بكسر القاف وهو الحصن والحرة بتو
اليه واصل الحرة بفتح الحاء المهملة وتشديد الراء الارض التي فيها حجارة سود وهذا الحرم بريد في بريد اثنا عشر ميلا وفي تحريم قطع شجره وصيد ما
بين الحرتين منه قولان احدهما التحريم وهو اختيار المحقق والعلامة في هي استنادا الى اخبار كثيرة ناطقة بالتحريم منها صحيحة زرارة عن الباقر وكثيرة
وهو المشهور بين الاصحاب بل كثير منهم لم يذكروا فيه خلافا الكراهة عملا باصالة الحل ولدلالة اخبار اخر على عدم تحريم الصيد فيجمع بينهما بالكراهة
وفيه ان اخبارهم ليست سليمة فالصحيح من تلك لا معارض له وبعض الاصحاب قطع بتحريم قطع الشجر وجعل الخلاف في الصيد وظاهر الاخبار يدل عليه
وانه لم يرد خبر بجواز قطع الشجر وانما تعارضت الاخبار في الصيد الا ان الاصحاب نقلوا الكراهة في الجميع واختاروها وعلى تقدير التحريم لا كفارة في فعل
شيء من ذلك من قتل صيد او قطع شجر كما في حرم مكة قوله ويستحب للحاج زيارة النبي استحبابا مؤكدا ليس ذكر هذه المسئلة تكرارا لما سبق لان السابق
انما دل على اجبار الناس على زيارته لو تركوها وليس فيه التصريح بالاستحباب مطلقا فذكره هنا وكما يستحب للحاج يستحب لغيره وان كان الحكم فيه اكد بسبب
ورود في الاخبار كثيرا وتوعده بالجفاء قوله ويستحب ان يزار فاطمة من عند الروضة الروضة جزء من مسجده وهي ما بين قبره الشريف ومنبره الى
طرف الظلال وقد روي ان قبرها بالروضة فلذلك استحب الصلوة بها من عندها ويظهر من تخصيصها اختياره ذلك وقد روي ان قبرها
بينهما خلف ابيها وهو الان في داخل المسجد وهو الذي اعتمد عليه الصدوق وجماعة وروي انها بالبقيع وسبب خفائه دفن علي ع لها بالليل غير ان
يشعر بها احد فينبغي زيارتها في المواضع الثلثة وافضلها بينها وابعد الاحتمالات كونها في الروضة قوله ويستحب المجاورة بها للاخبار الواردة بذلك
وفي بعضها قول ابي عبد الله ع لبعض اصحابه حين اخبروه بارادة المقام بها اصبتم المقام في بلد رسول الله ص والصلوة في مسجده واعملوا لاخرتكم
واكثروا لانفسكم ان الرجل قد يكون كيسا في الدنيا فيقال ما اكيس فلانا وانما الكيس كيس الاخرة قوله وان يصوم الانسان بالمدينة ثلثة ايام للحاجة
وهي الاربعاء والخميس والجمعة قوله وان يصلي ليلة الاربعاء عند اسطوانة ابي لبابة وكذا يوم الاربعاء والاسطوانة ما بين القبر والمنبر تلي راس
رسول الله ص وتسمى اسطوانة التوبة قوله وفي ليلة الخميس عند الاسطوانة التي تلي مقام رسول الله ص وكذا يصلي عندها يوم الخميس وليلة الجمعة
ويوم الجمعة ويدعو يوم الجمعة للحاجة بهذا الدعاء اللهم اني اسئلك بعزتك وقدرتك وجميع ما احاط به علمك ان تصلي على محمد وال محمد وان تفعل
بي كذا وكذا قوله كمسجد الاحزاب ومسجد الفتح في صحيحة معوية بن عمار عن الصادق ع ان مسجد الاحزاب هو مسجد الفتح وكذلك ذكره الشهيد ره في س
والعلامة في هي وسمي مسجد الاحزاب بذلك لان النبي ص دعا فيه يوم الاحزاب فاستجاب الله وفتح الله عليه بقتل عمرو بن عبد ود وانهزام الاحزاب
قوله ومسجد الفضيخ هو بالضاد والخاء المعجمتين سمي بذلك لنخل يسمى بالفضيخ روى ذلك ليث المرادي عن الصادق ع وقيل لانهم كانوا يفضخون فيه التمر
قبل الاسلام اي يشدخونه قال الجوهري فضخت راسه شدخته وكذلك فضخت البسر والفضيخ شراب يتخذ من البسر وحده من غير ان تمسه النار
وقد روى عمار عن ابي عبد الله ع ان في هذا المسجد ردت الشمس لعلي ع حتى صلى العصر حين فاته الوقت بسبب نوم النبي في حجره فلما فرغ من الصلوة
انقضت انقضاض الكواكب قوله في الاحصار والصد الصد بالعدو والاحصار بالمرض اختصاص الحصر بالمرض هو الذي استقر عليه رأي اصحابنا
ووردت به نصوصهم وهو مطابق لللغة قال في الصحاح احصر الرجل على ما لم يسم فاعله قال ابن السكيت احصره المرض اذا منعه من السفر او من
حاجة يريدها قال الله تع فان احصرتم ثم قال وقد حصره العدو يحصرونه اذا اطبقوا عليه واحاطوا به وحاصروه محاصرة وحصارا وعند
العامة الحصر والصد واحد من جهة العدو ولنا مع ما تقدم اصالة عدم الترادف واعلم ان الحصر والصد اشتركا في ثبوت اصل التحلل عند المنع من
اكمال النسك في الجملة وافترقا في مواضع تذكر في تضاعيف الباب وجملتها ستة امور الاول عموم التحلل وعدمه فان المصدود يحل له بالمحلل كل
شيء حرم بالاحرام والمحصر ما عدا النساء بل يتوقف حلهن على طوافهن الثاني في اشتراط الهدي وعدمه فان المحصر يجب عليه الهدي فان المصدود
ينحره او يذبحه حيث وجد المانع ولا يختص بمكان والمحصر يختص مكانه بمكة ان كان في احرام العمرة وبمنى ان كان في احرام الحج الرابع قد المحلل
فان المحصر لا يحل الا بالهدي والتقصير عملا بالاية وفي افتقار المصدود الى احدهما قولان وان كان الاقوى الافتقار الخامس ان تحلل
المصدود يقيني لا يقبل الخلاف فانه يفعله في مكانه والمحصر تحلله بالمواعدة الممكن غلطها السادس فائدة الاشتراط فانه في المحصر تعجيل التحلل وفي المصدود
ما تقدم من الخلاف في انه هل يفيد سقوط الهدي او كون التحلل عزيمة لا رخصة او مجرد التعبد الى غير ذلك من الفوائد وهذه الاحكام تختلف مع وقوع
كل واحد من السببين منفردا عن الاخر فلو اجتمعا على المكلف بان مرض وصده العدو ففي ترجيح ايهما والتخيير بينهما فيأخذ حكم ما اختاره او الاخذ بالاخف

كانحكامها

من احكامها اوجه اجودها الاخير لصدق اسم كل واحد عند الاخذ بحكمه ولا فرق في ذلك بين عروضهما دفعة او متعاقبين اذا كان قبل الشروع في حكم السابق
فلو عرض الصد بعد بعث المحصر او الاحصار بعد ذبح المصدود ولما يقصر احتمل ترجيح السابق وهو خيرة س وبقاء التخيير لصدق الاسم قبل التحلل قوله
والمصدود اذا تلبس ثم صد اه انما قدم البحث عن الصد مع ان حكمه غير مصرح به في الاية الشريفة وانما ذكر فيها الحصر لانه اخف احكاما ولان الحصر المذكور
في الاية يراد به ما يعم الصد بل هو في الصد اوضح لوقوعه للنبي ص واصحابه في الحديبية بالعدو وانما جاء الفرق بينهما عندنا من قبل النص ومن ثم خصه العامة
بالعدو بسبب الواقعة اذا تقرر ذلك فاذا عرض الصد بعد التلبس بالاحرام فان كان الاحرام بعمرة التمتع او بالحج مطلقا ولم يكن له طريق غير الممنوع منها
او كان وقصرت النفقة عن سلوكه ولم يرج زوال المانع قبل خروج الوقت جاز له تعجيل التحلل بالهدي اجماعا وله الصبر على احرامه الى ان يتحقق الفوات
فان اراد تعجيل التحلل لزمه الهدي وان اخره الى ان يتحقق الفوات سقط التحلل بالهدي ووجب ان يتحلل بعمرة فان استمر المنع تحلل منها بالهدي ولو كان
احرامه بعمرة الافراد لم يتحقق خوف الفوات بل يتحلل منها عند تعذر اكمالها بالقيود المتقدمة ولو اخر التحلل كان جائزا فان يئس من زوال العذر تحلل
بالهدي قوله ولو خشي الفوات لم يتحلل اه المراد انه لو امكن سلوك طريق بعيدة لم يجز ان يتحلل بالهدي وان خشي فوات الحج بسلوكه لفقد الصد بل
يجب عليه سلوكه الى ان يتحقق الفوات ثم يتحلل بعمرة كما هو شأن من يفوته الحج بل هذا الحكم ثابت وان تحقق الفوات بسلوك تلك الطريق لانه من
افراد من فاته الحج لا من افراد المصدود لانتفائه في تلك الطريق نعم لو قصرت نفقته بسلوكه جاز التحلل لانه مصدود ولا طريق له سوى موضع المنع لعجزه
عن غيره فيتحلل ويرجع الى بلده ان شاء قوله ثم يقضي في القابل واجبا ان كان واجبا اه يجب تقييد الواجب بكونه مستقرا قبل عام الفوات او يستمر في
السفر بحيث لولاه لما فاته الحج كان ترك السفر مع القافلة الاولى ولو يصد يتحقق وجوب القضاء اذ لو انتفى الامران لم يجب القضاء وان كان الحج واجبا
قوله ولا يحل الا بعد الهدي ونية التحلل نبه بذلك على خلاف ابن ادريس حيث اكتفى في المصدود بنية التحلل ولم يوجب عليه هديا عملا باصالة البراءة فان
الاية الدالة على وجوبه انما وردت في المحصر وبدفعه صحيحة معوية بن عمار ان النبي ص حين صده المشركون يوم الحديبية نحر واحل وعلى خلاف المرتضى حيث
اسقطه مع الاشتراط وقد تقدم الكلام فيه والمراد بنية الهدي والنية ان الاحلال لا يتحقق الا ان يذبح الهدي او ينحره ناويا به التحلل فلا يكفي نيته
التحلل منفكة عنه والاقوى وجوب الحلق او التقصير بعد ذلك فلا يحل بدونه وموضع الذبح او النحر مكان الصد ويحل بذلك من كل ما احرم منه حتى
النساء من غير توقف على طوافهن بخلاف المحصر قوله وكذا البحث في المعتمر اذا منع عن الوصول اه اي جميع ما سبق انما هو في المصدود عن اكمال الحج على
الوجه الاتي وان لم يكن صرح به ومثله البحث في المعتمر اذا منع عن الوصول الى مكة وفي حكمه من وصل ومنع من فعل الطواف والسعي وغيرهما من الافعال ولا
فرق في ذلك بين العمرة المفردة وغيرها قوله ولو كان ساق قيل يفتقر الى هدي التحلل وقيل يكفيه ما ساقه وهو الاشبه الاكتفاء بالتحلل بالهدي المسوق
هو المشهور لانه هدي مستيسر فيجزي والاقوى عدم التداخل ان كان السياق واجبا بنذر وشبهه او بالاشعار وما في حكمه لاقتضاء اختلاف الاسباب ذلك
ولو كان مندوبا بمعنى انه لم يتعين ذبحه لانه لم يشعره ولم يقلده ولا وجد منه ما اقتضى وجوب ذبحه بل ساقه بنية انه هدي كفى قوله ولا بدل لهدي التحلل
فلو عجز عنه اه هذا هو المشهور ووجهه انتفاء النص عليه الموجب للبقاء على ما كان وهدي التمتع منصوص البدل فلا يصح القياس عليه فيبقى على احرامه
وان نوى التحلل فان مجرد النية غير كاف في تحليل ما قد حرم بالاحرام اذا لم يرد به الحكم الشرعي وذهب بعض الاصحاب الى انه يحل عند عدم الهدي لانه لم
يتيسر له هدي وانما اوجبه الله على المستيسر له وروي ان له بدلا وهو صوم ثمانية عشر يوما لكن لم نعلمه على وجه يسوغ العمل به وربما قيل بانه عشرة
كهدي التمتع لكن لا يجب فيها المتابعة ولا كونها في الحج او غيره لانتفاء المقتضي وحيث قلنا ببقائه على الاحرام يستمر عليه الى ان يتحقق الفوات فيتحلل بعمرة
ان امكن والا بقي على احرامه الى ان يجد الهدي او يقدر على العمرة قوله ويتحقق الصد بالمنع من الموقفين وكذا بالمنع من الوصول الى مكة ولا يتحقق بالمنع من
العود الى منى لرمي الجمار الثلث والمبيت بها بل يحكم بصحة الحج ويستنيب في الرمي المصدود اما ان يكون حاجا او معتمرا والمعتمر اما ان يكون متمتعا او مفردا
فان كان حاجا تحقق صده بالمنع من الموقفين معا اجماعا وبالمنع من احدهما مع فوات الاخر وبالمنع من المشعر مع ادراك اضطراري عرفة خاصة دون العكس
وبالجملة يتحقق بالمنع مما يفوت بسببه الحج وقد تقدم تحريره في اقسام الثمانية ومن هذا الباب ما لو وقفت العامة بالموقفين قبل وقته لثبوت الهلال عندهم
لا عندنا ولم يمكن التأخر عنهم بخوف العدو منهم او من غيرهم فان التقية هنا لم يثبت واما اذا ادرك الموقفين او احدهما على الوجه المتقدم ثم صد
فان كان عن دخول منى لرمي جمرة العقبة والذبح والحلق فان امكن الاستنابة فيهما او قدم الحلق عليهما ففي التحلل وجهان وقد تقدم مثله في غير الصد
ولو صد عن دخول مكة ومنى فهل يتحلل بالهدي او يبقى على الاحرام الى ان يقدر عليه وجهان اجودهما انه مصدود فلحقه حكمه لعموم الاية والاخبار ويحتمل
ان يحلق ويستنيب في الرمي والذبح ان امكن ويتحلل مما عدا الطيب والنساء والصيد حتى يأتي بالمناسك وكذا الاشكال لو كان صده عن مكة خاصة
بعد التحلل في منى لكن هنا اختار جماعة منهم الشهيد في س عدم تحقق الصد فيبقى على احرامه بالنسبة الى الثلثة الى ان يأتي ببقية الافعال وينبغي
تقييده في ذلك بعدم مضي ذي الحجة والا اتجه التحلل ولا يتحقق الصد بالمنع من افعال منى بعد النحر من المبيت والرمي اجماعا بل يستنيب في الرمي ان امكن
في وقته والا قضاه في القابل وان كان الممنوع معتمرا بعمرة التمتع تحقق صده بمنعه من دخول مكة وبمنعه بعد الدخول من الاتيان بالافعال وفي
تحققه بالمنع من السعي بعد الطواف خاصة وجهان من اطلاق النص وعدم مدخلية الطواف في التحلل وعدم التصريح بذلك في النصوص والوجهان
اتيان في عمرة الافراد مع زيادة اشكال فيما لو صد بعد التقصير عن طواف النساء فيمكن ان لا يتحقق الصد بل يبقى على احرامه بالنسبة اليهن واكثر
هذه الفروع لم يتعرض لها الجماعة بنفي ولا اثبات فينبغي تحقيق الحال فيها قوله اذا حبس بدين فان كان قادرا عليه اه حصرهم بسبب التحلل في عنوان الباب
في الحصر والصد يقتضي رجوع هذا الى احدهما والظاهر انه راجع الى الصد لان المانع من المسير هو السلطان وان كان لاجل المال الكن هذا ايضا في التحريز ظاهر

 لانه نابت في قوة العدو واما المحبوس بحق يعجز عنه ففيه وخوله نظر لان طالب الحق لا يعتبر عدوا انه ويمكن الجواب بان العاجز عن اداء الحق لا يجوز حبسه فيكون
بمنزلة الظالم الاول ومن ثم عدّ المحبوس وجاز له التحلل مع ان الحصر فيما ذكروه في موضع النظر فقد عدّ من الاسباب فناء النفقة وفوات الوقت وضيقه
والضلال عن الطريق مع الشرط نظما ولا معه في وجه لرواية حمران عن الصادق سئل عن الذي يقول حلني حيث حبستني فقال هو حل حيث حبسه الله
عز وجل قال او لم يقل وفي الحاق احكام هؤلاء بالمصدود او بالمحصر او استقلالهم نظر من مشابهة كل منهما والشك في حصر السبب فيهما وعدم النص
بحكم غيرهما ويمكن ترجيح جانب الحصر لانه اشق وبه يتيقن البرائة اذا تقرر ذلك فقول المص وكذا المحبوس ظلما يمكن كون المشبه به المشار اليه بذا مجموع حكم
المحبوس بدين بتفصيله بمعنى ان المحبوس ظلما على مال ان كان قادرا عليه لم يتحلل وان كان عاجزا تحلل ويمكن كونه الجزء الاخير من حكم المديون وهو قوله
تحلل والمراد جواز تحلل المحبوس ظلما سواء قدر على دفع المطلوب منه ام لا وسواء كان قليلا ام كثيرا والمسئلة موضع خلاف بسببه يتمشى في العبارة
الاحتمالان وقد تقدم من المص في اول الكتاب نقل الخلاف فيما لو كان في الطريق عدو لا يندفع الا بمال في سقوط الحج ووجوب التحمل مع المكنة واختار
الثاني وسيأتي في هذا الباب مثله بعد التلبس بالحج مع اختياره وجوب بذله ما لا يجحف ففتواه في المذكور من عبارته اولا يناسب الاحتمال الاول والثاني
يناسب القول الآخر بوجه وكيف كان فالاقوى وجوب دفعه مع الامكان مط فلا يجوز له التحلل معه فيكون الحكم فيه كالحق يبقى في كلام المص بحث آخر وهو
انه قد ذكر المسئلة في ثلثة مواضع وهي متقاربة الموضوع وبينهما اختلاف يسير فالاولى فيما لو طلب منه المال في الطريق قبل الشروع في الحج والاخريان
بعده الا ان هذه مفروضة في كونه قد حبس بالفعل والثانية في كونه ممنوعا من المسير الى ان يؤدي اليهم مالا فعلى الاحتمال الاول من تفسير هذه العبارة
لا اختلاف في الحكم بل الثلثة مشتركة في وجوب دفعه مع الامكان الا ان في الاخيرة تقييده بعدم الاجحاف وفي الاولين التقييد بالامكان مط فيحتاج
الى توجيه الفرق بين ذكر القيد وعدمه ان كان او دعوى تغير الحكم وعلى الاحتمال الثاني من احتمالات هذه المسئلة المقتضي لعدم وجوب دفع المال الى
الظالم مط فالتحلل يحصل الاختلاف بين المواضع الثلثة في الحكم والظاهر من عبارة جماعة خصوصا العلامة ان المراد هو هذا المعنى فانهم صرحوا بان
المحبوس على المال ظلما يتحلل كالمحبوس على حق يعجز عنه وقد يتكلف للفرق بين هاتين العبارتين المتقاربتين على هذا التقدير بابداء الفرق بين الموضعين
فان الاولى منهما وهي هذه المسئلة مفروضها كونه محبوسا على مال ظلما لا لخصوص المنع عن الحج بل بسبب المال خاصة حتى انه لو اعرض عن الحج راسا لم يندفع
عنه المال بخلاف منع العدو في الثانية فانه بخصوصية الحج حتى لو اعرض عن الحج خلى سبيله وح فيجب بذل المال في الثاني لانه بسبب الحج دون الاول و
في اختلاف الاحكام بسبب هذا الفرق مع تسليمه منع واضح كيف وهو غير ظاهر من الكلام ولا يدل عليه المقام ويبقى الكلام على الفتوى في العبارة السابقة
والاخيرة حيث لم يقيد في الاولى بالاجحاف وقيد في الثانية ولو قيل بانه كان ينبغي العكس امكن فانه بعد التلبس بالحج يجب اكماله مع الامكان للامر به
في قوله تع واتموا الحج والعمرة لله ولا تبطلوا اعمالكم فيجب تحصيل ما يتوقف عليه مط بخلاف ما لو لم يتلبس فان الوجوب مشروط بتخلية السرب وهو منتف
وشرط الواجب لا يجب تحصيله الى آخر ما سبق في توجيهه فوجوب البذل هناك مط وهنا مع عدم الاجحاف غير واضح قوله اذا صابر ففات الحج لم يجز له
التحلل بالهدي اه لا فرق في ذلك بين رجاء زوال عذره قبل خروج الوقت مع المصابرة وعدمه بل يجوز الصبر الى ان يفوت الوقت مط ويتحلل بعمرة
لاجل الفوات مع الامكان لانتفاء الصد ح ويسقط عنه دم التحلل ولو استمر المنع عن مكة بعد الفوات تحلل من العمرة بالهدي كالاول ويستحب الصبر
مع رجاء زوال العذر قوله وعليه القضاء ان كان واجبا اي وجوبا اصليا مستقرا كما تقدم في نظيره ومع التفريط في السفر بحيث لو بادر لم يحصل
المانع فلا يجب قضاء المندوب بالاصل وان كان يجب بالشروع فيه ولا ما وجب في عامه ولم يتحقق التفريط قوله اذا غلب على ظنه انكشاف العدو قبل
الفوات اه وجه الجواز تحقق الصد فيلحقه حكمه وان كان الافضل الصبر مع الرجاء فضلا عن غلبة الظن لا لظاهر الامر بالاتمام قوله لو افسد حجه فصد
كان عليه بدنة اه لا اشكال في وجوب الحج عليه من قابل لان الافساد موجب لذلك سواء قلنا ان الاولى فرضه والثانية عقوبة كما دلت عليه رواية
زرارة ام بالعكس كما يقتضيه الدليل ان لم يعمل بالرواية وانما الكلام في وجوب حجة اخرى بعد القابل ويتحرر المحل انا ان قلنا ان الاولى فرضه والثانية
عقوبة لم يكف الحج الواحد بل يجب عليه حجان لان حج الاسلام اذا تحلل منه بسبب الصد وجب الاتيان به بعد ذلك ان كان وجوبه مستقرا كما مر وحج العقوبة
بعد ذلك بسبب الافساد السابق وان لم يكن مستقرا لم يجب سوى العقوبة وان قلنا ان الاولى عقوبة والحال انه قد تحلل منها فيبني على ان حج
العقوبة اذا تحلل منه بالصد هل يجب قضاؤه ام لا فقيل بالاول بناء على انه حج واجب صد عنه وجب قضاؤه وقيل بالثاني لان الصد والتحلل
مسقط لوجوب الاولى والقضاء انما يجب بامر جديد ولان وجوب العقوبة الاصلي قد زال وانما وجب اتمامها للشروع فيها كالمندوب وما وجب
بالشروع خاصة لا يجب قضاؤه مع الصد فان قلنا بوجوب قضائه وجب عليه حجان آخران ايضا احدهما حج الاسلام والآخر قضاء العقوبة ويجب تقديم
حج الاسلام على العقوبة وان قلنا بعدم قضائه كفاه حج واحد وهو حج الاسلام ولعل الثاني اقوى تعلق هذا لو لم يكن الواجب مستقرا ولم يكن عليه قضاء الا
قوله ولو انكشف العدو وفي الوقت ما يتسع لاستئناف القضاء اه هذه من تتمة المسئلة السابقة وحاصله انه لو افسد حجه ثم تحلل للصد فانكشف
العدو وفي الوقت سعة بحيث يمكنه ان ياتي بافعال الحج المعتبرة في صحته وجب عليه ذلك ثم ان قلنا ان اكمال الاولى التي قد فسد
استانف عند زوال العدو حجة الاسلام وان قلنا بعدم وجوب قضاء حجة العقوبة فهو حج يقضي لسنته بمعنى انه لا يجب عليه حج آخر غيره وليس
معنى حج يقضي لسنته الا هذا وان قلنا ان الفاسدة حجة الاسلام او قلنا ان حج العقوبة يقضى اذا افسد وجب عليه حج الاسلام في الوقت الذي يتبين سعته
ويبقى حج العقوبة ولجبا عليه في القابل ولم يكن حجا يقضى لسنته بالمعنى الذي قدمناه اذا تقرر ذلك فقول المص وعلى ما قلناه فحجة العقوبة باقية يقتضي
سبق اشارة منه الى اختيار ما يدل عليه بان يكون قد اختار ان الاولى حجة الاسلام او ان العقوبة تقضى وان قلنا ان الاولى عقوبة فيكون العقوبة

باقية في ذمته والمنفذة عند زوال العذر حجة الاسلام وهذا لم يظهر من مذهبه فيما سبق وكانه جعل ذلك اشارة الى ما اختاره في المسئلة واعلم
قوله وعلى ما قلناه اه وجعله مقابلا لقوله وهو حج يقضي لسنته يدل على ان المراد من الذي يقضي لسنته ما تقدم من سقوط الوجوب في تلك السنة اصلا
والمراد بالقضاء هنا الاتيان بالفعل فان الحج ليس من العبادات الموقتة بحيث ينوي الاداء به في وقت والقضاء في غيره فكان المراد ان الحج الواجب
عليه يؤدي في تلك السنة ويسقط عنه فيها الوجوب وقد فسره الامام فخر الدين في هذا المحل من شرحه على طريقة اخرى غير معهودة وهي ان المراد
بقضائه في سنته فعل ما افسد اولا في تلك السنة ثانيا بمعنى انا ان قلنا بكون الاولى حجة الاسلام ويمكن فعلها ثانيا فهو حج يقضي لسنته لان هذا الحج
الثاني به قضاء عن تلك الفاسدة وان قلنا ان الاولى عقوبة فهذه حجة الاسلام فلا يكون قضاء لتلك الفاسدة فلا يكون هذا حجا يقضي لسنته
قلنا انه عقوبة يقضي لانه ... الاسلام مقدمة على قضاء العقوبة اجماعا فيقضي الفاسد العقوبة في سنة اخرى وهذا التقرير له وجه لكنه لا يطابق مراده
بذلك قوله لو لم يندفع ... الا بالقتال اه اطلاق الحكم في ذلك يقتضي عدم الفرق في ذلك بين كون العدو مسلما او كافرا وهو كذلك بالنسبة
الى نفي الوجوب لكن هل يجوز قيل لا لان القتال مشروط باذن الامام وهو اختيار الشيخ لكنه جزم بالتحريم في الكافر وجعله في المسلم اولى والظاهر
ارادته التحريم لانه اولى وتعليله باذن الامام ايضا يدل عليه وجوزه جماعة منهم العلامة والشهيد مط مع ظن الظفر لانه نهي عن منكر فلا يتوقف على اذن
الامام ويشكل بمنع عدم توقف النهي المؤدي الى القتال او الجرح على اذن الامام وهما قد اعترفا به في بابه وبان ذلك لو تم لم يتوقف الجواز على ظن
الظفر بل على تجويزه كما هو الشرط فيه وايضا الحاقه بباب النهي عن المنكر يقضي الى وجوبه لا الى جوازه بالمعنى الاخص وهم قد اتفقوا على عدم الوجوب مط
ولو ظن العطب وتساوي الاحتمالان فظاهرهم الاتفاق على نفي الجواز ايضا ثم لو بدؤا بالقتال وجب قتالهم مع المكنة في الموضعين لان ذلك من
المواضع التي يسوغ فيها الجهاد مع عدم اذن الامام فان لم يرجحه للقتال ساترة للرأس كالجوشن او محيطة كالدرع لعدمه كما لو لبسهما للحر والبرد ولو قتل نفسا
او تلف مالا لم يضمن ولو قتل صيدا للكفار كان عليه الجزاء لله ولا قيمة للكفار اذ لا حرمة لهم قوله ولو طلب مالا لم يجب بذله اه قد تقدم الكلام في دفع
المال في اول الكتاب فان الاقوى وجوبه مع الامكان وان كان قبل التلبس بالحج فبعده اولى والمص فيما تقدم اوجبه مع المكنة مط وهنا مع عدم الاجحاف
وكان حقه التسوية بينهما او عكس الحكم لوجوب اتمام الحج والعمرة لله فيجب ما كان وسيلة اليه بخلاف ما سبق الى التلبس وفي كره لم يوجب بذل المال مع
كثرته مط وجعل بذله مكروها للعدو الكافر لما فيه من الصغار وتقوية الكفار والشيخ منع من الوجوب مط هذا كله مع الوثوق بالوفاء مع بذله والا
لم يجب اجماعا كما لا يجب المسير لو لم يبذل الطريق وكان معروفا بالغدر وجاز التحلل والرجوع قوله والمحصر هو الذي يمنعه المرض اه المحصر اسم مفعول من احصر
اذا منعه المرض من التصرف ويقال للمحبوس حصر بغير همز فهو محصور وقال الفراء يجوز ان يقوم كل واحد منهما مقام الآخر وخالفه ابو العباس المبرد والزجاج
قال المبرد نظيره حبسه اي جعله في الحبس واحبسه عرضه للحبس واقتله عرضه للقتل وكذلك حصره حبسه واحصره عرضه للحصر والفقهاء يستعملون اللفظين
اعني المحصر والمحصور ههنا وهو جائز على راي الفراء وان كان ما عبر به المص افصح والكلام في المنع عن مكة او الموقفين ما تقدم في الصد باقسامه واحكامه
قوله فهذا يبعث ما ساقه اه الكلام في الاكتفاء بالهدي المسوق مط او عدمه مط او التفصيل الاقوى بكون الهدي المسوق واجبا ولو بالسياق بان اشعره
او قلده او بنذر وشبهه فلا يجزي او مندوبا فيجزي آت هنا قوله ولا يحل حتى يبلغ الهدي محله وهو منى ان كان حاجا ومكة ان كان معتمرا هذا من جملة
ما يفرق بينه وبين الصد وكان الاولى ان يقتصر على قوله حتى يبلغ الهدي منى ان كان حاجا ومكة ان كان معتمرا من غير ذكر محله لان كل موضع يذبح فيها
الهدي او ينحر فهو محله سواء كان احد الموضعين المذكورين او محل الصد كما في المصدود كما يقتضيه تفسير الاية عندنا فانها لما كانت شاملة للمصدود
والمحصر وان عبر فيها بلفظ المحصر فسر وايضا المحل بالاعم فلا يبقى في ذكر المحل ما يفيد الاختصاص بالموضعين بل هو حكم مشترك بين المصدود والمحصر
وانما يمتاز ان بمكان الذبح وهو احد الموضعين في المحصر وموضع الصد في المصدود قوله فاذا بلغ قصر واحل اه المراد ببلوغه محله حضور الوقت الذي
وافق اصحابه للذبح او النحر فيه في المكان المعين فاذا حضر ذلك الوقت احل بالتقصير على ما ورد في اكثر العبارات وبه او بالحلق على الظاهر في غير عمرة
التمتع عملا بالاصل ويتوقف تحريم النساء على طوافهن بنية مع وجوب طواف النساء في النسك فلو كان عمرة التمتع فالذي ينبغي الاحلال من النساء
اذ ليس فيه احلال النساء ولختاره في س و لكن الاخبار مطلقة لعدم حل النساء الا بطوافهن من غير تفصيل والمراد بالواجب هنا المستقر وجوبه كما
مر في نظائره فيجب العود له في القابل فيطوف للنساء بسبب حضوره وان كان شان طواف النساء جواز الاستنابة فيه لمن صار في بلده وان امكنه
العود فانا قيدنا ذلك فيما تقدم بمن لم يتفق حضوره ووجوب قضاء الحج يحصل القيد على هذا لو لم يكن الوجوب مستقرا لم يجب العود للحج فجازت
الاستنابة في الطواف كما لو لم يكن الحج وجيا وفي حكمها ما لو تعذر عليه العود في الواجب المستقر فان الاقوى جواز الاستنابة فيه ليتحلل لما في
تركه من الضرر العظيم مع كونه من الافعال القابلة للنيابة في الجملة وبه جزم في عد وقيل يبقى على احرامه الى ان يطوف لهن لاطلاق النص قوله ولو
بان ان هديه لم يذبح اه لا خلاف في عدم تحلله عند ظهور عدم ذبحهم للهدي لكن اذا بعث في القابل هل يجب عليه ان يمسك عما يمسك المحرم الى
ان يبلغ الهدي محله المشهور ذلك لصحيحة معوية بن عمار عن الصادق ع يبعث من القابل ويمسك ايضا وتابع ابن ادريس في انكاره بناء على انه ليس
بمحرم فكيف يحرم عليه شيء وتوقف في ذلك جماعة نظرا الى النص الصحيح وتوجه كلام ابن ادريس وبعضهم حمل الرواية على الاستحباب جمعا بينها وبين
ما ذكره ابن ادريس ولا ريب ان العمل بمضمون الرواية اولى ان لم يكن متعينا ولا بعد في ذلك بعد ورود النص وسيأتي مثله في تجنب من بعث هديا
من الآفاق متبرعا ما يجتنبه المحرم قوله والا تحلل بعمرة لا ريب في وجوب التحلل بالعمرة مع تبينه ان اصحابه لم يذبحوا عنه فانه ينقلب احرامه الى العمرة
المفردة ويتحلل بها ان امكن ثم يتبينه ذبحهم هديه فيحتمل قويا كونه كذلك لان الهدي انما يتحلل به مع عدم التمكن من العمرة اما معها فلا لعدم الدليل

وهو مبنى على ما مر من احتمال عدم الاحتياج الى العمرة فيتحقق ذبح الهدى المقتضى للتحلل قوله والمعتمر اذا تحلل يقضى عمرته اه هذا الخلاف يرجع الى الخلاف في الزمان الذى يجب كونه بين العمرتين وقد مر الكلام فيه في بابه والاقوى عدم تحديده وانما يجب قضاؤها مع استقرار وجوبها قبل ذلك او مع التفريط كما مر في الحج ولو لم يكن كذلك استحب وعبارة المص يشملهما قوله والقارن اذا احصر فتحلل لم يحج في القابل اه ما اختاره المص من تعين الحج منه هو مذهب الاكثر لصحيحتى محمد بن مسلم ورفاعة عن الصادق عليه السلام القارن يحل بمثل ما احرم منه وظاهر هذا القول انه لا فرق في ذلك بين الواجب في انه لم يجب قضاؤه الندب بمعنى انه ان قضاه فعل كذلك والاقوى ان القضاء يساوى الاداء فان كان متعينا بنوع فعله وان كان مخيرا تخير وكذا المندوب لو اراد قضاءه ويحمل الاخبار على المتعين بنذر وشبهه قوله وان كان الاتيان بمثل ما احرم منه افضل هذا من تتمة القول المحكى بمعنى انه وان كان مخيرا في الواجب على وجه وفي المندوب مطلقا الا ان الاتيان بمثل ما خرج منه افضل مط وهو جامع ظاهر النص وخارج من خلاف الاكثر قوله وروى ان باعث الهدى تطوعا يواعد اصحابه وقتا لذبحه اه هذه الكيفية وردت بها روايات صحيحة من طرقنا وفي بعضها عن الصادق عليه السلام ما يمنع احدكم ان يحج كل سنة فقيل له لا يبلغ ذلك اموالنا فقال اما يقدر احدكم اذا اخرج ابوه ان يبعث معه بثمن اضحيته ويامره ان يطوف عنه اسبوعا بالبيت ويذبح عنه فاذا كان يوم عرفة لبس ثيابه وتهيأ واتى المسجد فلا يزال في الدعاء حتى تغرب الشمس وحاصل هذه العبارة على ما يجمع من الاخبار ان من اراد ذلك وهو في افق من الافاق يبعث هديا او ثمنه مع بعض اصحابه ويواعده يوما لاشعاره او تقليده فاذا حضر ذلك الوقت اجتنب ما يجتنبه المحرم فيكون ذلك بمنزلة احرامه لكن لا يلبي فاذا كان يوم عرفة اشتغل بالدعاء من الزوال الى الغروب استحبابا كما يفعله من حضرها ويبقى على احرامه الى يوم النحر حين المواعدة لذبحه فيحل ويكون ذلك له بمنزلة الحج ويبقى هنا امور الاول اكثر الاخبار وردت ببعث الهدى وتبعها المص وغيره من اصحاب الفتاوى ولا شك انه افضل لكنه غير متعين فيجوز بعث الثمن خصوصا فيمن لا يقدر على بدنة فان باقي النعم لا يصلح للبعث الا من قرب وقد ورد بعث الثمن في الخبر الذى ذكرناه وذكره الصدوق في بيته الثانى المراد بالهدى هنا المجزى في الحج فيتخير بين النعم الثلثة ويشترط فيه شرائطها السابقة من السن والسلامة من العيوب والسمن وغيرها وافضله البدنة وقد صرح بها في بعض الاخبار فيبعث البعيد منه عليه ايضا الثالث لا فرق في يوم المواعدة باشعاره او تقليده بين كونه وقت احرامهم وغيره لاطلاق النص ولا بين كونه بعد تلبسهم بالحج وقبله ولا بين كون الزمان الذى بينه وبين يوم النحر طويلا او قصيرا للاطلاق في ذلك كله وينبغي ان يكون قبل زوال عرفة ليتهيأ للتعريف محرما ولو كان بعدها فالظاهر الاجزاء ويمكن استفادته من قوله في الخبر السابق فاذا كان يوم عرفة لبس ثيابه فان الثياب عرفا شاملة للمخيط ويمكن ان يريد بها ثياب الاحرام وهو الاولى الرابع لو اقتصر على مواعدتهم لذبحه او نحره من غير اشعار ولا تقليد ففى تادى الوظيفة به وجه لعدم ذكره في الخبر السابق وان ذكر في غيره من الاخبار وعبارة المص هنا يدل عليه فانه اقتصر على ذكر المواعدة للذبح وعلى هذا يمكن سقوط احكام الاحرام من التجرد من المخيط وغيره ويمكن الاجزاء بالتجرد متى شاء قبل وقت المواعدة للذبح ولو لحظة والموجود في الفتاوى الاحرام عند المواعدة بالتقليد الخامس يفتقر اجتنابه للمجتنبه المحرم الى النية كغيره من العبادات فينوى اجتنب كذا وكذا من تروك الاحرام او ما يجتنب المحرم لندبه قربة الى الله و ثم لك ويلبس ثوبي الاحرام الى وقت المواعدة بالذبح ويمكن الاجزاء باجتناب تروك الاحرام من غير ان يلبس ثوبيه لان ذلك هو مدلول النصوص وتظهر الفائدة فيما لو اقتصر على ستر العورة او جلس في بيته عاريا ونحو ذلك اما الثياب المخيطة والمحيطة فلا بد من نزعها وكذا كشف الراس ونحوه السادس لو فعل في وقت الاجتناب ما يحرم على المحرم كفر مستحبا بما يلزم المحرم وفي رواية هرون بن خارجة عن الصادق عليه السلام ذبح بقرة عن لبس الثياب لمن اضطر اليها للتقية السابع يكره له بعد التلبية ملابسة تروك المحرم كراهة شديدة وفي رواية ابى الصباح الكنانى عن الصادق عليه السلام يحرم عليه ما يحرم على المحرم في اليوم الذى واعدهم حتى يبلغ الهدى محله والظاهر ان المراد به تاكيد الكراهة الثامن وقت ذبح هذا الهدى يوم النحر على ما ورد في رواية معوية بن عمار وباقي الاخبار مطلقة واما فيها انه يحل في اليوم الذى واعدهم ويمكن حمل المطلق على المقيد والتخيير مع افضلية يوم النحر التاسع مكانه منى على الاول لان الذبح يوم النحر يكون بها وعلى الثانى يتخير بينها وبين مكة لاشتراكهما في المحلية لذبح الهدى في الجملة وان كان احدهما محل ذبح الحج والاخر العمرة والاول اولى العاشر مصرفه الفقراء والمساكين بتلك البقعة ويسقط اعتبار الاكل قطعا ويمكن اعتبار الاهداء والصدقة لامكانهما والاكتفاء بالذبح خاصة كهدى القران غير الواجب بنذر وشبهه لاصالة البراءة مما زاد على الذبح والاخبار والفتاوى خالية من بيان مصرفه وزمانه ومكانه الحادى عشر لو اختلفوا الميعاد وتبين ان هديه لم يذبح وقت تحلله فلا شيء عليه لامتثاله المامور به ولرواية ابى الصباح عن الصادق عليه السلام وفيها قلت فان اختلفوا في ميعادهم وابطاؤا في السير عليه جناح في ذلك اليوم الذى واعدهم قال لا ويحل في اليوم الذى واعدهم وقد تقدم مثله في المحصر مع كونه واجبا عليه الثانى عشر اكثر الاخبار مقتصرة على هذه المواعدة والاجتناب لكن زاد في الرواية المتقدمة انه يامر نائبه ان يطوف عنه اسبوعا وانه يتهيأ للدعاء يوم عرفة الى الغروب وهو حسن والزيادة غير المنافية مقبولة ولو ترك ذلك امكن تادى الوظيفة كما لو ترك التقليد الذى تضمنته تلك الروايات دونها والظاهر انه لا ترتيب بين الذبح والطواف لاطلاق النص وان كان الذبح معطوفا على الطواف بالواو فانها لا تفيد الترتيب واعلم ان هذه العبارة قد وردت في النصوص الصحيحة المتكثرة وذكرها اكثر الاصحاب في كتبهم وافتوا بمضمونها واثبات الاحكام الشرعية يحصل بدون ذلك وح فلا يلتفت الى انكار ابن ادريس لها زاعما ان مستندها اخبار آحاد لا يكفى في تاسيس مثل ذلك فان ذلك منه في حيز المنع قوله الصيد وهو الحيوان الممتنع اى الصيد المبحوث عنه في هذا المقام المحرم على المحرم وهذا التعريف غير جامع ولا مانع لدخول ما توحش من الاهلي واستعصى كالابل والبقر منه مع ان قتله جائز اجماعا وخروج ما استانس من الحيوان البرى كالظبى مع دخوله اجماعا فلا بد من قيد الاصالة ويدخل فيه ايضا نحو الذئب والنمر والفهد من الحيوانات الممتنعة مع ان قتلها غير محرم اتفاقا فانه نقله في كره وظ نعم ربما نقل عن ابى الصلاح تحريم قتل جميع الحيوان ما لم يخف منه او كان حية او عقربا او فارة او غرابا

ادعى نادرا

والمعتمر اذا تحلل يقضى عمرته عند زوال العذر وقيل في الشهر الداخل والقارن اذا احصر فتحلل لم يحج في القابل الا قارنا وقيل ياتي بما كان واجبا وان كان ندبا حج بما شاء من انواعه وان كان الاتيان بمثل ما خرج منه افضل وروى ان باعث الهدى تطوعا يواعد اصحابه وقتا لذبحه او نحره ثم يجتنب ما يجتنبه المحرم فاذا كان وقت المواعدة احل لكن هذا لا يلبي ولو اتى بما يحرم على المحرم كفر استحبابا

متن

ذلك م

ومع هذا فليس مطابق لهذا التعريف ولا مراد للمصنف الظاهر من مذهبه انه لا يحرم من غير الماكول غير الثعلب والارنب والضب واليربوع والقنفذ والزنبور ولو اراد ما هو ازيد من ذلك فما دخل في التعريف ليس جميعه مرادا له قوله وقيل يشترط ان يكون حلالا اى مع ما ذكر اولا وهو الحيوان الممتنع ان يكون حلالا لا يخرج هذه الاشياء التى تقدمت من السباع وغيرها ولا يرد ان الصيد هو الحلال مط لئلا يدخل فيه ما لا يمتنع منه كالنعم ومع ذلك فالتعريف غير سديد لانه يدخل فيه ما لا عدناه اخراجه من الثعلب والارنب وبقية الخمسة فانها محرمة قطعا منصوصة الفداء فلا بد من ادخالها في التعريف وهذا الذى حكاه هنا قولا اختاره في النافع ولم يذكر غيره والاصح انه الحيوان المحلل الممتنع بالاصالة ومن المحرم الثعلب والارنب والضب واليربوع والقنفذ والقمل ويبقى منه الزنبور والاسد والعظاية ففيها خلاف يأتى وقريب منها البرغوث قوله ما لا يتعلق به كفارة كصيد البحر عدم تعلق الكفارة به اعم من جواز قتله فان المحرم قد لا يجب به كفارة كما مر في جملة من محرمات الاحرام والمراد هنا جواز صيده المستلزم لنفى الكفارة فيه لا مجرد نفى الكفارة لان صيد البحر جائز للمحرم اجماعا فكان الاولى التعبير بالجواز لا بنفى الكفارة قوله وهو ما يبيض ويفرخ في الماء يفرخ بضم حرف المضارعة فكسر العين مضارع افرخ ويجوز فتح الفاء وتشديد الراء بناء على افرخ الطائر وفرخ بالتشديد والجار يتعلق بكل واحد من يبيض ويفرخ بمعنى ان الماء محل بيضه وافراخه ما كالسمك فما يلازم الماء ولا يبيض فيه كالبط فليس ببحرى وقد تقدم تحريم ذلك في تروك الاحرام قوله ومثله الدجاج الحبشى اى مثل صيد البحر في عدم تحريم صيده كما ورد به النص عندنا خلافا لبعض العامة والدجاج الحبشى قيل انه طائر اغبر اللون في قدر الدجاج الاهلى اصله من البحر قوله ولا كفارة في قتل السباع ماشية كانت او طائرة اه المراد من عدم الكفارة نفى تحريم صيد كما تقدم في صيد البحر وان كان اللفظ اعم والاقوى انه لا شيء في قتل السباع مط لضعف الرواية الدالة على الوجوب وربما حملت على الاستحباب فان دلائل الاستحباب يتسامح فيها قوله وكذا لا كفارة فيما تولد بين وحشى وانسى اه القول الاول للشيخ وما حسنه المص اقوى لان النص قد ورد على اشياء مسماة فيثبت في كل ما صدق عليه الاسم ولو انتفى عنه الاسمان فان لم يكن ممتنعا فلا شيء وان كان ممتنعا قيل يحرم وفيه نظر لانه لبس بمحلل فلا يكفى وصف الامتناع فيه فان التحريم مشروط بامتناع المحلل او المحرمات المذكورة وليس منها قوله ويرمى الحداة والغراب رميا مقتضاه عدم جواز قتلهما وهو ظاهر الاخبار ويظهر من ط الاجماع على جواز قتلهما وعلى الاول لو اتفق من رميهما قتلهما بغير قصد فلا شيء عليه وهل الاقتصار على ما يتادى به تنفيرهما نظر من اطلاق النصوص بجواز رميهما كيف اتفق ومن النهى عن قتلهما فطريق الجمع حمله على تنفيرهما خاصة والعمل بالرواية المقتضية لاباحة الرمى يقتضى اختصاصه بما لو كانت الحداة على ظهر البعير فلا يجوز عن غيره اما الغراب فجائز مط وربما قيد الغراب الذى يجوز رميه بالمحرم منها اما يجوز اكله منه كالزاغ لا يجوز رميه مط والاصح جواز رمى الجميع والحداة بكسر الحاء وفتح الدال مع الهمز الجرك مثال عنبة طائر مخصوص واحد جمعه حداة كحبرة وحبر وعنبة وعنب قال الجوهرى ولا يوجد بالفتح غير مهموز واما الغراب فهو اربعة اصناف وسيأتى بيانها في باب الاطعمة ان شاء الله وفي بعض كتاب اللغة ان الحداة منها اسود ومنها ارمد قوله ولا باس بقتل البرغوث هذا هو الاقوى للاصل ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام وذهب جماعة منهم الشيخ في به والعلامة الى تحريم قتله وهو اولى وعلى تقدير التحريم لا فدية له للاصل قوله وفي الزنبور تردد والوجه المنع فقد اختلف الاصحاب في الزنبور فاطلق جماعة اباحة قتله لقول الصادق عليه السلام كل ما خاف المسلم على نفسه فليقتله وللاصالة البراءة واطلق بعضهم وجوب كف من طعام وبعضهم بمرة ومنشأ التردد ما احتج به المبيح ومن قول الصادق عليه السلام في صحيحة معوية بن عمار حين سأله عن محرم قتل زنبورا فقال ان كان خطاء فلا شيء عليه قلت بل عمدا قال يطعم شيئا من الطعام وبهذه الرواية عمل المص وهو الاقوى فيجب في قتله شيء من الطعام وان قل كالكف منه بل ما دونه ويبقى في كلام المص امران احدهما اختياره المنع من قتله مط ثم حكم بعد ذلك بوجوب الكفارة مع العمد خاصة وهو يؤذن بتحريمه في الحالين لكنه مع الخطاء لا كفارة ويشكل بان الخاطى لا يتوجه عليه تحريم لرفع الخطاء والنسيان عن هذه الامة وجوابه ان حكمه بالمنع انما يتوجه الى العامد وادخاله الخطاء في التقسيم بعد للتنبيه على استثنائه من اقسام الصيد فان العامد والناسى والخاطى مشتركون فيه بالنسبة الى وجوب الكفارة وان انتفى الاثم عن غير العامد ولما كان قتل الزنبور في حالة الخطاء مستثنى من ذلك للرواية الصحيحة اخرجه بقوله ولا كفارة في قتله خطاء لئلا يدخل في عموم حكم الصيد وثانيهما جعل كفارته صدقة مطلقة ولو كفا من طعام يدل على الاجزاء بمطلق الصدقة وان لم يكن طعاما والرواية كما قد علمت دلت على وجوب شيء من الطعام وان قل الا على وجوب شيء من الصدقة فلا يجزى غير الطعام واطلق الشهيد رحمه الله ان في الزنبور كفا من طعام او تمر فمفهومه ان ما دون الكف لا يجزى وكلا مفهوم عبارة المص والوجه ما قلناه فانه مدلول النص الصحيح واعلم ان الزنبور بضم اوله ذباب لساع وهو نوعان احمر واصفر وان كان قد يطلق على الاصفر الصغير اسم اخر قوله ويجوز شراء القمارى والدباسى اه القمارى بفتح القاف جمع قمرى بضمه وهو طائر معروف منسوب الى طير قمر والدباسى جمع دبسى بضم الدال منسوب الى طير دبس بضمها وقيل منسوب الى طير دبس الرطب بكسرها وهو ما يسيل منه وانما ضمت الدال مع كسرها في المنسوب اليه على الثانى لانهم يغيرون في النسب كالدهرى في السهلى وهذان مستثنيان من الصيد باعتبار جواز شرائهما حالة الاحرام واخراجهما من الحرم بخلاف غيرهما مما يحرم وليسا مستثنيين مط فلا يجوز اتلافهما ولا اكلهما للمحرم واما المحل فيحرم عليه اتلافهما في الحرم قطعا وكذا اكلهما ولو اخرجهما منه فاذا خرج بهما فالظ جواز اكلهما واتلافهما لانهما بعد الاخراج يصيران كباقي الحيوانات التى لا حرمة لها خارجه ويحتمل استمرار التحريم لتحريمهما بالحرم ابتداء خرج منه الاخراج فيبقى الباقي قوله وهو كل ما له مثل من النعم المراد بالمماثلة المماثلة بينهما باعتبار الصورة فان النعامة تشابه البدنة والبقرة الوحشية تشابه البقرة الاهلية والظبى يشابه الشاة وهذا المعنى بين في هذه الثلثة لا في غيرها من ذوات الامثال فان البيوض التى عدها من ذوات الامثال ليس مماثلة لفدائها صورة ولا فيها ولا الحيوان اعتبار في المثل بما نص الشارع على مثله سواء وافق في الصورة

القسم الثانى في احكام الصيد وهو الحيوان الممتنع وقيل يشترط ان يكون حلالا والنظر فيه يستدعى فصولا الاول ما لا يتعلق به كفارة فالاول كل ما لا يتعلق به كفارة كصيد البحر وهو ما يبيض ويفرخ في الماء ومثله الدجاج الحبشى وكذا النعم ولو توحش ولا كفارة في قتل السباع ماشية كانت او طائرة الا الاسد فان على قاتله كبشا اذا لم يرده على رواية فيها ضعف وكذا لا كفارة فيما تولد بين وحشى وانسى او بين ما يحل للمحرم وما يحرم ولو قيل يراعى الاسم كان حسنا ولا باس بقتل الافعى والعقرب والفارة ويرمى الحداة والغراب رميا ولا باس بقتل البرغوث وفي الزنبور تردد والوجه المنع ولا كفارة في قتله خطاء وفي قتله عمدا صدقة ولو بكف من طعام ويجوز شراء القمارى والدباسى واخراجها من مكة على رواية ولا يجوز قتلها ولا اكلها الثانى ما يتعلق به الكفارة وهو ضربان الاول ما لكفارته بدل على الخصوص وهو كل ما له مثل من النعم واقسامه خمسة

متن

نفريبا كالثلثة الاول الا كالبيض المذكور وانما عبر بالمثل لاعتبار الله له في قوله فجزاء مثل ما قتل من النعم ولذلك اعتبر بعض العامة المماثلة الصورية
مطلقا وبعضهم المماثلة في القيمة قوله النعامة وفي قتلها بدنة البدنة من الابل الناقة قال الجوهري وهي ما كمل لها خمس سنين ودخلت في السادسة فالمراد
منها الانثى فلا يجزي الذكر قال ابو عبيدة الناقة من الابل بمنزلة المرأة والجمل بمنزلة الرجل كما ان البكر والبكرة بمنزلة الفتى والفتاة وقد ورد الامر
بالبدنة في قتل النعامة في صحيحة حريز عن الصادق وغيرها وروى ابو الصباح الكناني عنه انه فيها جزور وافتى بهذه الرواية بجزي الذكر والاقوى البدنة
لانها في الصحيح ولا فرق في ذلك بين كبير النعامة وصغيرها ولا بين ذكرها وانثاها ويحتمل اعتبار المماثلة بين الصيد وفدائه ففي الصغير ابل
في سنه وفي الانثى انثى وفي الذكر ذكر واختاره العلامة في موضع من كره قوله ومع العجز تقوم البدنة ويفض ثمنها على البر اه عبر المص وجماعة بالطعام بر
واطلق جماعة وكثير من الاحاديث الطعام وهو اقوى ووجوب مدين لكل مسكين هو المشهور بين الاصحاب وهو في موثق ابي عبيدة عن الصادق والذي
في صحيحة معوية بن عمار من اصاب شيئا فداؤه بدنة من الابل فان لم يجد ما يشتري به بدنة فاراد ان يتصدق فليطعم ستين مسكينا لكل مسكين مدا
وعمل بها ابن بابويه وابو الصلاح وهذا القول اقوى دليلا والاول اولى واشهر والاقوى انه لا يزيد على الطعام ستين فالزايد له ولا يجب عليه كمالها
لو نقص من الستين لصحيحة زرارة ومحمد بن مسلم عن الصادق قوله ولو عجز صام عن كل مدين يوما ظاهر العبارة يقتضي وجوب صوم ستين الا ان تقصر
القيمة عن الستين فيقتصر على صيام قدر ما وسعت من المساكين وظاهر الاخبار يقتضيه وذهب جماعة من الاصحاب الى وجوب صوم ستين مطلقا وهو
لو وان كان هو الاحوط ثم ان قلنا بجواز الاقتصار على صوم ما قابل الاطعام فوافقت القيمة عددا معينا كالخمسين فظاهر وان فضل عن مسكين فضل لا
يبلغ المد والمدين وجب دفعه الى مسكين اخر وان قل لكن هل يجب صوم يوم في مقابلته الاجود ذلك لان ذلك القدر وان نقص عن المد والمدين
لكن يصدق عليه انه طعام في الجملة وقد قال الباقر في صحيحة محمد بن مسلم فان لم يكن عنده فليصم بقدر ما بلغ لكل طعام مسكين يوما ويحتمل عدم وجوب
صوم في مقابلته حملا للطعام على المعهود المأمور وهو المد والمدان ويؤيده رواية ابي عبيدة في الموثق عن الصادق فان لم يقدر على الطعام صام لكل
نصف صاع يوما وفي كره لا نعلم خلافا في وجوب صوم يوم كامل هنا لان صيام اليوم لا يتبعض والسقوط غير ممكن لشغل الذمة فيجب اكمال اليوم قوله
فان عجز صام ثمانية عشر يوما هذا هو المشهور وبه يجمع بين الاخبار التي دل بعضها على صوم الستين ابتداء عند العجز عن الصدقة من غير تعرض
للثمانية عشر وبعضها على صوم الثمانية عشر خاصة عند العجز عن الصدقة وبعضها على الجمع بين الامرين بصوم الثمانية عشر بعد العجز عن الستين وذهب بعض
الاصحاب الى الاكتفاء بالثمانية عشر بعد العجز عن الصدقة لصحة روايتها والعمل بالمشهور اقوى واحوط والظاهر انه مع العجز عن مجموع الستين وما في حكمها
ينتقل الى الثمانية عشر وان قدر على صوم ازيد منها لان ذلك هو مدلول النصوص ويحتمل وجوب الصوم الممكن زائدا على الثمانية عشر لوجوب
الاتيان بما يستطاع من المأمور به ولانه لا يسقط الميسور بالمعسور ولو شرع في صوم الستين فقدر عليها ثم تجدد عجزه عن الاكمال بعد مجاوزة
الثمانية عشر اقتصر عليها ويحتمل الاقتصار على صوم تسعة لو كان العجز بعد صوم شهر والسقوط ولو عجز عن الثمانية عشر صام ما قدر وجب صوم
المقدور ولعدم المعارض هنا الدليل الوجوب مع احتمال السقوط قوله وفي فراخ النعامة روايتان اه ما اختاره المص هو الاقوى لاعتضاد روايته
بالمماثلة المطلوبة من الاية وبالشهرة وغيرها ولو عجز عن المماثل فبدله كبدل الكبير حتى في الترتيب والتخيير وينبغي ان يقدم الكبير لو وجده على
الاطعام خروجا من الخلاف ولانه مقدم عليه فيما هو اقوى فيجزي بطريق اولى مع احتمال عدم الاجزاء على هذا التقدير لانه غير الفرض قوله وفي
كل واحد منهما بقرة اهلية اه الكلام هنا في البدل كما تقدم في النعامة يفض القيمة على البر فان زاد على الثلثين لم يجب الزائد وان نقص لم
يجب الاكمال واذا انتقل الى الصوم صام ثلثين ان لم ينقص القيمة عنها والا اقتصر على ما قابلها والظاهر ان المراد بالبقرة المسنة ولو كان المقتول
فرخا منهما ففيه من صغير البقرة في سنه كما مر قوله في قتل الظبي شاة الكلام هنا كما تقدم بالتقريب السابق قوله وفي الثعلب والارنب شاة وهو
المروي وقيل فيه ما في الظبي القائل بالحاقه بالظبي الشيخ وجماعة ومستندهم غير واضح واخبارهما على الخصوص انما دلت على وجوب الشاة ولم تعرض
الابدال فلي الاول وهو الاقوى يجب مع العجز عن الشاة اطعام عشرة مساكين فان لم يجد صام ثلثة ايام لصحيحة معوية بن عمار بوجوب ذلك في
كل شاة لا نص في بدلها وهل يجب لكل مسكين مد او مدان الاصل يقتضي الاول ومناسبة ما سبق يقتضي الثاني ولكل واحد قائل ولا ريب ان
الثاني احوط وذهب بعض الاصحاب تفريعا على القول الاول الى انه مع العجز عن الشاة يستغفر الله ولا شيء عليه والرواية العامة تدفعه والفرق
بين مدلول الرواية وبين الحاقهما بالظبي يظهر فيما لو نقصت قيمة الشاة عن اطعام عشرة مساكين فعلى الالحاق يقتصر على القيمة وعلى الرواية
يجب اطعام العشرة قوله والابدال في الاقسام الثلثة على التخيير اه موضع الخلاف من الثلثة الثلثة الاول اعني الفرد من النعم وفض ثمنه على البر
وصيام قدرهم اياما اما الصوم الاخير في الثلثة وهو الثمانية عشر والتسعة والثلثة فلا خلاف في انها مرتبة على المتقدم وقد تقدم الكلام في
باب الصوم ان الاقوى كونها على الترتيب وان كان التخيير لا يخ عن قوة عملا بظاهر الاية والرواية الصحيحة الدالة على ان او في القران للتخيير حيث وقع قوله
في كسر بيض النعام اذا تحرك فيها الفرخ اه البكارة بالكسر جمع بكر وبكرة بالفتح والمراد به الفتي من الابل ولا فرق فيه بين الذكر والانثى لان مورد
النص هذا الجمع وهو شامل لهما ولم اقف على تحديد لسنه والظاهر ان المراد به ابن المخاض وبنته فصاعدا ما دام لم يصدق عليه اسم الفتي ولو عجز عنه قيل
كان بدله كبدل الكبير ولم نعلم ماخذه الا كونه يجزي عما هو اعظم ولو بان البيض فاسدا او الفرخ ميتا او عاش سويا فلا شيء عليه ولو مات الفرخ
بعد ان خرج حيا ففيه ما في فرخ النعام وقد تقدم وانما جمع المص الجزاء بلفظ البكارة بسبب جمع البيض والضابط ان في كل بيضة بكرا او بكرة واما
تعبير من عبر بان في كل بيضة بكارة كما صنع العلامة في يرفقد تجوز كثيرا قوله وقبل التحرك ارسال فحولة الابل اه المراد ان الاناث بعدد البيض

واما الذكورة

واما الذكورة فلا تقدير لها الا انها احتلبت الى الاناث عادة وقيل يجب في الفحول بلوغ العدد ايضا فلا يكفي مجرد الارسال حتى تشاهد كل واحدة
قد طرقت من الفحل ويشترط صلاحية الاناث للحمل فلا يكفي الصغيرة والكبيرة الخارجتين عن ذلك وهذا الحكم من متفردات علمائنا وبه روايات
صحيحة عن ائمتنا وفي بعضها ان عليا لما سئل عن ذلك امر بارسال الفحول فاجاب بذلك فقال له امير المؤمنين ما يا بني كيف قلت ذلك تعلم ان الابل ربما
ازلقت او كان فيها ما يزلق فقال يا امير المؤمنين والبيض ربما امرق او كان فيه ما يمرق فتبسم امير المؤمنين ثم قال صدقت يا بني ثم تلا ذرية بعضها من
من بعض واعلم انه لا فرق هنا وفيما تقدم بين كسر البيض بنفسه او بدابته لانه سبب في الاتلاف والخبر ولو ظهر البيض فاسدا او الفرخ ميتا فلا شيء كما مر
وظاهر الاخبار والفتاوى انه يصرف في مصالح الكعبة لا للمساكين كما في غيره من الجزاء وانه لا يحتاج بعد نتاجه الى التربية بل يصرف في ذلك اوقف وعبارة
الكتاب اطلق كونه هديا وهو لا يقتضي كونه للكعبة بل ظاهره جواز تفريقه على المساكين ويمكن جواز ذلك بناء على ان ما وجب للكعبة يجوز صرفه لمعونة
الحاج والزائرين كما يحقق انشاء الله في باب النذر قوله ومع العجز عن كل بيضة شاة ومع العجز الطعام اه اي مع العجز عن الارسال يجب الشاة ثم اطعام عشرة مساكين
لكل مسكين مد وهذا البدل مخالف في المصرف لمبدله ومخالف للقاعدة المستمرة من كون الفداء مصروفا الى المساكين وهذه الكفارة مما لا خلاف في
انها على الترتيب وكذا ما بعدها وانما الخلاف في الثلاثة المتقدمة قوله في كسر بيض القطا والقبج اه القبج بسكون الباء الحجل قال الجوهري هو فارسي معرب
لان القاف والجيم لا يجتمعان في كلمة واحدة في كلام العرب والقبجة تقع على الذكر والانثى وكذلك النعامة والنحلة والدراجة والبومة والحبارى والمخاض الحوامل
من النوق واحدتها خلفة ولا واحد لها من لفظها ومنه قيل للفصيل اذا استكمل الحول ودخل في الثانية ابن مخاض والانثى ابنة مخاض لانه فصل عن امه
بالمخاض سواء الفحت ام لم تلقح اذا تقرر ذلك فقد اختلف في كفارة كسر البيض المذكور بسبب اختلاف الروايات ظاهرا فروى سليمن بن خالد في الصحيح
عن ابي عبد الله ع قال في كتاب علي ع في بيض القطاة بكارة من الغنم اذا اصابه المحرم مثل ما في بيض النعام بكارة من الابل وروى سليمن بن خالد ايضا قال
سئلته عن رجل وطأ بيض قطاة فشدخه قال يرسل الفحل في عدة البيض من الغنم كما يرسل الفحل في عدة البيض من الابل ومن اصابه بيضة فعليه مخاض
من الغنم وروى سليمن بن خالد ايضا في الصحيح عن ابي عبد الله ع قال سئلته عن المحرم وطأ بيض القطاة فشدخه قال يرسل الفحل في عدة البيض من الابل وروى
سليمان ايضا عنه ع قال في كتاب علي ع في بيض القطاة كفارة مثل ما في بيض النعامة فهذه جملة من الاخبار وتحرير المحل يقع في مقامات الاول هذه الاخبار
مطلقة في البيض من غير فرق بين حالاته لكنها لما كانت مختلفة في الحكم وجب حملها على الحالات المختلفة فيحمل خبر الارسال على ما اذا لم يتحرك الفرخ وحمل
وجوب البكارة او المخاض على ما اذا تحرك لتناسب الحالتين وتوافق حكم بيض النعامة فان الامر فيه كذلك من غير اجمال ويؤيد التفصيل قوله في الخبر الاخر ان
كفارته مثل كفارة بيض النعامة وهذا جمع حسن بينهم فضعف اطلاق بعض الاصحاب الارسال وبعضهم المخاض عملا بالاحاديث من احد الجانبين خاصة
فان فيه طرحا للجانب الاخر الثاني قد عرفت ان احد القسمين وهو ما لو تحرك الفرخ قد بقي فيه روايتان احديهما وجوب البكارة من الغنم وهي صحيحة
وعمل بها بعض الاصحاب والثانية مخاض منها وهي الرواية الاخرى والعمل بمضمونها هو القول المشهور وذهب اليه العلامة في لف وكره والشهيد في
س وجماعة من المتقدمين وكان فيه جمعا بين الروايتين فان البكارة كما قد عرفت جمع لبكر او لبكرة وهي الفتي والمخاض ما من شانه ان يكون ماخضا اي حاملا
بمعنى بلوغه السن الذي يمكن فيه الحمل على ما فسره به بعض الاصحاب بهذا القول وح لا يكون الا فتية لان الصغيرة ليس من شانها ذلك فمدلول الخبرين متفاوت
فيجمع بينهما بارادة المخاض وهو حسن الا ان الرواية مقطوعة وفي سندها جهالة وفيهما مع ذلك اشكال اخر بلا وهو ان القطاة يجب في قتلها حمل فطيم
فكيف يجب في فرخها شاة ماخض والذي ينبغي العكس في ذلك واما البكرة فانها الفتية مطلقا من صلاحيتها الحمل وعدمه فلا ينافي ارادة الفطيم فيتقارب
الفداءان ويسهل الخطب مع ان روايته صحيحة فالعمل بها اقوى الثالث قد عرفت ان المص ره اوجب في هذا القسم من صغار الغنم من غير تقييد بالمخاض
والبكارة وتبعه على ذلك العلامة في عد ولا شاهد له بخصوصه من الاخبار والظ انهما حملا البكر على ذلك لانهما حصرا المسئلة في القولين وحكيا
المخاض قولا ولان الفتي لا ينافي الصغير وان كان الصغير قد يطلق على ما هو اعم منه لتناوله المولود في اول ولادته وفيه مع ذلك مناسبة لجزاء القطا
الاتي فان الحمل الفطيم هو ايضا من صغار الغنم فيحمل الصغير عليه فصاعدا ويخرج الانقص سنا منه بسبب ما يرد عليه من الاشكال والظ في ذلك كله ان الواجب
في البيض صغير من الغنم قد فطم ورعى والبكر يختص به لئلا يلزم في البيضة من الجزاء ازيد من القطاة وح فيرتفع الاشكال اذ غاية الامر تساوي الصغير والكبير
في الفداء وهو امر سهل ويوافق الاية الشريفة فان الصغير اقرب مماثلة للفرخ من الكبير الذي قد صلح للحمل ويعمل بموجب الخبر الصحيح ويطرح المقطوع
او يحمل على الافضل الرابع الحق اكثر الاصحاب القبج بالقطا والاخبار التي استدلوا بها خالية عن ذكر القبج ويمكن القول بالحاقه بالحمام لانه صنف منه
فيجب فيه شاة الا ان الحاقه بالقطا يوجب ضعف حكمه واصالة البرائة من وجوب الزائد من الصغير والقرب من المماثلة والعمل بالمشهور يقتضي الحاقه
بالقطاة فالعمل به اولى مع ان بعض الاصحاب صرح بالحاقه بالحمام في حكم البيض ولا باس به قوله فان عجز كان كمن كسر بيض النعامة اذا عجز عن ارسال فحول الغنم في
الاناث جزاء لهذا البيض فقد اختلف الاصحاب فيه لعدم نص ظاهر عليه فقال الشيخ ره وتبعه عليه المص والعلامة انه كحكم حكم من كسر بيض النعامة وقد
اختلف في تفسير هذا الكلام فالظ منه وهو الذي فسره ابن ادريس ان المراد انه يجب عن كل بيضة شاة فان عجز عنها اطعم عشرة مساكين فان عجز صام ثلثة
ايام وهذا الحكم صرح به الشيخ المفيد ره قبل ذكر الشيخ هذه العبارة المجملة ومستند هذا الحكم ظاهر الرواية الاخيرة التي رواها سليمان بن خالد في المسئلة
السابقة من ان في كتاب علي ع في بيض القطا كفارة مثل ما في بيض النعام وحيث لم يمكن حملها مثلها مطلقا جمعا بين الاخبار السابقة وحمل كل خبر على حالة
حمل هذه على هذه الحالة وهو ما لو تعذر الارسال وفيه نظر لان احد ما منع دلالة الخبر على ذلك بل مقتضاه ثبوت اصل الكفارة في بيض القطاة كما ان
الكفارة ثابتة في بيض النعامة فهو تشبيه لاصل الكفارة باصل الكفارة لا تشبيه الكيفية بالكيفية فان المشابهة لا تقتضي المساواة من كل وجه ويؤيد

٢ اراده هذا المعنى قوله في الخبر الاخر يصنع فيه من الغنم كما يصنع في بيض النعامة من الابل ومع فلا دلالة للخبر على الكيفية كفارة بيض القطاة فيرجع الى الاخبار الاخر
وقد دلت على الحكم السابق مع امكان تلك الافراد اما مع تعذرها فلا الثاني انه قد علم ان مع امكان الارسال وهي الحالة الاختيارية لا يجب في
البيضة شاة بل نتاجها حين تولده ولا شك انه اقل قيمة من الشاة ويكفي في العلم بعضها ان في البيضة بعد تحرك الفرخ من صغار الغنم كما من قبل
التحرك اضعف لانه في الارسال الذي غايته ان ينتج صغير الغنم وفيه ما لا ينتج كما ان البيض الذي هو كفارته فيه ما يفرخ وفيه ما لا يفرخ ومثله القول
في بيض النعام فان فيه مع التحرك من الابل ومع عدمه الارسال الذي غايته ان ينتج صغير الابل فضلا عن فيها ولان الارسال اخف مؤنة على المالك اذ لا
ثمن ولا مؤنة لما يرسل وينتقل من الفحول الى ارحام الاناث فكان حكم الارسال اضعف ومع فالشاة اذا كانت لا تجب في الحالة الاختيارية وهي القدرة
على الارسال كيف تجب في الحالة الاضطرارية الموجبة لتخفيف الحكم واعتذر ابن ادريس عن هذا بان مثله لا يمتنع اذا قام الدليل عليه وعنى به الخبر ودلالته
ممنوعة والذي فهمه المتاخرون كالعلامة والشيخ وغيرهما ان المراد به انه يجب عليه اطعام عشرة مساكين فان عجز صام ثلثة ايام وهذا التنزيل حسن لو دل عليه
دليل يسوغ المصير اليه ولعدم الدليل على ذلك ذهب ابن حمزة الى انه مع تعذر الارسال يتصدق عن كل بيضة قطاة بدرهم وهو محتاج الى النقل ايضا
بيت لو سلم النقل هنا بشيء فللتوقف مجال ويمكن ان نقول هنا الوارد اخراج شاة عوض كل بيضة قبل تحرك الفرخ هل يجري مع القدرة على الارسال
يحتمل الاول لانها اعلى واقوى فيستلزم اجزاؤها في الحالة القوية فينبغي ان يجري هنا بطريق اولى ويحتمل الثاني لان فرضه الارسال وهو حكم مغاير
للشاة وقد يمنع من كون الارسال اسهل مط وان كان اقل غرامة فانه في الحقيقة تكليف شاق وربما كان على بعض الناس اشق من اخراج الشاة بكثير لانه
يتوقف على تحصيل الفحل المذكور وانتظار الشاة حتى تلد وصرف نتاجها في مصالح الكعبة الى غير ذلك من الاحكام التي تعسر على كثير من الناس بخلاف
ذبح شاة وتفريقها على فقراء الحرم فانه في الاغلب تكليف سهل بالاضافة الى الارسال في اكثر الحاج كما لا يخفى وبهذا التقرير يتجه الجواب عما قيل من ان
الارسال اسهل من الشاة بما سبق ومما نقول ان قلنا بالثاني وهو عدم اجزاء الشاة ابتداء عن الارسال مع امكانه فبدل الارسال مما لا نص فيه
فيمكن ح وجوب القيمة كما لو تعذر البيض فداء ابتداء وان قلنا بالاول توجه قول المتاخرين بوجوب اطعام عشرة مساكين ثم صيام ثلثة ايام
لا لما ذكروه بل لان الشاة احد افراد الواجب ولا هو واجب في الجملة فاذا تعذرت انتقل الى بدلها العام حيث لا نص لها على بدل وهو الاطعام
المذكور ثم الصيام لكن يجب تقييد وجوب البدل المذكور بتعذر الارسال والشاة معا وظاهر الفتوى ان البدل معلق على تعذر الارسال
خاصة ومعه لا يتم الحكم ويتخرج على هذا الكلام في بدل صغير الغنم في الشق الاخر لو تعذر فعلى هذا يجزي بدله اطعام عشرة مساكين ثم الصيام
لان الشاة هناك مجزية قطعا فيجب بدلها عند تعذرها بالوجه العام وان لم ينص على بدل للواجب هنا على الخصوص وعلى القول بوجوب المخاض
من الغنم لا اشكال لانها شاة حقيقة بل صرح بعض الاصحاب بان كفارة البيضة مع تحرك الفرخ شاة من غير تقييد بالمخاض او البكارة والامر
فيه واضح واعلم انهم لم يذكروا قدر الطعام لكل مسكين هنا والظاهر انه لكل مسكين مد ولو جعلنا الاطعام من الباب العام فلا اشكال في كونه مدا
قوله ما لا بدل له على الخصوص المراد بالبدل على الخصوص ما ورد النص بتعيينه في المادة المعينة كما وقع في الخمسة السابقة على ما ادعوه والا فقد
عرفت تخلفه في بعض الموارد لقصور دلالة النص عليه ونبه بالخصوص على ان هذه المذكورات قد يكون لها بدل كما في الشاة في الحمام فان لها بدلا
عند تعذرها وهو اطعام عشرة مساكين فان تعذر فصيام ثلثة ايام كما ورد في صحيحة معوية بن عمار لكنه بدل على العموم لا يختص به
قوله الحمام وهو اسم لكل طائر يهدر ومعنى يهدر يوالي صوته ومعنى يعب الماء بالعين المهملة يشربه من غير مص كما يعب الدواب ولا ياخذه بمنقاره
قطرة قطرة كالدجاج والعصافير واختلاف الفقهاء في التعريف على القولين منشاؤه اختلاف اهل اللغة في تعريفه واقرب التعريفين الثاني
وهو الذي قطع به الشيخ في [illegible] ولم يذكر غيره قال الجوهري الحمام عند العرب ذوات الاطواق من نحو الفواخت والقماري وساق حر والقطا والوراشين
واشباه ذلك يقع على الذكر والانثى لان الهاء انما دخلته على انه واحد من جنس لا للتانيث قال وعند العامة انها الدواجن التي تستفرخ في البيوت
وعلى كل حال فلا بد من اخراج القطا والحجل من التعريف لان لها كفارة معينة غير كفارة الحمام مع مشاركتها له في التعريف وفي كون اختيار التعريف
الاول وادخل فيها الفواخت والوراشين والقماري والدباسي والقطا فلا يظهر بين اصناف المعرفين فرق قوله وفي قتلها شاة الخ اي على المحرم في الحل
بقرينة قسيمه لا مطلق المحرم فانه لو كان في الحرم اجتمع عليه الامران كما سيأتي وهو الموجب لترك القيد قوله وعلى المحل في الحرم درهم هذا هو المشهور
وبه نصوص وفي بعضها ان عليه قيمتها ومن ثم احتاط العلامة في كره وهي والمنتهى بوجوب اكثر الامرين من الدرهم والقيمة وقرب في كره وجوب القيمة لو زادت
وربما استشكل اجزاء الدرهم مط بان من قتل صيدا مملوكا في غير الحرم يلزمه القيمة السوقية لمالكه بالغة ما بلغت فكيف يجزي الانقص في الحرم وهذا
الاشكال يتوجه على القول بان فداء المملوك لمالكه مط وسيأتي ان الحق كون فدائه لله تع وللمالك القيمة السوقية ولا يبعد ح ان يجب لله تع اقل من
القيمة مع وجوبها للمالك نعم هذا وارد على المص حيث اطلق هنا الدرهم وفيما ياتي ان الفداء للمالك قوله وفي فرخها للمحرم حمل الحمل بالتحريك من ولد
الضان ما له اربعة اشهر فصاعدا وفي رواية ابن ادجة وهو من اولاد المعز ما سنه كك واعلم ان اللام في قوله للمحرم وللمحل فيما ياتي بمعنى على وهو
جائز في اللغة بل قد جاء في القران الكريم والحديث النبوي وكلام العرب قال الله تع ان احسنتم احسنتم لانفسكم وان اسأتم فلها اي فعليها وقال
اشترطي لهم الولاء اي عليهم لكنه تكلف غريب وان كان جائزا قوله ولو كان في الحرم اجتمع عليه الامران اسم كان ضمير عائد الى الفعل المتقدم المشتمل
على الاقسام كلها فيجب عليه من كل حمامة فيه شاة ودرهم لانه هتك حرمة الحرم والاحرام فكان عليه فداؤهما ولان الشاة تجب على المحرم في الحل
والدرهم يجب على المحل في الحرم فالمحرم في الحرم يجب عليه الامران لانه قد اجتمع فيه الوصفان ولرواية ابي بصير عن الص ع وفي فرخها حمل ونصف

درهم

١٣٧

درهم للتعليل قوله وفي بيضها اذا تحرك الفرخ حمل وقبل التحرك على المحرم درهم وعلى المحل ربع درهم ولو كان محرما في الحرم لزمه درهم وربع تفصيله
حكم البيض قبل تحرك الفرخ بالمحرم وغيره واطلاق حكمه بعد التحرك يقتضي استواء الاقسام الثلثة فيه والحق ان ما ذكره حكم المحرم في الحل فلو كان
محلا في الحرم فنصف درهم ويجتمع الامران على المحرم في الحرم وبالجملة فحكمه حكم الفرخ وممن صرح بذلك الشهيد في س قوله ويستوي الاهلي وحمام
الحرم في القيمة اذا قتل في الحرم اي قتل كل واحد منهما في الحرم فالجار يتعلق بيستوي ويتصور الحمام الاهلي في الحرم في القماري والدباسي ما غيرها فلا يختص
ملكه [illegible] والمراد بالقيمة هنا ما يعم الدرهم والفداء فيدخل حكم بيضه وفرخه وغيرهما وانما يستويان في ذلك مع اذن المالك في
اتلاف الاهلي [illegible] لمالكه هو المالك اما لو كان غيرهما افترق الحكم على الاقوى اذ يجتمع على المتلف في الاهلي القيمة للمالك والفداء كما سيجيء
قوله لكن يشتري بقيمة الحرمي علفا لحمامه العلف بالتحريك ماكول الحيوان وليكن قمحا رواه حماد بن عثمان عن الص ع ولو كان غيره فالظ الاجزاء لضعف
الرواية بسهل واطلاق العلف في بعض الاخبار واما الاهلي فقد اطلقوا وجوب التصدق بقيمته على المساكين وينبغي ان يكون ذلك في موضع
لا يضمنه المالك والا كان فداؤه للمساكين وقيمته للمالك فينبغي تامل ذلك فان النص والفتوى مطلقان قوله في كل واحد من القطا والحجل و
الدراج آه قد تقدم ان المراد به ما سنه من الغنم اربعة اشهر وقد للشاة ان رعى وفطام وان لم يكونا قد حصلا له بالفعل وقد تقدم جملة من الكلام
على ذلك حيث ان ظاهر ما يجب في فرخها وفيها التنافي فان وجوب مخاض في فرخها او بكرة يقتضي وجوب مثله فيها بطريق اولى فكيف يجب فيها
اقل مما يجب في فرخها ونحن قد اسلفنا ما يصلح للجمع واجاب [illegible] بامكان حمل المخاض هنا على بنت المخاض او ان فيه دليلا على ان في القطاة ابنة
مخاض بطريق اولى ويؤيده ما رواه سليمان بن خالد ان في كتاب علي ع من اصاب قطاة او حجلة او دراجة او نظيرهن فعليه دم او يجمع بين الاخبار بالتخيير
وهذه الاجوبة كلها ممنوعة بالاجماع على نفي مدلولها اذ لم يقل احد بوجوب بنت مخاض في قتل ولا ما يزيد على الحمل وقد اجيب ايضا بان مبنى شرعنا
على اختلاف المتماثلات واتفاق المختلفات فجاز ان يثبت في الصغير ازيد مما يثبت في الكبير في بعض الموارد وفي بعض اخر بالعكس وان كان ذلك
خلاف الغالب واجود ما هنا ما اسلفناه من ان الواجب في الفرخ انما هو بكارة من صغار النعم وهي غير منافية للحمل وغايتها المساواة له في جانب القطاة
وهو امر سائغ عقلا فان مساواة الصغير للكبير في الحكم امر واقع قوله وقيل في قتل كل واحد من القنفذ والضب وجوب الجدي فيهما هو المشهور
وقيل فيهما حمل فطيم والظاهر ان كلا منهما مجزئ والحق الشيخان بهما ما اشبههما ولا نعلم مستنده قوله في كل واحد من العصفور [illegible]
قد تقدم في باب الطهارة انه ما دون الحمامة ويظهر من العبارة هنا انه صنف خاص منها لان القبرة والصعوة مما دون الحمامة فجعلهما قسيمين له يؤذن با
لمغايرة الا ان يكون من باب عطف الخاص على العام والمذكور هنا لفظ الرواية الا انه اخر فيها العصفور فكانه عطف العام على الخاص والحق في كره
بهما ما اشبههما وهو حسن لشمول العصفور لها والا فلعموم النص الحاق الشبيه لو لم يرد بالعصفور المعنى العام والقبرة بالقاف المضمومة ثم الباء
المشددة يغيرون بينهما قال في الصحاح والعامة يقول القنبرة [illegible] في بعض النسخ بالنون غلط نعم فيها لغة اخرى بالنون لكن مع الحاق الالف
الممدودة قال الجوهري القنبراء لغة فيها والجمع القنابر وجمع الاول القبر بالتشديد والصعوة عصفور صغير له ذنب طويل يرمح به قوله في قتل
الجرادة تمرة آه وجوب التمرة ورد في صحيحة زرارة عن الص ع حين سئل عن محرم قتل جرادة قال يطعم تمرة وتمرة خير من جرادة واختاره جماعة من الاصحاب
والكف رواه محمد بن مسلم في الصحيح ايضا عنه والاجود الجمع بينهما بالحمل على التخيير قوله وكذا في القملة آه تشبيه بهما في حكم به المص في السابق وهو الكف
من الطعام ومستنده في القملة صحيحة حماد بن عيسى وعمل بمضمونها جماعة من الاصحاب لكن روى معوية بن عمار في الصحيح ايضا انه لا شيء فيها ويمكن الجمع
بحمل السابقة على الاستحباب وحكم قتلها حكم القائها على المشهور خلافا للشيخ ره في ط حيث جوز قتلها واوجب الفداء في رميها دون قتلها واما
البرغوث فلا شيء عليه على المشهور وان منعنا من قتله قوله وفي قتل الكثير من الجراد دم شاة المرجع في الكثير الى العرف ويحتمل اللغة فتكون الثلاثة
كثيرة وكيف كان فيجب فيما دونه لكل واحدة تمرة او كف من طعام قوله وان لم يمكنه التحرز من قتله بان كان آه المراد بعدم الامكان هنا المشقة
الكثيرة في تركه بحيث لا يتحمل عادة لا الامكان الحقيقي واعلم ان جميع ما ذكر من احكام الفداء هو حكم المحرم في الحل اما المحل في الحرم فعليه القيمة فيما لم
ينص على غيرها كالحمام وبيضه وسيأتي الكلام فيه ويجتمع على المحرم في الحرم الامران قوله وكل ما لا تقدير لفديته ففي قتله قيمته آه اي ما لا تقدير لفديته
على الخصوص من الحيوان والبيوض فيعتبر القيمة السوقية بتقويم عدلين عارفين وان كان الجاني احدهما اذا كان مخطئا او تاب وهذا حكم المحرم في الحل اما
المحرم في الحرم فيضاعف عليه القيمة ما لم يبلغ البدنة قوله وقيل في البطة والاوزة آه هذا القول ذهب اليه الشيخ وجماعة من الاصحاب استنادا
الى صحيحة ابن سنان عن الص ع في محرم ذبح طيرا ان عليه دم شاة يهريقه وهو عام فيكون من المنصوص وذهب جماعة منهم المص والعلامة والشهيد و
الشيخ ايضا ان عليه القيمة كغيره مما لا نص فيه نظرا الى انه غير منصوص ولذا نسبه المص الى القيل ولعله اقوى نعم قد يرد على الاستدلال بالخبر انه دل
على حكم الطير اذا ذبح والمسألة مفروضة لما هو اعم من الذبح لان الضمان في الصيد يستوعب الذبح والدلالة والاعانة وغيرها فجميع الافراد لا
دليل عليها واختصاص الحكم بالذبح لا قائل به فيثبت القيمة ويمكن دفعه بان حكم الذبح قد ثبت بالنص الصحيح والقائل به وكل من قال به هنا قال
بالباقي فالفرق احداث قول ثالث فلم يبق الا القول بثبوت الشاة في الجميع او القيمة في الجميع والثاني باطل بالنص الصحيح فبقي الباقي وهو حسن قوله
اذا قتل صيدا معيبا كالمكسور والاعور فداه بصحيح ولو فداه بمثله جاز انما يجزي الفداء بمثله مع تساويهما في النوع بان يفدي الاعور بالاعور
والاعرج بالاعرج وهكذا فلو اختلفا بان كان احدهما اعور والاخر اعرج لم يجز والظ ان عرج الفداء لو كان اقوى من عرج الصيد فهو كذلك [illegible]
ولو اختلف العيب بالمحل بان فدى اعور اليمنى باعور اليسرى والاعرج من احدى الرجلين باعرج الاخرى ففي اجزائه نظر من الاختلاف [illegible] الاشتراك

في اصل العيب وقطع العلامة في كره دعيرها بالاجزاء ولو كان لاحدهما اعرج من اليد والاخر من الرجل ففي اجزائه وجهان واولى بالمنع قوله ويفدي الذكر بمثله وبالانثى اه ظاهرهم اجزاء الانثى عن الذكر بغير اشكال لانها اطيب لحما وارطب واما اجزاء الذكر عن الانثى ففيه اشكال كنفي به المص وجماعة لصدق اصل المماثلة ولان لحمه اوفر فيتساويا وقيل بالمنع منه لان زيادته ليست من جنس زيادتها فاشبه اختلاف العيب جنسا وهو خلاف فيما خلقة فلا يتحقق المماثلة المطلوبة من الاية ومختار المص اقوى اذ لا يعتبر في المثلية الاتفاق في جميع الصفات كاللون ولصدق المماثلة بينهما عرفا وصدق اسم الشاة ونحوها من المسميات المامور بها والمنصوص على التعيين قوله الاعتبار بتقويم الجزاء وقت الاخراج وفيما لا نفذ بر لقدر به وقت الاتلاف الفرق بين الامرين ان الواجب في الاول هو المثل فما دام لا يريد الاخراج فلا حاجة الى العدول الى القيمة وانما ينظر اليها عند ارادة الاخراج كسائر المثليات وفي الثاني ابتدا هو القيمة وهي تثبت في الذمة وقت الجناية فيعتبر قدرها قوله اذا قتل ما خضا مما له مثل اه انما وجب ذلك ليتحقق المماثلة ولان الحمل فضيلة مقصودة لا سبيل الى اهمالها ولو بادر واخرج غير ماخض مع مساواتها في اللحم ففي الاجزاء نظر من عدم المماثلة ومن ان هذه الصفة لا تزيد في لحمها بل قد تنقصه غالبا فلا يقدح الحماء الفرق في الاجزاء كاللون ونوقف فيه كره والحكم بوجوب المماثلة في ذلك يقتضي عدم الاجزاء نعم لو كان الغرض اخراج القيمة لم يجز الاقتصار على قيمة الماخض لانها اعلى في الاغلب وباختلاف القيمة يختلف المخرج قوله ولو عاب ضمن ارشه لا ريب في ضمان الارش لانه نقص حصل بسببه لكن هل يخرج فيه القيمة مع وجوب المثل في الاصل ام يجب جزء من الجزاء المماثل مع الامكان الظاهر الثاني وبه قطع في س وقيل لا يجب الجزاء الا مع الموت فان بقي في الباقي ولو كان الواجب القيمة فهو جزء منها ولا فرق في ذلك بين كون المعيب هو الام او الولد او هما وكذا القول في مطلق وكيفية معرفة الارش هنا وفي جميع ما يجب فيه الارش ان يقوم الصيد صحيحا ومعيبا وينظر الى التفاوت وينسب الى قيمته صحيحا ويؤخذ بتلك النسبة من الفداء او من قيمته فلو قوم بثلثين صحيحا وعشرين معيبا كان التفاوت الثلث فيجب ثلث الفداء او ثلث القيمة قوله ولو مات احدهما ضمنه دون الاخر فان كان الميت الام ضمنها بانثى او بذكر على ما مر وان مات الولد ضمنه بصغير ولو ماتا معا قيل سقوطه ضمنها بحامل فان تعذر المثل ضمن الجزاء حاملا فان لم يزد على الحامل فالمنقلا الانتساب على ما قوم مع احتمال ضمان شيء زائد بسببه الا ان الاصل والحجة في الام خاصة واعتبار الولد غير ساقط وان زاد عن الطعام المقدر كالستين في النعامة والثلثين في البقرة فالاقوى وجوب الزائد بسبب الحمل الا ان يزيد على الضعف فلا يجب الزائد اذ لا يزيد حكم الولد عنه نعم لو بين انها حامل باثنين تضاعف تعدد الجزاء والقيمة لو كان محرما في الحرم والدب فيه ما تقدم قوله ولو القت جنينا ميتا لزمه الارش وهو ما بين قيمتها حاملا ومجهضا الكلام في الارش هنا كما مر وفي اعتبار جزء من المثل ولا يعتبر الولد هنا للشك في حيوته والحكم انما يتعلق بالحي بعد الولادة حتى لو علم بحركته قبلها لم يعتد به لعدم تشخيص حيوانا قوله ولو شك في كونه صيدا لم يضمن لاصالة البراءة وكذا لو علم كونه صيدا وشك في قتله في الحرم ليتضاعف عليه ان كان محرما او المتعلق به الحكم ان كان محلا فالاصل العدم وكذا لو شك في الاصابة اما لو تحققها وشك في تاثيرها او في البرء ضمن كمال الجزاء قوله فان اكله لزمه فداء اخر اه مستند الاول الرواية الصحيحة عن الكاظم ويتحقق الحكم بالكل مسماه وعليه العمل والقول الاول استوجهه المص والشيخ عملا باصالة البراءة وحملا للخبر على الاستحباب او على بلوغ قيمة الماكول شاة ولا يخفى ما فيه قوله ولو رمى صيدا فاصابه ولم يؤثر فيه فلا فدية المراد انه تحقق عدم التاثير فيه فلو شك لزمه الفداء وهذا اذا لم يكن له شريك في الرمي بحيث اصاب شريكه والا ضمن الاخر وان تحقق عدم التاثير بل وان اخطأ للنص خلافا لابن ادريس والنص ورد على الرامي الواحد فلو تعدد احتمل كونه كذلك لتساويهم في الحال وعدمه وقوفا فيما خالف النص على مورده وهو الصنف قوله ولو جرحه ثم راه سويا ضمن ارشه اه وجه الارش ظاهر وعليه المعظم والقول بربع القيمة مستند الى روايات وردت في كسر خاص لا في مطلق الجرح ولم يقل احد بالاختصاص فالقول الاول اقوى قوله وروى في كسر قرني الغزال الى قوله وفي الرواية ضعف رواها ابو بصير عن الص وفي سندها ضعف لكن العمل بها مشهور وزعموا ان ضعفها منجبر بالشهرة والقول بالارش في الجميع اقوى لانه نقص حدث على الصيد فيجب ارشه قوله ولو اشترك جماعة في قتل صيد ضمن اه لا فرق في ذلك بين كونهم محرمين او محلين في الحرم او بالتفريق فيلزم كلا منهم حكمه فيجتمع على المحرم منهم في الحرم امران وعلى المحل فيه القيمة قوله ولو اشتركا فيه في الحل فلا شيء على المحل وعلى المحرم تمام الفداء ان اصاباه دفعة او اصابه المحرم اولا اما لو اصابه المحل اولا ثم اصابه المحرم فلا شيء على المحل وعلى المحرم جزاء مجروح قوله ومن ضرب بطير على الارض اه هذا الحكم ذكره الشيخ ره وتبعه عليه المص هنا والعلامة في كتبه ومستنده على هذا الوجه غير معلوم والذي رواه معوية بن عمار عن الص في محرم اصطاد طيرا فضرب به الارض فقتله قال عليه ثلث قيم قيمة لاحرامه وقيمة للحرم وقيمة لاستصغاره اياه وافتى بمضمونها المص في فع ويتحقق المحل على القولين لا يخلو من اشكال لان الطيران اخذ بالمعنى اللغوي الشامل للعصفور والنعامة وغيرهما اشكل الحكمان معا لان الواجب في النعامة بدنة لو لم يكن القتل بالضرب على الارض مستصغرا فكيف يسقط وينتقل الى الدم او القيمة مع الاستصغار فان ذلك يوجب التخفيف في الحكم وفي مثل العصفور كف من طعام في غير الحرم فسقوطه ووجوب القيم او الدم مع القيمتين غير واضح والذي يناسب العمل بالاخبار المختلفة وجوب كف من طعام وقيمتين هنا ووجوب بدنة وقيمتين في النعامة او المنصوص مع الثلث قيم وانما يتم ذلك في طير لا نص على فدائه فيجب قيمته لقتله وقيمة اخرى بسبب التضاعف في الحرم وثالثة للاستصغار او يجب دم فداء بناء على وجوبه لذبح طير كما تقدم في الرواية وقيمتان لما ذكر ويمكن الجمع بين الامرين بحمل النصوص على ما لو كان القتل بغير الضرب على الارض في محرم وفيه يسقط ذلك الحكم اصلا ويثبت ما نص هنا لكن اللازم الحكم بالثلث قيم لا بالدم مع قيمتين كما قد اشتهر عملا بالنص وتنقيح المسئلة مضافا الى ما تقدم يتم بامور الاول هذا الحكم مختص بما لو كان ذلك في الحرم فلو كان في الحل لم يتعدد وان قصد الاستصغار وقوفا مع النص المخالف للقواعد المشهورة المستفادة من الكتاب والسنة الثاني يشترط في ثبوت الامور المذكورة موت الطير بالضرب المذكور فلو ضرب به ثم

قتله بامر اخر فالواجب ما تقدم من الاحكام وان كانت عبارة المص وغيره توهم العموم حيث لم يصرح فيها بكونه مات بالضرب لان الرواية مصرحة به وهي المستند الثالث لو ضرب به الارض فعابه ثم قتله بسبب اخر ففي وجوب المنصوص بسبب العيب اقامة مقام القتل نظر من انه ليس بقتل ومن ان اسقاطه يستلزم اهدار حكم الاستصغار به وهو غير واضح ويمكن تفريعا على المنصوص القول بقيام الارش هنا مقام القيمة فيتعدد والمتجه كون هذا الحكم كغيره وقوفا في المنصوص على مورده المعين كما قررناه ولو وجب بالضرب ربع القيمة او نصفها كما في كسر قرنيه ونحوهما ففي تعدد النصف والربع او سقوط اعتبار هذا الحكم هنا اوجه الرابع الحكم مختص بالطير فلا يتعدى الى غيره من الحيوانات كالظبي وقوفا مع النص المخالف للقواعد وان كانت المنصوصة مشتركة بينهما مع احتمال التعدي بناء على ان العلة منصوصة وهي قوله لاستصغاره ويندفع بان العلة مركبة من الاستصغار وكونه مضروبا الى الطير فيه لا مطلق الاستصغار فالتعدي بعيد وان استشكله في س الخامس لو كان المرمي نحو الجرادة فان كان قبل الاستقلال بالطيران لم يدخل لانتفاء اطلاق اسم الطير عليها وان كان بعده ففي دخولها نظر من صدق اسم الطير عليها ومن الشك في اطلاق اسم الطير عليها فان قلنا بدخولها وجب على الرواية ثلث قيم لا ثلث تمرات ويبعد وجوب الدم هنا على ما ذكروه زيادة على ما تقدم ويحتمل على هذا دخول الدبا في الحكم وان لم يكن طائرا بالفعل بناء على انه من جنس الطائر وعدم حصوله لعارض الصغر لا يمنع من دخوله فيه كالفرخ الذي لا يستقل بالطيران مع وجود صورة الجناح السادس يحتمل قوله في لاستصغاره اياه عود الضمير الى الحرم لانه اقرب المذكورات والى الطير لانه المحدث عنه قيل ويظهر الفائدة فيما لو ضرب به في الحل فعلى الاول لا يتضاعف القيمة لانتفاء استصغاره موجب التضاعف وعلى الثاني يلزمه قيمتان احدهما للاحرام والاخرى للاستصغار وفي بعض تحقيقات الشهيد ره ان استصغاره يرجع الى قصده فان قصد استصغاره بالحرم لزمه دم وقيمتان وان كان القتل بالحرم وان كان في غير الحرم فعليه القيمة لا غير وان قصد الاستصغار بالصيد لزمه القيمتان سواء كان في الحل ام في الحرم وهذا كله في موضع النظر فانه خروج عن مورد النص بغير دليل ومن الجائز ان يكون العلة استصغاره الطير بالحرم فلا يتعدى الحكم الى غير محل الفرض مع مخالفته للقواعد من غير دليل يوجب العدول واية فلا معنى لقصده في الشق الثاني الاستصغار بالحرم مع كونه في غيره وفي القسم الثالث خروج عن مدلول النص وفتوى الاصحاب معا حيث حكم بلزوم القيمتين مع قصد الاستصغار بالصيد في الحل والحرم فان ذلك احداث قول ثالث بمجرد التشهي ويبقى عليه الاخلال بحكم ما لو لم يقصد شيئا من الامرين مع انه اشكل الاقسام بل هو الظاهر من مورد النص فان القصد غير مبحوث عنه فيه والاستصغار جاز ان يكون نشا من الفعل لزوما وان لم يقصده والحق اختصاص الحكم بموضع اليقين وهو قتل الصيد بالرمي على الارض في الحرم سواء قصد ام لم يقصد ورجوع ما عداه الى الاحكام المقررة قوله ومن شرب لبن ظبية في الحرم اه المراد به لو كان محرما في الحرم كما يدل عليه الرواية فلو كان محرما في الحل او محلا في الحرم فمقتضى القواعد ان عليه القيمة لانه مما لا نص في فدائه ولكن يشكل بانه لو كان كذلك لكان الواجب على المحرم في الحرم تضاعف القيمة والمنصوص هو الدم والجزاء ومقتضى ذلك وجوب الدم مع الانفراد باحد الوصفين اعني الاحرام والحرم والقيمة بالاخر كما في نظائره فيحتمل قويا وجوب الدم على المحرم في الحل والقيمة على المحل في الحرم ويمكن الاقتصار بالمنصوص على مورده والرجوع في غيره الى تلك الاحكام وان بعد لعدم النظير وهل يتعدى الحكم في غير ظبية كبقرة الوحش فيجب في شربه في الحرم دم وقيمة قيل نعم وبه قطع العلامة في عد ويشكل بانه قياس اذ النص مخصوص بالظبية والعلة المشتركة غير موجودة واعلم ان مورد النص حلب الظبية ثم شرب لبنها والاصحاب فرضوا الحكم في شرب اللبن فقط وفيه نظر لانه حكم خارج عن القواعد فتعديه الى غير موضع النص في محل المنع ولو فرض حلب واحد وشرب اخر فعلى ما ذكروه على الشارب الجزاء والقيمة وفي الحالب نظر اذ يمكن ان يجب عليه قيمة اللبن خاصة ووجوب الجزاء وكذا الاشكال لو حلب واحد واتلفه من غير اكل ولو قيل في هذه المواضع كلها بلزوم القيمة كان وجها قوله ولو رمى الصيد وهو محل اه هذا هو المشهور ولا نعلم فيه خلافا وان كان قد وقع الخلاف فيما لو رماه في الحل فمات في الحرم كما سيأتي والفرق بينهما مع اشتراكهما في كون الجناية غير مضمونة لخلاف الاخبار في تلك دون هذه قوله وكذا لو جعل في راسه ما يقتل القمل اه كذلك اطلق الاصحاب من غير تقييد بالتمكن من ازالته حال الاحرام وقيده بعضهم بما اذا لم يتمكن من ازالته والا ضمن وهو حسن ومثله ما لو نصب شبكة للصيد محلا فاصطادت محرما او احفر بئرا كذلك وهو قادر على طمها فقصر ولو لم يقصد بها الصيد لم يضمن قوله ومن كان معه صيد فاحرم اه هذا هو المعروف في المذهب وربما قيل ببقائه على ملكه وان وجب ارساله وتظهر الفائدة في ضمان اخذه منه بعوضه او ارشه لو جنى عليه فعلى الثاني يثبت ذلك للمالك دون الاول قوله فلو مات قبل ارساله لزمه ضمانه انما يضمنه مع تفريطه في الارسال بان يمكنه فتركه والا لم يضمن ولو فرض انه لم يرسله حتى احل فلا شيء عليه سوى الاثم وهل يجب عليه ارساله محلا ظاهر الشهيد ذلك ويحتمل قويا عدم الوجوب لزوال المقتضي وهو الاحرام وهذا كله اذا لم يدخل به الحرم فان دخل به ثم اخرجه وجب اعادته اليه للرواية فان تلف قبل ذلك ضمنه ولو كان الصيد بيده وديعة او عارية و شبههما وتعذر المالك وجب دفعه عند ارادة الاحرام الى وليه وهو الحاكم او وكيله فان تعذر فالى بعض العدول فان تعذر ارسله وضمن قوله ولو كان الصيد نائيا عنه لم يزل ملكه عنه هذا هو المشهور وعليه العمل وكما لا يمنع الاحرام استدامة ملك البعيد لا يمنع ابتدائه فلو اشترى ثمة صيدا او اتهبه او ورثه انتقل الى ملكه ايضا والمرجع في النائي والقريب الى العرف قوله ولو امسك المحرم صيدا فذبحه محرم اخر ضمن كل منهما ولو كان احدهما محرما تضاعف الفداء في حقه اه اما ضمان المباشر فظ واما الاخر فللاعانة وقد حكموا بضمان الدال فهذا اولى ومعنى تضاعف الفداء في الحرم وجوب المثل المنصوص والقيمة فالتضاعف مجاز اذ لم يتكرر احدهما ومثله قوله ولو كانا محلين في الحرم لم يتضاعف وفيه امر اخر وهو ان الضمير المستكن فيه يعود الى الفداء والمتبادر منه الجزاء المنصوص لا القيمة مع ان الواجب على المحل في الحرم انما هو القيمة والحكم بعدم التضاعف مع بلوغ البدنة هو المشهور ومستنده الان رواية مرسلة فثبوت التضاعف مط اقوى ان لم يكن هنا اجماع قوله ولو نقل بيض صيد عن موضعه ففسد ضمنه ظاهره انه

لا يضمنه الا مع تحقق الفساد والاولى ضمانه ما لم يتحقق خروج الفرخ منه سليما فلو جهل الحال ضمنه ايضا وهو ظاهر كلام س قوله وان ذبح المحرم صيدا كان ميتة ويحرم على المحل تحريم مذبوح المحرم مطلقا والاظهر في المذهب ذهب جماعة من الاصحاب الى عدم تحريمه على المحل اذا ذبحه في الحل وبه اخبار صحيحة هذا كله اذا ذبحه المحرم اختيارا بحيث يحرم عليه ولو اضطر الى اكل الصيد فذبحه حل له قطعا وفي حله للمحل وجهان قوله من اغلق على حمام من حمام الحرم وفراخ وبيض الى قوله وقيل يستقر الضمان بنفس الاغلاق والاول اشبه هذا الحكم ذكره جماعة من الاصحاب هكذا مطلقا ومستنده رواية يونس بن يعقوب عن الصادق ع حين سأله عن رجل اغلق على حمام من حمام الحرم وفراخ وبيض فقال ان كان اغلق عليها قبل ان يحرم كان عليه لكل طير درهم ولكل فرخ نصف درهم والبيض لكل بيضة ربع درهم وان كان اغلق عليها بعد ما احرم كان عليه لكل طير شاة ولكل فرخ حمل وان لم يكن تحرك فدرهم وللبيض نصف درهم وهذا على اطلاقه ينافي ما تقدم من وجوب الجمع بين الفداء والقيمة على المحرم في الحرم حيث ان الظ كون ذلك في الحرم حيث ان حمام الحرم فيه غالبا وح فيجب حمل ما ذكره في الرواية والفتوى على المحل في الحرم والمحرم في الحل ولو كان محرما في الحرم لجمع عليه الامران وبهذا القيد صرح العلامة في كره وغيره ويتوجه التقييد بحمام الحرم بسبب ذكره في الرواية والا فهو خال عن الفائدة وانما يتم ايضا لو قلنا بعدم تحريم حمام الحرم في الحل ليجعل حكم الدرهم ولجزائه على المحل في الحرم ولو قلنا بتحريمه فيه ايضا كان حكم المحل ثابتا في الحرم وغيره وبالجملة فاطلاق الرواية والفتوى غير مراد وظاهر الرواية ان الضمان يحصل بنفس الاغلاق واختاره بعض الاصحاب تبعا للرواية وما اختاره المص من تقييد الوجوب بالهلاك متجه بالنسبة الى ما يقابل من العلم بالسلامة اما مع الجهل بحالها بعد الاغلاق فالضمان اوجه كالرمي للصيد وجهل حاله قوله وقيل اذا نفر حمام الحرم فان عاد فعليه شاة اه انما نسب ذلك الى القيل لعدم وقوفه على مستنده فان الشيخ ره قال هذا الحكم ذكره علي بن بابويه في رسالته ولم اجد به حديثا مسندا ثم اشتهر ذلك بين الاصحاب حتى كاد يكون اجماعا ولقد كان المتقدمون يرجعون الى فتوى هذا الصدوق عند عدم النص فانها لها مقام بناء على انه لا يحكم الا بما دل عليه النص الصحيح عنده وح فلا مجال للمخالفة هنا ويبقى الكلام في المسئلة في مواضع الاول هذا الحكم معلق على مطلق التنفير وهو شامل لما لو خرج من الحرم ولما لم يخرج بل بقي فيه ولمجرد نفوره وانتقاله عن محله الى آخر وان لم يغب عن العين وليس هنا نص يرجع اليه في تعيين المراد واللازم من اتباع هذا المدلول العمل بجميع ما دل عليه لكن الظ من كلام العلامة في كره والشهيد في بعض تحقيقاته ان المراد من ذلك خروجها من الحرم الى الحل والمراد بعودها رجوعها الى محلها من الحرم وفي اشتراط استقرارها مع ذلك وجه الثاني هذا الحكم على اطلاقه لا يناسب القواعد الماضية من وجوب الفداء على المحرم في الحل والقيمة على المحل في الحرم والامرين معا على المحرم في الحرم والذي يقتضيها منه ان يحمل الحكم المذكور على ما لو نفرها المحرم في الحل فلو كان محلا في الحرم وجبت القيمة او محرما في الحرم وجبت الشاة والقيمة خصوصا اذا لم يعد فان ذلك منزل منزلة الاتلاف فيكون في حكم القاتل ويمكن ان يقال انه مع العود يجب الشاة في الجميع لان هذا حكم مخالف للاصل مع السلامة فلا يبقى في القاعدة السابقة ما ينافيه فيتحد العقوبة وان اختلف الاثم ويتأكد في جانب المحرم في الحرم واما مع عدم العود فيجب الرد الى القاعدة لئلا يجمع بين الحكمين فيجب الشاة والقيمة لكن يشكل ذلك في المحل في الحرم فان الواجب عليه القيمة مع الاتلاف وفي الحكم بها اطراح لهذا الحكم وليس تخصيص ذلك بغير هذه الصورة اولى لوضوح الدليل هناك ويتجه على هذا ان لا يجب عليه شيء لو عادت لان وجوب القيمة مع عدم العود الذي هو اغلظ من العود يقتضي كون حكمه اغلظ وكيف يجب القيمة في الحالة القوية والشاة في الضعيفة مع انه اضعاف قيمة الحمام الثالث لو اشترك في التنفير جماعة فان كان فعل كل واحد منهم موجبا للنفور لو انفرد فالظ تعدد الجزاء عليهم لصدق التنفير على كل واحد مع احتمال وجوب جزاء واحد عليهم لان العلة مركبة خصوصا مع العود اما مع عدمه فالاحتمال ضعيف جدا لانه سبب الاتلاف كما في الوجوب وكذا الشركة ولو كان فعل كل واحد لا يوجب النفور فان لم يعد فالحكم كما مر وان عادت قوي مع احتمال التعدد عدمه لان التنفير استند الى الجميع لا الى كل واحد ولم يتحقق الاتلاف ليثبت الحكم مع الاشتراك ثم ان كانوا جميعا محلين او محرمين في الحرم او في الحل فالحكم واحد ولو اختلفوا فعلى القول بالتعدد لا اشكال فيجب على كل واحد ما وجب فيه لو كان منفردا وعلى الاتحاد اشكل الحال فيحتمل ان يجب على كل واحد بنسبته من العدد ما وجب عليه فيجب على المحرم في الحل لو كانوا ثلثة ثلث شاة وعلى المحل في الحرم ثلث القيمة وهكذا ويحتمل هنا عدم وجوب شيء لانه خلاف الحكم المذكور الرابع لو كان المنفر حمامة واحدة ولم تعد وجب الشاة وهو واضح ولو عادت احتمل وجوبها ايضا بناء على ان الحمام اسم جنس لا جمع فيصدق على الواحدة فيتحقق ان الحمام قد عاد ويحتمل قويا هنا عدم وجوب شيء لعدم دخولها فيما قد ادعي ثبوت حكمه بناء على كونه جمعا ولزوم مساواة حالة الاتلاف لعدمه وهو غير واقع في غيره ولا يرد ان الممسك ونحوه غير متلف مع وجوب الجزاء عليه لانه دخل من باب السببية ولم يتحقق هنا الخامس لو نفر غير الحمام من الصيد المحرم كالظبي ففي لحوق الحكم له نظر من عدم النص والمشاركة في الموجب خصوصا مع عدم العود ويمكن ان يرجح هنا عدم الوجوب لما ذكر ولمنع كون عدم العود اتلافا كما تقدم لاختلاف المعنيين كما لا يخفى ولا يلزم مثله فيما لو نفرت في الحل من المحرم وربما امكن القول به ايضا عند من يلحق هذه الفروع بالمشهور السادس لو عاد البعض خاصة ففي كل واحدة من التي لم تعد شاة واما العائد فان كان ازيد من واحدة ففيه شاة مع احتمال عدم وجوب شيء هنا لا نفرد الجميع اذا كان موجبا للشاة فكيف يوجبه البعض ولعدم النص عليه واصالة البراءة ويحتمل وجوب جزء من الشاة بنسبة الجميع فلو كان الجميع اربعا وعاد اثنتان فنصف شاة ولو كان العائد واحدة ففي وجوب شاة لها او جزء من شاة او عدم وجوب شيء الاوجه المتقدمة واولى بالعدم لو قلنا به ثم السابع يجب على المنفر السعي الى اعادتها الى محلها مع الامكان ولو افتقر الى مؤنة وجبت عليه زيادة على ما مر ولو لم يخرج من الحرم ولم يبعد كثيرا عن محلها الذي نفرها منه وقلنا بايجابه الجزاء ففي وجوب اعادتها الى الاول نظر من تحريم التنفير المتوقف لخروجها من محلها فيجب ردها اليه ومن انتفاء الفائدة من القرب خصوصا لو كان المحل الاول ليس هو موضع اقامتها والثاني مساو له او اقرب الى ما يليه وبالجملة فهذه الفروع كلها لا تخ من اشكال حيث لا اصل لها يرجع اليه الثامن لو شك في العدد بني على الاقل ولو شك في العود بني على الاصل وهو العدم ولو

تحقق النفار وشك في خروجها من الحرم فالاصل عدم الخروج ان قلنا بتقييد الحكم بخروجها منه ويتحقق العود بالمشاهدة او اخبار عدلين وفي الاكتفاء بالعدل الواحد وجه جعلا له من باب الخبر وان كان عدمه اوجه قوله اذا رمى اثنان فاصاب احدهما اه لا اشكال في الحكم مع تحقق الاعانة من الرامي الاخر لانه يصبح بمنزلة السبب وتعليل المص ينبه عليه وانما الكلام مع عدم الاعانة فان اطلاق النص يقتضي الوجوب وهو مفروض في راميين محرمين وفي تعديه الى الرماة نظر من الاشتراك في الموجب وكون الحكم على خلاف الاصل فيقتصر فيه على مورده وكذا القول في تعديه الى المحلين اذا رموا الصيد في الحرم بالنسبة الى القيمة وذهب بعض الاصحاب الى اختصاص الحكم بالوصل من المخطي اعانة وحمل الرواية عليه وعلى هذا يتعدى الحكم الى الجميع قوله اذا اوقد جماعة نارا فوقع فيها صيد اه اطلق المص وجماعة بحيث يشمل المحرمين والمحلين اذا اشعلوه في الحرم والمحرمين في الحل والذي دل عليه رواية ابي ولاد التي هي مستند الحكم انهم كانوا محرمين في غير الحرم وينبغي على هذا ان يضاعف الواجب لو كانوا محرمين في الحرم وفي تعلق الحكم بالمحلين في الحرم نظر من اقامة ذلك مقام المباشرة ومن عدم النص ولو اختلفوا في القصد وعدمه بان قصد بعض دون بعض تعدد الجزاء على من قصد وعلى من لم يقصد فداء واحد ان تعدد ولو اتحد فاشكال من ظاهر النص ومن استلزامه مساواة القاصد لغيره مع انه اخف حكما ولو قيل بانه مع عدم قصد البعض يجب على غير القاصد ما كان يجب عليه لو لم يقصد الجميع كان وجها ولو كان الموقد واحدا وقصد فعليه الجزاء ولو لم يقصد فالاشكال قوله اذا رمى صيدا فاضطرب فقتل فرخا اه اما ضمان المرمي فواضح لتلفه بسببه واما المتقرب فلا يحكم بضمانه بمجرد الرمي كما اطلق المص بل مع تلفه ايضا بالرمي او تاثره بما يوجب الضمان وهذا هو المراد وان كانت العبارة مطلقة ولو اشتبه حاله ضمنه ايضا لوجود سبب الضمان والشك في المسقط ولو اضطرب الاخر وتعدد فاصاب الاخر ضمن الثالث ايضا وهكذا ولا فرق في ذلك بين المحل في الحرم والمحرم في الحل ومن جمع الوصفين فيضمن كل واحد بحسبه قوله السائق يضمن ما تجنيه دابته وكذا الراكب اه هذا الحكم غير مختص بالصيد بل ضمان جناية الدابة كك ثابت على كل حال واطلاقه ضمان جناية الدابة في حالتي السوق والوقوف بها راكبا يشمل يديها ورجليها وراسها والامر فيه كك ومثله ما لو وقف بها غير سائق ولا راكب اما القائد والراكب سائرا فانهما يضمنان جنايتها بيديها وراسها دون رجليها لانهما لا يمكنهما حفظها ح ولو شردت الدابة بنفسها او براكبها قهرا لم يضمن جنايتها اذا لم يستند الى تفريطه ابتداء لانه لا يد له عليها ح وقد قال النبي ص العجماء جبار بضم الجيم اي هدر قوله اذا امسك صيدا له طفل فتلف بامساكه ضمن وكذا لو امسك المحل صيدا له طفل في الحرم مفعول ضمن هو الطفل لانه المفروض تلفه بالسببية اما الممسك فان تلف ضمن ايضا والا فلا والمفروض كون الممسك محرما سواء كان في الحل ام في الحرم والمضمون بحسب حاله واما امساك المحل صيدا له طفل في الحرم فان الطفل مضمون عليه خاصة مع تلفه لانه السبب بخلاف الممسك ولو امسك المحل في الحرم ضمنهما كالمحرم واطلاق المص الحكم بضمان المحرم لولد الصيد الذي امسكه يشمل ما لو امسكه في الحرم فتلف الصيد في الحل والاقوى ان الحكم فيه كك فيدخل فيما قبل هنا بعدم الثمان قوله اذا اغرى كلبه بصيد فقتله ضمن اه تقييد الاغراء بالصيد يخرج ما لو اغراه عابثا من غير معاينة صيد فاتفق خروج الصيد فقتله فان مفهوم العبارة ح عدم الضمان لانه لم يوجد منه قصد الصيد ويحتمل الضمان لحصول التلف بسببه ولا يقدح جهله به لان الصيد يضمن كك وفي حكم الاغراء ما لو حل الكلب المربوط عند معاينة الصيد وان لم يغره لان الكلب يصيد عند المعاينة بمقتضى طبعه فيكون الحل سببا في التلف ومثله ما لو انحل الكلب لتقصيره في الربط ولو حله مع عدم وجود الصيد فاتفق فهو كما لو اغراه كك قوله لو نفر صيدا فهلك بمصادمة شيء الى اخره لا اشكال في ضمانه مع الهلاك لانه مضمون عليه بتنفيره الى ان يعود الى السكون لكن لو غاب عنه واشتبه حاله ففي ضمانه نظر من وجود سبب الضمان وهو التنفير ومن اصالة السلامة والتنفير انما تحقق كونه سببا في الضمان مع الهلاك او ما في حكمه لا مط وقد تقدم الكلام فيه في تنفير الحمام ولو كان تلفه حالة النفار بافة سماوية ففي ضمانه وجهان من كون دوام النفار كاليد الضامنة ومن انه لم يهلك بسبب من جهة المحرم ولا تحت يده وتوقف في كره قوله اذا وقع الصيد في شبكة فاراد تخليصه لا ريب في الضمان مع التعدي او التفريط اما مع عدمهما وقصد الاحسان المحض ففي الضمان نظر من انه محسن وما على المحسنين من سبيل ومن تلف الصيد بسببه فيضمن على كل حال وتوقف في كره ومثله ما لو خلصه من فم هرة او سبع او من شق جدار او اخذه ليداويه ويتعهده فمات في يده قوله من دل على صيد فقتل ضمنه المراد بالدال هنا المحرم سواء كان في الحل ام في الحرم ومثله المحل في الحرم اما لو كان محلا في الحل فدل محرما ضمن المحرم القاتل وفي تحريم دلالة المحل نظر من اباحة الفعل في حقه بل ما هو اقوى منه ومن اعانة على المحرم وقد نهى الله تع عنه والاقوى التحريم ومثله ما لو كان احد المتبايعين بعد النداء غير مخاطب بالجمعة وحيث حكم بضمان الدال فهو كالقاتل في الفداء والتغليظ قوله يحرم من الصيد على المحل في الحرم اه استثنى من ذلك القمل والبراغيث فان قتلهما يحرم على المحرم في الحل ولا يحرم على المحل في الحرم لقول الص ع لا باس بقتل القمل والبق في الحرم وقد تقدم جواز قتل البراغيث للمحرم ايضا على خلاف قوله فمن قتل صيدا في الحرم كان عليه فداؤه المراد بالقاتل هنا المحل بقرينة المقام وان كانت من من صيغ العموم والمراد بالفداء هنا القيمة لانها هي الواجبة على المحل في صيد الحرم وان كان الغالب اطلاقه على غيرها بل كثيرا ما يستعمل المتاخرون فيما لها ثم بعض الاصحاب بين المحرم في الحل ساوى؟ والمحل في الحرم في الفداء لكن ذلك ليس مذهبا للمص ففي اطلاقه تجوز قوله ولو اشترك جماعة في قتله فعلى كل واحد فداه المراد بالفداء هنا القيمة ايضا ومنشأ التردد من ان المقتول واحد فيجب له فداء واحد على الجميع واصالة البراءة من الزائد خرج منها قتل الجماعة المحرمين للصيد فيبقى معمولا بها فيما عداها ومن اشتراك المحلين والمحرمين في العلة وهي الاقدام على قتل الصيد خصوصا اذا كان فعل كل واحد متلفا وهذا هو الاقوى وكما يحرم على المحل قتل الصيد في الحرم يحرم عليه اسبابه من الدلالة والاعانة وغيرهما قوله وهل يحرم وهو يؤم الحرم قيل نعم اه المراد بما يؤم الحرم الخارج عنه في الحل مع كونه قاصدا له ومتوجها بحيث يدل القرائن على ارادته دخوله والاقوى كراهة قتله وبه يجمع بين الاخبار التي ظاهرها التنافي مع ان في بعضها تصريحا بالكراهة وليس في بعضها الكفارة عنه قوله لكن لو اصابه ودخل الحرم اه جعل هذا كالمستثنى مما تقدم بمعنى ان ما يؤم الحرم لا يضمن الا ان يموت

١٤٢ في الحرم على تردد فيه ومنشاؤه من ان الجناية غير مضمونة لو وقعها في الحل ومن ان السراية في الحرم وكان سببا لاتلاف الصيد فيه والاقوى عدم الضمان
لصحيحة ابن الحجاج فيه صريحة على القولين واعلم ان موضع الخلاف ما لو رمى في الحل فمات في الحرم سواء كان ... الحرم لم لا فكان الاولى التعميم لئلا يوهم
اختصاصه بالام حيث فرعه عليه قوله ويكره الاصطياد بين البريد والحرم على الاشبه هذا البريد خارج الحرم محيط به من كل جانب فيسمى حرم الحرم والحرم
في داخله بريد في بريد ايضا فيكون مكسره ستة عشر فرسخا لان البريد اربعة فراسخ فاذا ضربت في اربعة بلغت ذلك والاقا الواحد اذا ضرب في مثله لا يتعدد
ومعنى الاصطياد بين البريد والحرم الاصطياد بين منتهى البريد وغايته طرف الحرم والا فلا واسطة بين نفس البريد والحرم حتى يتعلق به حكم ففي العبارة تجوز
والمشهور كراهة صيده وللشيخ قول بالتحريم استنادا الى صحيحة الحلبي وحملت على الكراهة قوله فلو اصاب صيدا فيه ففقأ عينه اه هكذا ورد الامر به في رواية
الحلبي مجردا عن قيد الاستحباب وحيث حكم بكراهة الصيد حملنا الصدقة على الاستحباب ولم يتعرض الغيرها بين الجنايتين لعدم النص واصالة البراءة تقتضي
العدم وان حكم بالتحريم قوله ولو كان في الحل فرمى صيدا في الحرم اه هذه كلها احكام المحل بالنسبة الى الحرم وضابط ما هنا ان المقتول في الحرم مضمون مط و
المقتول في الحل مضمون ان كان السبب صادرا من الحرم والا فلا ولا فرق في ذلك بين رمي السهم وارسال الكلب وغيرها لكن يشترط في ضمان مقتول الكلب
ان يكون مرسلا اليه فلو ارسل كلبه في الحل على صيد فدخل الكلب بنفسه الى الحرم فقتل صيدا غيره فلا ضمان لان الكلب دخل اختيارا بنفسه بخلاف ما لو رمى بسهمه
صيدا فاصاب غيره فانه يضمنه لاستناد قتله الى الرمي الذي هو من فعله قوله ولو كان على فرع شجرة في الحل اه الضابط ان اصل الشجرة متى كان في الحرم فما عليها
مضمون مط ومتى كان منها في الحل بحكمه والثاني لا اشكال فيه والاول مروي عن علي قوله ولو كان طائرا مقصوصا وجب اه هكذا وردت به الرواية عن الباقر
ويجب عليه مؤنته زمان بقائه ويجوز ابداعه الثقة نص عليه في كره وح لو ارسله قبل ذلك فالظاهر انه يضمنه مع تلفه او اشتباه حاله فان ذلك بمنزلة
الاتلاف لعدم امتناعه من صغير الحيوان وهل يلحق غير الطائر به مع مشاركته له في عدم الامتناع كالفرخ نظر من عدم النص واقتضاء ارساله تلفه غالبا
ويقوى الاشكال اذا كان زمنا ما يؤس من عوده الى الصحة لما في ابقائه ابدا من الحرج العظيم قوله وهل يجوز صيد حمام الحرم وهو في الحل اه وجه الجواز انه
ليس من صيد الحرم كما لو خرج غيره من الحيوان من الحرم فان صيده جائز اجماعا والمنع اقوى لصحيحة علي بن جعفر عن اخيه لا يصاد حمام الحرم حيث كان اذا علم انه من
حمام الحرم قوله ومن نتف ريشة من حمام الحرم اه ليس في العبارة ما يدل على انه نتف بشيء بيده حتى يشير اليها بل هي اعم لجواز نتفها بغيره ورجله وغيرهما لكن الرواية
وردت بانه يتصدق بشيء باليد الجانية وهي سالمة من الايراد لكن يبقى فيها انه لو اتفق النتف بغير اليد خالية من الحكم والظاهر جواز الصدقة كيف شاء
ولو اخرجها بغير اليد الجانية لم يجز ويجزي مسمى الصدقة ولا يسقط الصدقة بنبات الريش ومورد النص الريشة فلو نتف اكثر احتمل الارش كغيره ووجوب
الصدقة بتعددها وهو اختيار س والاقوى الاول ان كان النتف دفعة والا الثاني وهو اختيار العلامة ويشكل الارش حيث لا يوجب ذلك نقصا ... الا
ويمكن حينئذ وجوب الصدقة بشيء لان ثبوته في الواحدة يستلزمه في الزائد بطريق اولى اذا لم يجب ازيد ولو نتف غير الحمامة او غير الريش من الوبر وغيره فالظاهر
الارش مع احتمال التعدية اليه ولو احدث ما لا يوجب الارش كالريشة الواحدة نقصا في الحمامة ضمن ارشه والاقوى عدم وجوب تسليمه باليد الجانية كغيره من
ضروب الارش لعدم النص المعتبر قوله ولو رمى بسهم في الحل فدخل الحرم اه هذا الحكم ذكره الشيخ وتبعه عليه جماعة ومستنده اصالة البراءة وكون اصل السبب
من الحل والمقتول في الحل وتوقف فيه العلامة في كره لصدق خروج السهم من الحرم المقتضي للضمان كما لو كان اصل الرمي منه ومثله ما لو ارسل كلبا في الحل الى صيد
فيه لكن قطع في مروره الى جزء من الحرم قوله ولا يدخل في ملكه شيء من الصيد على الاشبه الكلام في المحل في الحرم كما بيناه مرارا وقد تقدم حكم ملك المحرم والقائل
بملك المحل الصيد الحاضر هو المص في النافع والاقوى ما اختاره هنا ويتفرع على القولين صحة البيع لو كان المشتري محرما وعدمه فعلى الاول يفسد وعلى الثاني
يملكه ويجب عليه ارساله وينبغي ان يكون قوله ان كان حاضرا معه شرطا للقولين ولا يدخل في ملكه شيء من الصيد والمجموع ما سبق ليكون مختصا بمحل
الخلاف اذ لا اشكال في عدم خروج النائي عن ملكه ولو كان قيدا للقريب خاصة وهو وجوب الارسال او الدخول لكان من جملة القول الذي اختار خلافه
مع انه جار على المذهبين قوله يجتمعان على المحرم في الحرم اه المراد بلوغ نفس البدنة او قيمتها والقول بعدم التضاعف عند بلوغها هو المشهور بين الاصحاب
والرواية مرسلة ومن ثم منعه ابن ادريس واوجب التضاعف مط والنصوص الدالة على التضاعف مطلقة الى ان يحصل المقيد ولا يلحق بالبدنة ارشها
بناء على مساواة الجزء للكل بل يتضاعف الى ان يبلغها واحتمل في س عدم التضاعف هنا قوله ولو تعمد وجبت الكفارة اولا ثم لا يتكرر اه موضع الخلاف تكرر
الصيد عامدا بان يصيده عمدا او قاصدا للفعل عالما بانه صيد وربما اضيف الى ذلك علم الحكم والخطاء يقابل المعنيين وهو المراد هنا بالنسيان ونظير
فما فائدة القيد في ناسي الحكم وجاهل التحريم ثم يصيده كل مرة اخرى سواء تقدم عليها صيده خطأ ام لا ولو كان الواقع بعد الصيد مرة عمدا خطأ تكررت
بغير اشكال وان كانت العبارة تشعر بخلافه فان قوله ثم لا يتكرر يريد به اذا وقع بعد ذلك عمدا ايضا وان كان اعم وكلتا الآية محتملة وصحيحة ابن ابي عمير
الدالة على عدم التكرر صريحة فيما قلناه فانه قال فيها فان اصابه ثانيا متعمدا فهو ممن ينتقم الله منه ولم يكن عليه الكفارة والظاهر كلامهم ان الكلام في
الصيد المتكرر في احرام واحد فلو وقع في احرامين في عامين تكررت قطعا وكذا لو كانا في عام واحد ولم يكن احدهما مرتبطا بالاخر كحج الافراد وعمرته اما مع
ارتباطهما كحج التمتع وعمرته فيحتمل كونهما كذلك لصدق التعدد وعدمه لانهما بمنزلة احرام واحد في كثير من الاحكام ولعدم الدليل الدال على اشتراط كونه
في احرام واحد الا الاتفاق عليه في بعض الموارد فيبقى الباقي وهذا اقوى وقوى الشهيد في شرح د صدق التكرار مع تقارب زمان الفعلين بان قصد في
اخر المتلو واول زمان التالي مع قصر زمان التحلل ولم يفرق في ذلك بين المرتبطين وغيرهما ويشكل بمنع كون قرب الزمان له مدخل في ذلك مطلقا بل
ان يعتبر الاحرام الواحد او المطلق او المرتبط مع ان ما ذكره يأتي في الاحرامين في عامين مع انه لم يفته عدم الخلاف فيه ومنشأ الخلاف في التكرار عمدا من ظاهر
الآية الدالة على الانتقام المنافي لوجوب التكفير المسقط للذنب او المخفف له ولان التفصيل فيها يقطع الشركة فكما لا انتقام في الاول لا كفارة في الثاني

١٤٣ وقد فسر الامام ... الآية بذلك في صحيحة ابن عمير السابقة ومن عموم قوله ومن قتله منكم متعمدا او عدم صلاحية ومن عاد للتخصيص لعدم التنافي بين الجزاء والانتقام
وعموم اخبار اخر والاقوى الاول لان دليله دال بالخصوصية بخلاف الثاني وبه يجمع بينهما وبتخصيص العام بالثاني وان كان القول بالتكرار مط احوط واعلم
ان ظاهر الآية والاخبار والفتاوى كون الحكم في المحرم مطلقا واما المحل في الحرم فانه وان ساواه في ضمان الصيد لكن في لحوق هذا الحكم به نظر والاقوى العدم
فيتكرر عليه الكفارة مط قوله ولو اشترى محل بيض نعام لمحرم اه هذا الحكم متفق عليه بين الاصحاب ومستنده رواية ابي عبيدة عن الباقر وهو مخالف للقواعد
السالفة من عدم ضمان المحل في غير الحرم ما يحرم على المحرم وان اعانه بل وان شاركه في الصيد ولزوم القيمة له لو كان ذلك في الحرم فيكون ذلك مخصوصا بغير
هذه الصورة ثم ان كان المشتري في الحل وجب عليه الدرهم للنص المذكور ولو كان في الحرم احتمل كونه كما يقتضيه اطلاق النص والاصحاب ويمكن هنا وجوب
اكثر الامرين من القيمة والدرهم فان حكم البيض المذكور يقتضي تغليظا فلو اقتصر على الدرهم مع وجوب القيمة في غيره مع فرض زيادتها عليه لكان انقص منه
والواقع خلافه واما الاكل فان كان في الحل فالحكم كما ذكر وان كان في الحرم ففي تضاعف الجزاء بحيث يجتمع عليه الشاة والدرهم من اطلاق القاعدة الثابتة
الدالة على الاجماع ومن اطلاق النص هنا على وجوب الشاة ويمكن قويا ان يجمع بين النصين المطلقين بالتضاعف لعدم المنافاة الا ان الاصحاب لم يصرحوا
هنا بشيء ويبقى في المسألة امور الاول قد عرفت فيما تقدم ان كسر بيض النعام قبل التحرك موجب للارسال فلا يتم اطلاق وجوب الشاة هنا بل ان كسره
ثم اكله وجب الجمع بين الارسال بسبب الكسر والشاة بسبب الاكل تقريرا للنصين وانما يتم وجوب الشاة اذا اشتراه المحل مكسورا وكسره هو ولو اشتراه وطبخه
ثم كسره المحرم احتمل قويا وجوب الشاة خاصة لزوال منفعة البيض بالنسبة الى الفرخ الذي هو حكمة الارسال ومثله ما لو ظهر البيض بعد الكسر فاسدا ويمكن
الجمع لصدق الكسر الثاني لو طبخه المحرم ثم كسره واكله فهل يجب عليه الارسال مع الشاة كما يجب لو كسره صالحا للفرخ يحتمله لمساواة الطبخ للكسر في منع الاعداد
للفرخ ولصدق الكسر بعد ذلك فلا ينقص الامر ان عن الكسر ابتداء ووجه العدم ان النص بالارسال انما ورد في الكسر ويختص بكسر القابل للفرخ وهو
بالطبخ منتف ولان الطبخ كسرا بالحقيقة وان شاركه في زوال الفائدة فيلزمه القيمة خاصة والاول اقوى الثالث لو طبخه ولم يكسره ففي وجوب الارسال
الوجهان واولى بالعدم لو قيل به ثمة فلو كسره له محل بعد ذلك واكله المحرم وجبت الشاة بالاكل وفي الارسال نظر ولا يجب على المحل الكاسر شيء لاصالة
البراءة وعدم النص ولو كان الكاسر محرما ففي وجوب الشاة او القيمة او الدرهم نظر الرابع لو كان المشتري للمحرم محرما احتمل قويا وجوب الدرهم خاصة لانه
وان لم يكن منصوصا لكن الدرهم يجب عليه بطريق اولى والزيادة عليه لا دليل عليه فيقتصر عليه ووجوب الشاة لمشاركته للمحرم كما لو باشر احدهما القتل
ودل الآخر ويقوى الاشكال لو اشتراه صحيحا وكسره الآخر واكله حيث يجب الارسال اذ ليس المشتري بكاسر ولا اكل ولكنه سبب فيهما الخامس لو اشترى
المحرم لنفسه من محل وباشر الاكل وسقط مانه ففي اجتماع الدرهم والشاة او الارسال معهما نظر من وجوب الامرين عليه بدون الشراء ووجوب الدرهم على المحل
فعلى المحرم اولى ومن خروجه عن صورة النص والاول اقوى لان حكم الامرين منصوص والاول يدخل بمفهوم الموافقة السادس لو انتقل الى المحل او المحرم بغير
الشراء ففي لحوق الاحكام نظر من المشاركة في الغاية وعدم النص مع مخالفته في المحل للقواعد الدالة على عدم وجوب شيء عليه في غير هذه الصورة من مسائل الصيد
ويمكن ان يجب على المحرم ما كان يجب بالشراء ولا يجب على المحل ووجوب قيمة البيض على المحرم بسبب الاكل والارسال مع الكسر صحيحا اخذا بالمتيقن من القواعد السابقة
خاصة السابع لو كان المشتري غير البيض المذكور ففي وجوب الدرهم على المحل خصوصا لو كان اعظم من البيض كفرخ النعامة او اعلى قيمة كالظبي نظر وكذا القول في
وجوب الشاة على المحرم باكله لو كانت القيمة اقل منها ويحتمل قويا هنا عدم وجوب شيء على المحل ووجوب القيمة او المنصوص على المحرم وكذا يقوى عدم اللحوق
في كل ما خالف هذا النص من هذه الاحكام لانه قياس ممنوع قوله ولو كان في بلده فيه تردد اه منشأ التردد من وجوب الاحرام المانع من الملك ومن البعد
الموجب لعدم خروج الصيد فيه عن ملكه فيقبل دخوله فيه وهذا هو الاقوى قوله ولو اضطر المحرم الى اكل الصيد الى قوله والا اكل الميتة ما ذكره من التفصيل
مذهب جماعة وكانه جمع بين الاخبار الواردة باكل الصيد مط وباكل الميتة مط والذي اختاره المص في النافع وجعله اشهر الروايتين هو مذهب المفيد و
العلامة في المخ اكل الصيد مط فان قدر على الفداء فداه والا انتقل الى الابدال ان كان وهذا هو الاقوى وقد ذهب بعض الاصحاب الى اكل الميتة مط وانما
تقدم الصيد على الميتة اذا كان مذكى او امكن تذكيته بان يذبحه محل في الحل والا تعين اكل الميتة لانها اخف حكما منه لما ذكرناه من كونه ميتة ان ذبحه
المحرم وزيادته بكونه صيدا واحتمل في س استثناء ذبح المحرم هنا لزوال المنع لعدم النهي عن ذبحه الذي هو مناط عدم الذكاة ويضعف بان التحريم لا
يستلزم عدم الذكاة كما في تذكية حيوان الغير بغير اذنه وانما العلة عدم قبول الحيوان للذكاة ولو على وجه فلا يفترق الحال بين الاختيار والاضطرار
ويجب على من ابيح له الصيد او الميتة الاقتصار منهما على ما يندفع به الضرورة في سفره باعتبار حفظ نفسه وحاجته الى التردد في مهماته قوله واذا
كان الصيد مملوكا ففداؤه لصاحبه هكذا اطلق الاكثر والمفهوم من الفداء ما يلزم المحرم بسبب الجناية على الصيد من مال وصوم او ارسال وهو
شامل ايضا لما اذا زاد عن قيمة الصيد المملوك او نقص ولما اذا كانت الجناية غير موجبة لضمان الاموال كالدلالة على الصيد مع المباشر ولما كان للمالك
فيه نفع وغيره كالارسال اذا لم ينتج شيئا او الصوم ولما اذا كانت الجناية من المحرم في الحل وفي الحرم او من المحل في الحرم فيشمل ما يجمع فيه بين القيمة والجزاء و
مقتضاه انه لا يجب لله تعالى شيء ما يجب للمالك مع ان القواعد المستقرة يقتضي ضمان الاموال بالمثل او القيمة كيف كان وكما قد يقتضي الحال في هذه المسألة
ضمان ما هو ازيد من ذلك كما اذا زاد الجزاء عن القيمة او اجتمع عليه الامران فقد يقتضي ضمان ما هو اقل بل ما لا ينتفع به المالك فلا يكون الاحرام موجبا
للتغليظ عليه زيادة على الاحلال فيحصل في هذه المسألة مخالفة في امور الاول لزوم البدنة عوضا عن النعامة مع انها قيمية والواجب على غاصبها
المتلف ضمان قيمتها وهي قد تكون ازيد من البدنة وقد تكون اقل ومع ذلك خروج عن الواجب فانه مقدر في القيمة بالدراهم والدنانير الثاني تضمنها
على البر واعطاؤه المالك والتفريق كما مر الثالث الصيام مع العجز عنه يقتضي ضياع حق المالك مع ان الصوم من جملة الفداء الشرعي وايجابه لله تعالى وتقا

ضمان الصيد للمالك خروج عن القاعدة المذكورة الرابع الاكتفاء بالمدى ولو نقص عن القيمة فان فيه تضييعا لحق المالك وهو باطل لانه يستحق القيمة بالاتلاف ١٤٤
في غير حال الاحرام ففيه اولى الخامس لو كان المتلف بيضا موجبا للارسال فارسل الجاني ولم ينتج شيئا يلزم ضياع حق المالك وان اوجبنا القيمة هنا ونفينا
الارسال لزم الخروج عن النص المعلوم السادس لو عجز عن الارسال فالكلام في الصوم بدله ما مر والتقريب كما ذكر السابع ... منه بالذكاة وكان مما يقع عليه فالواجب
على القاتل الارش خاصة بالنسبة الى المالك وهنا قد يجب عليه اضعاف الارش وهو خروج عن القاعدة الثامن لو كان صيدا دالا او شبهه مع وجود المباشر الضامن
كان ايجاب الضمان على غير المباشر خروجا عن الاصل المذكور التاسع ايجاب الضمان على كل من المباشر والسبب بحيث يجتمعا للمالك خروج عنها ايضا واعطاؤه
لزيادة عما يجب له العاشر لو اشترك في قتله جماعة فقد تقدم انه يلزم كل واحد فداء واجتماع الجميع للمالك خروج عنها ايضا الحادي عشر لو كان المملوك حماما
في الحرم كالقماري فنفره ثم عاد الى يد المالك زال الضمان بالنسبة الى الحق المالي وهنا يلزم الشاة وفيه خروج عنها الثاني عشر لو لم يعد ولكن قبضه مالكه خارج
الحرم زال الضمان بالنسبة الى الاول وهنا يبقى لكل واحد شاة الى غير ذلك من المخالفات للاصل المتفق عليه من غير موجب يقتضي المصير اليه وقد ذهب جماعة
من المحققين منهم العلامة في كره وبر والشهيد في س والمحقق الشيخ علي ره الى ان فداء المملوك لله تعالى وعليه القيمة لمالكه وهذا هو الاقوى لانه قد اجتمع في الصيد المملوك
حقان لله تعالى باعتبار الاحرام والحرم وللادمي باعتبار الملك والاصل عدم التداخل فحينئذ الجاني بمنزلة الغاصب او القابض بالسوم ففي كل موضع يلزمه الضمان
يلزمه كيف كان فيضمن القيمي بقيمته والمثلي بمثله والارش في موضع يوجبه للمالك ويجب عليه ما نص الشارع عليه هنا لله تعالى ولو كان دالا او نحوه ضمن
ضمن الفداء لله تعالى خاصة قوله ولو لم يكن مملوكا تصدق به ان لم يكن حيوانا كما لو كان الواجب الارش او القيمة او كفطعام ولو كان حيوانا كالبدنة والبقرة وجب
ذبحه اولا بنية الكفارة ثم يتصدق به على الفقراء والمساكين بالحرم ولا يجب التعدد ويجب التصدق بجميع اجزائه مع اللحم والنية عند التصدق ايضا ولا يجوز
الاكل منه فلو اكل ضمن قيمة ما اكل على الاقوى قوله ودكا ان كل من وجب عليه شاة في كفارة الصيد وعجز عنها كان عليه اطعام عشرة مساكين فان عجز
صام ثلثة ايام هذه الرواية رواها معوية بن عمار في الصحيح عن الصادق ع والعمل بها متعين لكن لم يقيد فيها بالصيد كما قيده المص والعلامة
وانما فعلوا ذلك لانها موقوفة بصدد ... الاحكام الصيد وعلى اطلاقها يدخل الشاة الواجبة بغيره من المحظورات قوله فمن جامع زوجته في الفرج قبلا او
دبرا اه احترز بالعالم عن الناسي وبالعامد عن الجاهل وناسي الحكم ملحق بهما ايضا فلا يجب عليهما شيء ولا فرق في الزوجة بين الدائمة والمستمتع بها على الاقوى
ولا بين الحرة والامة ويلحق الزنا بالاجنبية ووطؤها بشبهة ووطئ الغلام على اصح القولين وفي البهيمة قولان اشهرهما عدم اللحوق وفساد الحج يحصل
يحصل بوقوع الفعل قبل المشعر وان وقف بعرفة على الاصح وانما اطلقه المص لما سيأتي من التنبيه عليه قوله وعليهما ان يفترقا اذا بلغا ذلك المكان اه
اراد بالمكان الذي اوقعا فيه الخطيئة واشار اليه مع عدم سبق ذكره بناء على انه معهود ذهنا والمراد بالافتراق في حج القضاء وهكذا اعتبره الاكثر وهو مذكور
في بعض الاخبار وفي بعض اخر منها ان عليهما الافتراق في ذلك الحج الفاسد ايضا الى قضاء مناسكه واختاره في س ونبه عليه في كره وهو حسن لان المعتبر في ذلك
النص وهو حاصل ويفهم من قوله اذا حجا على تلك الطريق انهما لو حجا على غيرها فلا تفريق وان وصلا الى موضع يتفق فيه الطريقان كعرفة ويحتمل وجوب التفرق
في المتفق لان سقوط ما تقدم لعدم مورده عليه لا يقتضي سقوط الممكن مما وجب ويعتبر في الثالث ان يكون محرما مميزا فلا يكفي الطفل الذي لا يميز ونحوه ولو
توقفت صحبته على اجرة او نفقة وجبت عليهما قوله ولو اكرهها كان حجهما ماضيا وكان عليه كفارتان اي بدنتان احدهما عن نفسه والاخرى عنها وفي تحملها
لو اكرهته وتحمل الاجنبي لو اكرههما نظر اقربه العدم للاصل وهل يجب التفرق حيث يفسد الحج في غير المتقدمة نظر والوجه العدم قوله وان جامع بعد الوقوف
بالمشعر ولو قبل ان يطوف طواف النساء اه التعبير بلو الوصلية يقتضي انه لو طاف طواف النساء يجب عليه البدنة وليس كذلك بل انما يجب لو وقع قبل طواف
النساء فانه يحل له به فكان الاولى تركه ولو التقييد بخصوص محل البدنة والمراد بالجماع في غير الفرج نحو التفخيذ وان انزل معه الماء والحكم بعدم البطلان
به قبل الوقوف يفيد عدمه بعده بطريق اولى لان الجماع الحقيقي بعده لا يفسد فغيره اولى فيكون تخصيص ما قبل الوقوف في قوة التعميم قوله اذا حج في القابل
بسبب الافساد فافسد لزمه ما لزم اولا سواء جعلنا الثانية فريضة ام عقوبة لانه حج صحيح على التقديرين فيقبل الفساد والكفارة وهكذا لو افسد قضاء القضاء
وهلم جرا ولا كذا لو تكرر الجماع في الحج الواحد فانه يوجب تكرر الكفارة دون القضاء ولا فرق في وجوب الكفارة بالمتكرر بين ان يكون كفر عن الاول ولا قوله و
في الاستمناء بدنة اه المراد بالاستمناء استدعاء المني بالعبث بيده او بملاعبة زوجته او غير ذلك والفرق بينه وبين الاستمتاع المتقدم بغير الجماع تجرد
الاستمتاع عن قصد الاستمناء بخلافه وقيد جماعة الاستمناء بكونه بيده والخبر وارد في مطلق العبث به والقول بالافساد للشيخ استنادا الى حسنة اسحق
بن عمار عن الكاظم ع ولا معارض لها وهو قوي مع التعمد والعلم كالوطي قوله ولو جامع امته محلا وهي محرمة اه المراد انه جامعها مكرها لها بقرينة التحمل عنها فلو كانت
مطاوعة وجبت عليها الكفارة ايضا وصامت عوض البدنة ثمانية عشر يوما ووجب عليها القضاء وعليه مؤنته والتمكين منه لاستناده الى فعله ... ذلك
وقع باذنه كل ذلك مع العلم بالتحريم والتعمد ولو طاوعته وكانت هي خلصة جاهلة فلا شيء عليها ووجبت عليه الكفارة والمراد باعساره الموجب للشاة
او الصيام اعساره عن البدنة والبقرة وبالصيام ثلثة ايام كما هو الواضح في ابدال الشاة وفي بعض النسخ تصريح بانه ثلثة ايام والمرجع في المعسر والموسر الى
العرف ولو كان بدلا لانه محرم باذنه ضمن الجناية بها وجهان من عدم النص واصالة البراءة من الكفارة ومن اشتراكها في المملوكية وكون فعله الفحش فيناسب ترتب
العقوبة عليه واختاره بعض المتاخرين وهو احوط قوله ولو جامع المحرم قبل طواف الزيارة اه لا اشكال في وجوب البدنة للجماع بعد الموقفين وقبل طواف
الزيارة بل بعده ايضا قبل طواف النساء وانما الكلام في هذين البدلين فان النصوص خالية عن البقرة وعن الشاة من جهة كونها بدلا وانما الموجود في رواية
معاوية بن عمار وجوب جزور ومط وفي رواية العيص بن القاسم دم لكن الذي عليه الاصحاب هو التفصيل فالعمل به متعين ولعل فيه جمعا بين الروايتين لكن
الموجود في كلامهم ان الشاة مرتبة على العجز عن البقرة كما ان البقرة مرتبة على البدنة والمص هنا خير بين الشاة والبقرة وما ذكروه اولى قوله واذا طاف

المحرم من طواف النساء خمسة اشواط اه لا خلاف في وجوب البدنة لو كان الوقاع قبل الطواف اربعة اشواط من طواف النساء وعدم الوجوب لو كان بعد اكمال ... ١٤٥
وانما الخلاف فيما وقع بين ذلك بان كان على راس الاربعة او بعدها قبل اكمال الخامس فالحد الشيخ بالخمسة ووافقه العلامة في لف ومال اليه الشارح في الشرح
والاقوى وجوب البدنة لضعف المستند ودلالة الخبر الصحيح على وجوبها لو قبل طواف النساء وهو متناول لمحل النزاع فان المركب لا يتم الا بجميع اجزائه نعم يكفي
بلوغ الاربعة في البناء عليه وان وجبت الكفارة ويظهر من ابن ادريس وجوبها وان وقع بعد الخمسة والاتفاق على خلافه ومن ثمة يخص الجماعة الخلاف
بالاربعة قوله واذا عقد محرم لمحرم على امراة الى قوله على رواية سماعة احترز بدخول المحرم عما لو لم يدخل فانه لا شيء عليهم سوى الاثم للاصل وعدم النص
والمراد بالكفارة البدنة ووجوب الكفارة على العاقد المحل هو المشهور بين الاصحاب جزم به العلامة في جملة من كتبه والشهيد في س من غير حكاية خلاف
والمستند رواية سماعة وهو واقفي لكنه ثقة فهي من الموثق وعمل في العمل بها نظر وقد تضمنت وجوب الكفارة على المراة المحلة ايضا مع علمها باحرام الزوج
وعمل بمضمونها المحقق الشيخ علي وجزم الشهيد في س بعدم وذهب جماعة الى عدم وجوب شيء على المحل مط سوى الاثم للاصل وضعف المستند او بحمله على الاستحباب
ولا ريب ان الاول اولى ولو كان الثلث محرمين وجب على الجميع ولو كانت المراة والعاقد محرمين والزوج محلا وجبت الكفارة على المراة مع الدخول والعلم
بسبب الدخول لا بسبب العقد وفي وجوبها على العاقد نظر والضابط ان الزوجين لا يجب عليهما الا مع احرامهما والدخول والعلم والعاقد لا يجب عليه شيء
الا مع احرام الزوج ودخوله وفيه ما مر قوله ومن جامع في احرام العمرة قبل السعي فسدت عمرته اه هذا مع علمه وعمده ويلحق بها الاجنبية والغلام ويجب عليه اتمامها
ايضا ولو كانت عمرة التمتع ففي وجوب اكمال الحج ايضا ثم قضاؤهما والافتراق كما مر قولان اجودهما الوجوب ولو طاوعته المحرمة وجب عليها ما وجب عليه ولو
اكرهها تحمل عنها البدنة ولا قضاء عليها وفي وجوب الافتراق في العمرة المفردة وجهان ولو كان الجماع بعد السعي لم يفسد وعليه البدنة ما لم يحلها قوله
والافضل ان يكون في الشهر الداخل بناء على جواز توالي العمرتين او الاكتفاء بالفرق بينهما بعشرة ايام والا كان التاخير اليه واجبا وقد تحقيقه قوله ولو نظر الى
غير اهله فامنى كان عليه بدنة اه هكذا ورد في رواية ابي بصير ونزلها بعضهم في الحالات الثلث على الترتيب بمعنى وجوب البدنة على القادر عليها
فان عجز عنها فبقرة فان عجز عنها فالشاة بناء على ان من شان المتوسط غالبا ان يعجز عن البدنة والفقير عن البقرة وهو بعيد والاولى الرجوع الى المفهوم
الثلثة عرفا بالنسبة الى الفاعل في حاله ومحله وهذا كله اذا لم يكن معتادا للامناء عند النظر فقصده او قصد الامناء به والا كان حكمه حكم مستدعي المني
وقد تقدم قوله ولو نظر الى امراته لم يكن عليه شيء ولو امنى ينبغي تقييده بعدم اعتياده الامناء عند النظر او قصده والا وجبت الكفارة كما لو نظر بشهوة
فامنى ويمكن رجوع القيد الثاني اليه قوله ولو قبل امراته كان عليه شاة اي بغير شهوة ولا فرق بين ان يمني ولا ... خلافا لابن ادريس حيث اوجب مع
الامناء جزورا ولو طاوعته المراة وجب عليها مثله قوله ولو استمع على من يجامع من غير نظر لم يلزمه شيء اذا لم يقصد الامناء ... والا لزمه ما تقدم ولو امنى بذلك
وكان من عادته ذلك او قصده وجبت الكفارة والا فلا قوله الزوج تطوعا فافسد الى قوله كفاه قضاء واحد في القابل بسبب الافساد دون الاحصار فان
المندوب لا يجب قضاؤه معه بل ما استقر من الواجب كما مر وتظهر الفائدة في نية السبب قوله صبغا الصبغ ما يصطبغ به من الادام قال الجوهري والمراد به
ما يغمس فيه اللقمة من مرق وغيره قوله او بخورا البخور بفتح الباء ما يتبخر به ولا يجيء مصدره بهذه الصورة فلو قال او تبخر كان اولى قوله وكذا الفواكه كا
لاترج الظاهر انه معطوف على خلوق الكعبة فيفيد جواز شمه ويمكن كونه معطوفا على الطيب للرواية الصحيحة الدالة على تحريمه وهو الاقوى لكن يستثنى منه
الشيح والخزامى والاذخر والقيصوم للرواية والاترج بضم الهمزة والراء وتشديد الجيم احد لغاته قوله وفي كل ظفر مد من طعام وفي اظفار يديه ورجليه
في مجلس واحد دم اه انما يجب الدم والدمان اذا لم يتخلل التكفير عن السابق الحد يوجب الشاة والا تعدد المد خاصة بحسب تعدد الاصابع كما يجب الشاة
لليدين والرجلين في مجلس واحد كذا يجب لاحدهما مع بعض الاخر نعم لو قلم احد اليدين او احدى الرجلين بل لو قلم من كل منهما ما ينقص عن المجموع بيسير فالفدية
لكل ظفر لا غير والظاهر ان بعض الظفر كالكل الا ان يقصه في دفعات مع اتحاد الوقت ولو تعذر في التعدد احتمال من وجوب الفداء بالسابق فلا يصدق
ومن صدق قص ظفر واحد قوله ولو افتى بتقليم ظفره فادماه لزم المفتي شاة لا فرق في المفتي بين كونه محلا ومحرما ولا يشترط اجتهاده ولكن الظاهر اشتراط
صلاحيته للافتاء بزعم المستفتي ليتحقق كونه مفتيا ولو تعمد المستفتي الادماء فلا شيء وهل يقبل قوله بالادماء في حق المفتي نظر وقرب في س القبول قوله المخيط
حرام على المحرم اه والظاهر ان ما الحق به من الدرع المنسوج ونحوه بحكمه وكذا القباء اذا لبسه المضطر غير مقلوب والطيلسان اذا زره قوله لكل مسكين مد وقيل ستة
لكل منهم مدان الاول هو المشهور والثاني مروي في الصحيح ولا يبعد القول بالتخيير وفي حكم حلق الشعر ازالته بنتف او نورة ويجب الكفارة بمسمى الحلق و
ان قل قوله ولو فعل ذلك في وضوء الصلوة لم يلزمه شيء والحق به في الغسل وينبغي ان يكون التيمم وازالة النجاسة كذلك ولا فرق في الطهارة بين الواجبة
والمندوبة قوله ولو نتف احد ابطيه اطعم ثلثة مساكين اه الظاهر ان الحلق كالنتف في ذلك بل يحتمل الحاقه بمطلق الازالة ... وفي وجوب الفدية بنتف بعض
الابط نظر من تحريم ازالة الشعر مط فناسب الفدية ومن اصالة البراءة وعدم النص قوله وفي التظليل سائرا شاة اه لا ريب في وجوب الشاة بالتظليل وتغطية
الراس لمعذور وغيره وانما الكلام في تعددها عند تعدد الفعل فقد اختلف الاصحاب في ذلك فقيل كفارة التظليل شاة مط لجملة المدة في النسك ...
وقيل لكل يوم مد وقيل لكل يوم شاة ان كان مختارا ولجملة المدة ان كان مضطرا ... على قول بتعدد ما يتعدد الفعل مع اختلاف الزمان ...
في اللبس والقول بوجوب شاة مط لا يخ من قوة وهو اختيار جماعة واما تغطية الراس فان اتحد الفعل فشاة واحدة وان اختلف بان كشف راسه ثم غطاه
وهكذا فان كان مضطرا فواحدة ايضا وهكذا ان كان مختارا واختلف المجلس ولو اتحد فالظاهر التعدد ايضا ولو ضاعف الغطاء لم يتعدد قوله الجدال
وفي الكذب منه مرة شاة اه انما يجب البقرة عن الاثنين كذا اذا لم يسبق التكفير عن الواحدة والا وجب الشاة للثانية وكذا البدنة انما تجب للثالثة
اذا لم يسبق التكفير عن الاولى فيجب للاخيرتين بقرة او الثانية بالبقرة فيتخير في الثالثة شاة والضابط ان ينظر عند ارادة التكفير الى العدد ...

الذي لم يكفر عنه فان كان واحدا فشاة او اثنين فبقرة او ثلثة فبدنة فان كفر على كل مرة فالشاة للبس الاول او عن كل مرتين فالبقرة او عن كل ثلث فالبدنة وكذا لو كفر على اربع من ثلث فالبدنة خاصة عن الجميع وكذا القول في اليمين صادقا بمعنى انه ان كفر على كل ثلاث تعدد ت الشاة وان لم يكفر حتى زاد عنه افتاه وا
قوله قلع شجر الحرم وفي الكبيرة بقرة الى قوله تردد منشأ التردد من قصور المستند فانه رواية مرسلة تضمنت حكم الكبيرة بوجوب البقرة خاصة واسنادها البراءة تنفيها ومن اعتضاده بالشهرة بين الاصحاب حتى ادعى عليه في الخلاف الاجماع مع الاجماع على تحريمه فلعله المناسب لضمانه والعمل على المشهور اقوى ولا فرق في ذلك بين المحل والمحرم ويكفي في تحريم الشجرة كون شيء منها في الحرم سواء كان اصلها ام فرعها لرواية معوية والمراد بقطع الشجرة جزها من اصلها وهو في معنى قلعها الذي هو مورد النص وبه عبر المعظم من الاصحاب ويستثنى منها شجر النخل والفواكه وما اخذ من الحل واثبت في الحرم والشجرة اليابسة ومن الابنا عودي المحالة والغصن اليابس والمكسر الذي هو في حكم اليابس قوله ولو قلع شجرة منه اعادها ولو جفت ظاهر العبارة اعادتها الى مغرسها الذي نزعت منه وفي تحصيل اعادتها الى مغرسها او غيره ويمكن ان يريد بها هنا ذلك بان يريد اعادتها الى ارض الحرم وهذا هو الاجود فان ارض الحرم متشابهة في الاحترام نعم لو كان محلها الاول اجود لها احتمل تعيينه او ما يساويه والقول المحكي يرجع الى الخلاف السابق فان حكم بضمانها بالقلع ضمنت هنا مع الجفاف بسبب القلع ومع عدمه يزول الضمان والحاصل ان اعادتها وجفافها لا يرجعان معنى آخر غير القلع وانما يكون استقرار الضمان مع الاعادة مراعى بالجفاف وان كانت العبارة توهم خلافه قوله ولا كفارة في قلع الحشيش اه لا خلاف في تحريم قلع غير الحشيش غير الاذخر وما انبته الادميون لكن لا كفارة فيه سوى الاستغفار على المشهور بين الاصحاب واوجب العلامة فيه القيمة كما في الشجر حيث لم يرد النص على شيء مخصوص فيرجع الى القيمة السوقية وهو اولى ولا فرق في ذلك بين الاخضر واليابس نعم يجوز قطع اليابس مع بقاء اصله في الارض ليثبت ثانيا قوله ومن استعمل دهنا طيبا في احرامه ولو في حال الضرورة كان عليه شاة اه انما نسبه الى القول لعدم النص على كفارته على الخصوص والاقوى ان كفارته كفارة الطيب لانه استعمال الطيب اما الدهن الذي لا طيب فيه فلا كفارة له للاصل قوله وكذا قيل فيمن قلع ضرسه وفي الجميع تردد وجه التردد النظر الى اصالة البراءة وقصور الدليل فانه في الضرس رواية مقطوعة ومن اشتهار الحكم بين الاصحاب ولا ريب ان الوجوب اولى وان كان عدمه اقوى هذا كله مع عدم الحاجة اما معها فلا كفارة وفي الحاق السن بالضرس على قول الوجوب وجه بعيد قوله اذا تكرر الوطي لزمه بكل مرة كفارة يتحقق تكرر الوطي بمعاودة الادخال بعد النزع وقد تقدم تحريره في الصوم قوله ولو كرر الحلق فان كان في وقت واحد لم يتكرر الكفارة اه المرجع في اختلاف الوقتين الى العرف والا فالوقت الحقيقي لحلق كل جزء مغاير لوقت الاخر والعرف هو المحكم في امثال ذلك قبل اللغة قوله وان تكرر منه اللبس او الطيب فان اتحد المجلس لم تتكرر اه كذا اطلق الاصحاب وظاهرهم انه لا فرق فيهما بين ان يتحد صنف الملبوس او الطيب او يتغاير والعلامة قوى بانه مع تغاير صنف الملبوس كما لو لبس قميصا وعمامة وسراويل يتعدد الفدية وان اتحد المجلس وفي رواية محمد بن مسلم ان لكل صنف من الثياب فداء وهو قريب منه فعلى هذا انما يعتبر اتحاد الوقت مع اتحاد الصنف هذا كله اذا لم يكفر عن السابق والا وجبت للثاني وان اتحد الوقت والمصنف اعتبر المجلس والاكثر اعتبروا الوقت وهو اجود فعلى هذا لو طال زمان المجلس بحيث يحصل منه تعدد الوقت عادة تكررت الذي يقتضيه الدليل انه ان لبس المتعدد او تطيب به دفعة واحدة بان جمع من الثياب جملة ووضعها على بدنه لم يتعدد الكفارة وان اختلفت اصنافها وان لبسهما مرتبة تعددت وان اتحد المجلس والوقت العادي لان كل واحد منها سبب في الكفارة بانفراده ولا يزيل الاجتماع في الوقت ما يثبت لها من السببية فان الاصل عدم تداخل المسببات مع تعدد الاسباب الا ما عارض وهو مختار العلامة في كره ولعله اقوى ومثله ينبغي القول في ستر ظهر القدم ولم يفرقوا هنا بين المضطر وغيره كما في تغطية الراس ويمكن الفرق بينهما كما هناك قوله كل محرم اكل او لبس ما لا يحل له اكله او لبسه كان عليه دم المراد به فيما لا نص في فديته كلبس الخف واكل لحم البط والاوزة والاوجب مقدره قوله يسقط الكفارة عن الجاهل والناسي او وجوب الكفارة على الناسي في الصيد هو المشهور بين الاصحاب وعليه العمل وذهب بعض الاصحاب الى ان الناسي فيه لا شيء عليه ايضا وهو نادر

كتاب العمرة

الاعتمار لغة الزيارة وقد يطلق العمرة عليها ايضا والاجود كونها اسما للمصدر وشرعا زيارة البيت مع اداء مناسك مخصوصة عنده او اسم للمناسك المخصوصة الواقعة في الميقات ومكة وهي واجبة على المكلف المستطيع لها بالشرائط المتقدمة في الحج قوله وصورتها ان يحرم من الميقات الذي يسوغ الاحرام منه وهو احد المواقيت الخمسة اذا مر بها او من ادنى الحل للمفردة ان كان في مكة وما في حكمها وضمير صورتها ان عاد الى مطلق العمرة الشامل للمفرد والمتمتع بها كما يشعر به قوله بعد ذلك وينقسم الى متمتع بها ومفردة لم يصح لاختلاف صورتهما وان اشتركا في اكثر الافعال وان عاد الى المتمتع بها كما يظهر من قوله ثم يدخل مكة الى اخر الافعال التي عدها ولم يذكر طواف النساء وصلوته فانهما مختصان بالمفردة لم يكن للضمير مرجع صالح ثم ينافيه قوله بعد ذلك و افعالها ثمانية وعد فيها طواف النساء وصلوته وان عاد الى المفردة حصل التنافي ايضا بين العبارتين المعدود فيهما الافعال لكن الاولى ارادة المفردة ويكون الاقتصار في العبارة الاولى على ما عدا طواف النساء لملاحظة الافعال المشتركة بين العمرتين ثم اكمل المقصود من المفردة بعد ذلك معيد للضمير اليها ولا يحتاج المقام الى ذكرها على الخصوص فانها هي الواجبة باصل الشرع والاطلاق منزل عليها حيث وقع ولا يراد به المتمتع بها الا مع التصريح والتقييد وانما يقوم المتمتع بها مقامها رخصة من الشرع ويأتي في اخر الكتاب انه لا يجب في المتمتع بها طواف النساء وبها يحصل تحللها وكيف كان فالعبارة لبيت بذلك قوله وشرائط وجوبها شرائط وجوب الحج بمعنى التمكن من افعالها بالمحتاج اليه من الزاد والراحلة والقدرة على الفعل بدنا او ما الا الى غير ذلك فيجب في العمر مرة على الفور كالحج ويفهم من ذلك انه لا يشترط في وجوبها الاستطاعة للحج معها بل لو استطاع لها خاصة وجبت وكذا الحج بطريق اولى وهو اجود الاقوال في المسألة والقول الاخر تلازمهما لا يجب احدهما الا مع الاستطاعة للاخر وفصل ثالث فاوجب الحج مجردا عنها وشرط في وجوبها الاستطاعة للحج ونسبه مختار س قوله وقد يجب بالنذر وما في معناه والاستيجار والافساد والفوات اراد بمعناه العهد واليمين وقد كان يمكن ادراج الاستيجار ونحوه

في ذلك لاشتراكها في كون سببها من المكلف لا باصل الشرع والمراد بالافساد هو افساد العمرة فانه يجب اتمامها وقضاؤها كالحج وبالفوات فوات الحج فانه يجب عليه ان يتحلل من احرامه بعمرة مفردة بان يقلب احرامه الى احرام العمرة بالنية ثم يأتي ببقية افعالها ويتحلل قوله والدخول الى مكة مع انتفاء العذر من العود لمثل المباح ونحوه وان يكون الداخل عبدا لم يأذن له السيد في النسك ووجوب العمرة بالدخول من باب الوجوب التخييري فان الواجب عليه ان لا يدخلها الا محرما ولما كان الاحرام لا يستقل عبادة بنفسه بل اما ان يكون بحج او عمرة تخير الداخل بينهما فان اختار الحج اجزأ ووصف احرامه بالوجوب من حيث كونه احد افراد الواجب التخييري وان اختار العمرة فكذلك وح فلا وجه لافرادها هنا بالذكر الا كون الباب لها لكن يبقى هنا بحث وهو ان الدخول الى مكة اذا كان لا يصح الا بالاحرام والاحرام لا يتم باختيار الخارج عن المواقيت الا من احدهما والاحرام لا يستقل في نفسه بل في ضمن احد النسكين الحج او العمرة وكان كل واحد منهما واجبا على الداخل تخييرا ومن شأن الواجب المركب من امور ان يوصف كل واحد منها بالوجوب كان الاحرام مطلقا موصوفا بالوجوب بالنسبة الى قاصد مكة الا ما استثني وح لا يتصور الحج المندوب ولا العمرة للخارج عن مكة القاصد اليها بما لم يستثن مع ان الاصحاب ذكروا ان الحج المندوب يجب بالشروع فيه وان اول افعاله هو الاحرام خاصة ينوي به الندب وعلى هذا لا يتم ذلك في النائي الخارج عن مكة بل ولا في المقيم بها اذا افتقر الى الخروج الى الميقات لاجل الاحرام فانه يصير خارجا عنها فيفتقر في دخوله الى الاحرام فينبغي تدبر ذلك ويمكن الجواب عن اصل الاشكال بمنع كون الدخول الى مكة اذا كان متوقفا على احدهما مقتضيا لوجوبه وانما يتم ذلك ان لو وجب الدخول اما بدونه فلا وانما يكون احدهما شرطا في جواز الدخول وبدونه يحرم ولا يلزم من ذلك وجوب احدهما بل يكون غايته ذلك انه ان اراد الدخول لحرم بلحد بهما وان لم يرد استغنى عنهما فيكون حكمه في ذلك حكم الطهارة بالنسبة الى الصلوة المندوبة فانها لا تصح بدونها ولا يلزم من ذلك وجوب الطهارة لها ولو اطلق على هذا المعنى الوجوب الشرطي صح كما عبروا في الاذان بوجوب الترتيب بين فصوله مع كونه مندوبا ومما يشبه هذا الغرض من خط المصحف وقراءة العزائم للجنب فانهما محرمان بدون الطهارة ولا يلزم من ذلك وجوب الطهارة لهما بل انما يجب مع وجوبهما والا كانت شرطا للجواز لا غير ولذا عبروا في اول الكتاب بان الطهارة تجب لاحدهما ان وجب وح فنقول هنا ان وجب دخول مكة على المكلف بنذر وشبهه وجب عليه احد الامرين ونوى من احد النسكين الوجوب والا نوى الندب بالاحرام واكمله بنية الوجوب كما قرروه لكن الاشكال يبقى في قولهم ان العمرة او احد النسكين يجب لدخول مكة بقول مطلق فان اطلاق الوجوب لا يصح على ما قررناه الا ان يحمل على الوجوب الشرطي اي يشترط في جواز الدخول احد الامرين او يحمل على ما لو وجب الدخول والله اعلم قوله وعدم تكرار الدخول عطف على انتفاء والمعنى ان من يتكرر دخوله اليها كالحطاب والحشاش وناقل الميرة ومن كانت له ضيعة يتكرر دخوله وخروجه لاجلها لا يجب عليهم الاحرام لدخول مكة بعمرة ولا بحج لما في ذلك مع التكرر من الحرج والمشقة بكونه محرما في اكثر زمانه ويتحقق التكرر بالدخول في المرة الثانية فيسقط عنه الحكم في الثالثة مع تقارب الوقتين عادة ولم اقف على شيء يقتضي تحديده فالمحكم في ذلك العرف الدال على كونه مكررا قوله وينقسم الى متمتع بها ومفردة لا يخفى ما في العبارة سابقا ولاحقا من التهافت كما اشرنا اليه فيما سلف فانه ذكر اولا في صورتها افعال عمرة التمتع خاصة ثم ذكر في بيان افعالها افعال عمرة الافراد ثم قسمها معيدا للضمير الى العمرة التي قد عد افعالها الى مفردة ومتمتع بها وكان حق العبارة تقديم هذا التقسيم وذكر افعال كل واحد على حدة قوله فالاولى تجب على من ليس حاضري المسجد الحرام وهو من بعد عنه بثمانية واربعين ميلا كما في الحج قوله ويسقط معها المفردة يفهم من لفظ السقوط ان المفردة واجبة باصل الشرع على كل مكلف كما ان الحج كذلك يجب عليه وانما يسقط عن المتمتع اذا اعتمر عمرته تخفيفا ومن قوله والمفردة تلزم حاضري المسجد الحرام عدم وجوبها على النائي من رأس وبين المفهومين تدافع ظاهر وكان الموجب لذلك كون عمرة التمتع اخص من المفردة وكانت المفردة بسبب ذلك اكمل وهي المشروعة بالاصالة المفروضة قبل نزول اية التمتع فكانت عمرة التمتع قائمة مقام الاصلية مجزية عنها وهي بها بمنزلة الرخصة من العزيمة ويكون قوله والمفردة يلزم حاضري المسجد الحرام اشارة الى ما استقر عليه الحال وصار هو الحكم الثابت الان باصل الشرع ففي الاول اشارة الى ابتدائه والثاني الى استقراره قوله وافضلها ما وقع في رجب لما ورد من ان العمرة الرجبية تلي الحج في الفضل ويحصل بالاحرام فيه وان اكملها في غيره وروي ايضا افضلية العمرة في شهر رمضان وانها تعدل حجة قوله ومن احرم بالمفردة ودخل مكة جاز له ان ينوي التمتع ويلزمه دم انما يجوز ذلك اذا لم يكن المفردة متعينة عليه بسبب من اسباب التعين والا لم يصح قوله لم يجز له الخروج حتى يأتي اه وذلك لان عمرة التمتع داخلة في حجه وكالجزء منه كما ورد في الخبر قوله نعم لو خرج بحيث لا يحتاج الى استئناف احرام جاز بان يرجع قبل شهر من حين احلاله او من حين احرامه وقد تقدم البحث في ذلك في اول الحج قوله ولو خرج فاستأنف عمرة تمتع بالاخيرة ويصير الاولى عمرة مفردة في افتقارها الى طواف النساء وركعتيه حينئذ وقد تقدم الكلام في ذلك قوله ويستحب المفردة في كل شهر واقله عشرة ايام ويكره ان يأتي بعمرتين بينهما اقل من عشرة اه قد اختلفت الاخبار واقوال الاصحاب في اقل ما يجب ان يكون بين العمرتين فقيل لا يكون في السنة الا عمرة واحدة وقيل في الشهر ذلك وبه صحيح الروايات وقيل اقله عشرة ايام ولم يجعل المرتضى بين العمرتين حدا واختاره المص وجماعة وهو اقوى والاخبار منزلة على مراتب الاستحباب لا لابتناء فالافضل الفصل بينهما بعشرة ايام واكمل منه بشهر واكثر ما ينبغي ان يكون بينهما السنة قوله فاذا اتى بطواف النساء حل له النساء هذا اذا كان المعتمر رجلا فلو كان امرأة فالظاهر ان حكمها كذلك اذ لا ريب في تحريم الرجال عليها بالاحرام فيستصحب الى ان تفرغ منه والظاهر ان الصبي المميز بحكم الرجل بمعنى ان النساء يحرم عليه بالاحرام الى ان يطوف طوافهن وتظهر الفائدة في منعه منهن تمرينا قبل البلوغ وتحريمها بعده لو اخل به او اتفق بلوغه قبله قوله وهو واجب بعد السعي على كل معتمر من امرأة وخصي وصبي ادخال الصبي في الحكم وعطفه على من يحكم عليه بالوجوب الذي هو من باب خطاب الشرع المختص بالمكلفين على وجه التجوز من حيث منعه منهن كما يمنع البالغ وان لم يخاطب بالتحريم ويمكن ان يريد بالوجوب معناه اللغوي وهو الثبوت فانه اعم من الوجوب بالمعنى الشرعي ويصح تعلقه بالصبي فانه ثابت عليه بالمعنى المذكور قوله ووجوب العمرة على الفور هذا في العمرة المتمتع بها ظاهر كالحج بمعنى وجوب المبادرة اليها عند الاستطاعة وحضور وقتها وما يتوقف عليه كالسفر منه يحضر معها وقتها واما في المفردة فبمعنى وجوب المبادرة اليها بعد الفراغ من الحج وتقدم انه مع وبين

عمارة بعد ايام التشريق وزاد فيه في جواز تاخيرها ان يستقبل المحرم قال وليس هذا القدر منافيا للفورية ويشكل بوجوب ايقاع الحج والعمرة المفردة في عام
الان يريد بالعام اثنى عشر شهرا ومبدؤها زمان التلبس بالحج وبتمامه يقبل ابتداء المفردة حتى يمكن الموسى من الراس هذا كله في العمرة الواجبة باصل الشرع
اما الواجبة بالسبب فوقتها عند حصوله **كتاب الجهاد** هو فعال من الجهد بفتح الجيم وهو لغة المشقة يقال جهد الرجل في كذا اي جد فيه
وبالغ ومنه في دعاء الاستعاذة من جهد البلاء او من الجهد بالضم والفتح معا وهو الوسع والطاقة يقول انفق على جهدك اي على طاقتك وشرعا بذل
الوسع بالنفس وما يتوقف عليه من المال في محاربة المشركين او الباغين على وجه مخصوص وعرفه الشهيد ره بانه بذل النفس والمال في اعلاء كلمة الاسلام واقامة
شعائر الايمان واراد بالاول ادخال جهاد المشركين وبالثاني جهاد الباغين وهو غير مانع فان اعزاز الدين اعم من ان يكون بالجهاد المخصوص كما لا يخفى قوله
وهو فرض على كل مكلف حر ذكر غير هم فلا يجب على الصبي ولا على المجنون ولا على المراة ولا على الشيخ الهم ولا على المملوك اعلم ان الجهاد على اقسام احدها ان يكون
ابتداء من المسلمين للدعاء الى الاسلام وهذا هو المشروط بالبلوغ والعقل والحرية والذكورية وغيرها واذن الامام او من نصبه ووجوبه على الكفاية
اجماعا والثاني ان يدهم المسلمين عدو من الكفار يريد الاستيلاء على بلادهم او اسرهم او اخذ اموالهم وما اشبهه من الحريم والذرية وجهاد هذا القسم ودفعه واجب
على الحر والعبد والذكر والانثى ان احتيج اليها ولا يتوقف على اذن الامام ولا حضوره ولا يختص بمن قصدوه من المسلمين بل يجب على من علم بالحال النهوض اذا
لم يعلم قدرة المقصودين على المقاومة ويتاكد الوجوب على الاقربين فالاقربين ويجب على من يقصد بخصوصه المدافعة بحسب المكنة سواء في ذلك الذكر والانثى
السليم والاعمى والمريض والاعرج والعبد وغيرهم فان علم انه يقتل لو بعد وفي التاخر بوجه وان لم يعلم القتل بل جوز السلامة والاسر وجاء السلامة مع المدافعة
وكذا وان علم انه يقتل مع الاستسلام فان الاسر يحتمل معه الخلاص والثالث ان يكون بين المشركين اسيرا وغيره ويغشاهم عدو ويخشى المسلم على نفسه
فيدفع عنها بحسب الامكان على وجه يدفع به الضرر عن نفسه وهذا ايضا لا يتوقف على الشرائط المتقدمة ومقصود المص من الباب المعقود له الشرائط هو الاول
فمن ثم اطلق الاشتراط قوله وهو فرض على الكفاية معنى الوجوب على الكفاية ان الخطاب به عام على جميع الناس فاذا قام به من يحصل الكفاية بجهاده سقط عن
الباقين سقوطا مراعى باستمرار القيام الى ان يحصل الغرض المطلوب منه شرعا كل ذلك مع عدم استنفار الامام شخصا على الخصوص فيجب عليه النهوض وان
وان حصلت الكفاية بغيره وفروض الكفايات كثيرة قد مضى ذكر جملة منها في الكتاب وضابطها كل مهم ديني يتعلق غرض الشارع بحصوله حتما ولا يقصد به عين
من يتولاه ومن اهمها الجهاد بشرطه واقامة الحجج العلمية والجواب عن الشبهات الواقعة على الدين والتفقه وحفظ ما يتوقف عليه من المقدمات العلمية والحديث
والرجال فيجب نسخ كتبه وتصحيحها وضبطها على الكفاية وان كان المكلف بذلك عاجزا عن بلوغ درجة التفقه قطعا فان ذلك واجب بنفسه وما يتوقف منها وابقيها
عن الثقات ورواية التفقه لها بحفظ الطريق ويصل الى من ينتفع به فينبغي التفطن في ذلك فانه قد صار في زماننا نسيا منسيا ومن فروض الكفايات القيام
بالصناعات والحرف التي يتوقف عليها نظام النوع وان كانت وضيعة فانها موصوفة بالوجوب عند عدم قيام احد بها ولا تعد في اختلاف درجات الواجب
شرعا كالصلوة وغيرها من الواجبات ومنها دفع الضرر عن المسلمين واغاثة المستغيثين في النائبات المشتمل على اطعام الجائعين وكسوة المحتاجين وازالة
فاقتهم وانقاذ الغرقى ونحوه للقادر عليه وافراده غير منضبطة ومنها رد السلام وتحمل الشهادة واقامتها والقضاء وتجهيز الموتى قوله بشرط وجود الامام
اراد بوجوده كونه ظاهرا مبسوط اليدين متمكنا من التصرف قوله او من نصبه للجهاد يتحقق ذلك بنصبه له بخصوصه او بتعميم ولايته على وجه يدخل فيه الجهاد فالفقيه
في حال الغيبة وان كان منصوبا للمصالح العامة لا يجوز له مباشرة امر الجهاد بالمعنى الاول قوله ولا يتعين الا ان يعينه الامام لاقتضاء المصلحة او علم ان
فرض الكفاية قد يوافق فرض العين في وجوبه على الجميع وذلك في مطلق فرض الكفاية اذا ظن كل واحد عدم قيام من فيه الكفاية به فيجب على الجميع القيام عينا ولا
يتميز ذلك عن كونه كفائيا فان معنى كونه كفائيا سقوطه عن البعض عند قيام بعض اخر فيه الكفاية وهذا من احكامه وقد ظهر بذلك ان قوله ولا
يتعين الا ان يعينه الامام ليس استثناء من كونه كفائيا بل ذكر لبعض احكامه وهو كون الشخص المعين لا يجب عليه القيام به حتما الا باسباب ثلثة احدها تعيين
الامام له وان كان غير محتاج اليه للقتال بسبب قيام من فيه الكفاية فان الامام قد يرى في نهوضه معهم مصلحة من جهة اخرى كجودة رايه وتدبيره واشباه ذلك
وثانيها قصور القائمين عن فرض الكفاية بحيث يتوقف على قيامه فيجب عليه ايضا ذلك عينا والا فلا يلزم من قصور القائمين الوجوب على من لم يقم عينا لجواز
تعدده بحيث لما علموا بقصور القائمين نهضوا مع زيادتهم عن الكفاية فيجب القيام عليهم كفاية ايضا وثالثها تعيينه الجهاد على نفسه بنذر وشبهه فيجب بسبب النذر
النذر فيجب عليه القيام عينا وان استغنى عنه لانه راجح في الجملة اذا انفرد ذلك فلا يخفى ما في عبارة المص من التهافت والقصور عن تحصيل المراد فان الظاهر قوله او
لقصور القائمين معطوفا على قوله لاقتضاء المصلحة المجعول علة لتعيين الامام فيكون المعنى انه يجب مع تعيين الامام له الناشي من اقتضاء المصلحة تعيينه
او من قصور القائمين فيكون العلة في الثاني مركبة من قصور القائمين وتعيين الامام مع ان القصور علة لوجوب النهوض مستقلة كما ان تعيين الامام
علة بذاتها ايض وان لم يكن هناك قصور وكذا مع النذر وشبهه ولو جعل قوله او لقصور معطوفا على المستثنى وهو قوله ان يعينه الامام ليكون فيها التعيين
الامام مغاير الرجاز الا انه خلاف الظ وفيه ايض عطف الاسمية على الفعلية وليس بالفاحش لمنع مع ان قوله ان يعينه الامام في قوة الاسم لتاويلها بالمصدر
وهو التعيين وفي العبارة ايض على التقدير الاول ان التعيين لقصور القائمين تعيين لاقتضاء المصلحة فذكره بعده في قوة التكرار ويندفع على الاول
فقبيحه بان عطف بعض افراد العام عليه لنكتة خاصة به حسن واقع في الفصيح وهو هنا كذلك فان قصور القائمين ابلغ افراد المصلحة واهمها فجاز ذكره
هنا بصريح ايض بعطفه على الاول واما عطف قوله او بتعينه بنذر وشبهه على تعيينه او لا اولى واوفق فلا اشكال قوله ويغشاهم عدو ويخشى منه على
نفسه اي يجب عليه قصد المدافعة فلا يكفي قتالهم بدونه وان لم يقصد الجهاد لان الفعل الواحد الواقع على وجوه مختلفة بعضها سائغ وبعضها محرم
انما يتميز بالنية كمسح راس اليتيم فلو ترك القصد كان ماثوما ضامنا لما يحترم من النفوس الاموال وهل يشترط في العدو الهاجم كونه كافرا يخاف

دفنه كذلك واليه اشار المص بقوله ولا يكون جهادا الى ان حكم الشهيد من عدم تغسيله وتكفينه لا يلحق المقتول هنا وكذا حكم الجهاد من تحريم الفرار وقسمة الغنيمة
نعم هو بمنزلة الشهيد في الاجر والمراد في الاخبار بكونه شهيدا تنزيله على ذلك قوله وكذا كل من خشي على نفسه مط او ماله اذا غلب السلامة اشار بالاطلاق الى
ان الخائف على نفسه من القتل يجب عليه الدفاع سواء غلب السلامة او لا لان غايته على تقدير تركه الى العطب بخلاف المال فانما يجب المدافعة عنه مع ظن السلامة
قوله اذا غلب السلامة شرط للمال خاصة وغلب بالتشديد يفيد معنى ظن لانه رجحان احد الطرفين ووجوب المدافعة عن المال بالشرط كما تقتضيه العبارة
هو الاولى سواء نقص بفواته ام لا لان في تركه تضييعا وهو غير جائز وقيل لا يجب المدافعة عن المال الا مع اضطراره اليه وغلبة ظن الظفر وبه قطع في س وهو
اقوى وقطع العلامة بعدم الوجوب مط والحريم كالنفس في وجوب الدفاع عنه مع الامكان ولو عجز وامكن الهرب فيهما وجب قوله والعمى وان وجد الاعمى قائدا
ويتحقق العمى بذهاب البصر من العينين معا فيجب على الاعور والاعشى ونحوهما قوله والزمن كالمقعد وان وجد مطية ومعينا ولا يلحق به الاعرج الذي يمكنه المشي
بدون مشقة قوله والمرض المانع من الركوب والعدو اي المانع من مجموعهما من حيث هو مجموع فيسقط عنه وان قدر على احدهما كما يسقط عن نفسه مع امكان الركوب
خاصة او العدو خاصة فان الراكب قد يحتاج الى العدو بان يصير ماشيا بقتل دابته ونحوه ومن يقدر على العدو قد يحتاج الى الركوب قوله ويختلف
ذلك بحسب الاحوال اي بحسب احوال الشخص بالنسبة الى ما يحتاج اليه من النفقة له ولعياله وما يحتاج اليه من السلاح من سيف وقوس وسهام ورمح وغير
ذلك فان من الناس من يحسن الضرب بالسيف فيعتبر في حقه ومنهم من يعتاد النفقة الواسعة وهو من اهلها فيعتبر في حقه وكذا الفقر يختلف الحال
فيه بحسب اختلاف الاشخاص فقد يطلق الفقير على شخص مع ملكه لمال كثير وغيره يعد غنيا بذلك المال ويجوز اعتباره في المرض ايض فان
الامراض تختلف في اعتبارها بالنسبة الى احوال الجهاد وانواعه فان بعض افراد الجهاد لا يحتاج الى ركوب ولا عدو فلا يعتبران في المرض قوله اذا كان عليه دين مؤجل
فليس لصاحبه منعه اطلاق المؤجل يشمل ما لو كان يحل قبل رجوعه من الجهاد بحسب العادة وعدمه وما لو كان به رهن او ترك ما لا في بلده مقابلة الدين وعدمه
والامر فيه كذلك لعدم استحقاق المطالبة حينئذ ويحتمل في الذي يحل اجله قبل رجوعه عادة جواز منعه لاستلزامه تعطيل حقه عند استحقاقه واما المعسر فالاقوى انه
ليس له منعه مط والقول بجواز منعه بخصوصه غير معلوم القائل وانما ذكر الشيخ في ط كلاما يدخل فيه المعسر لا بخصوصه قوله وللابوين منعه من الغزو ما لم يتعين عليه
المراد بالابوين الاب والام المسلمين العاقلين فلو كانا كافرين او مجنونين لم يعتبر اذنهما وفي الحاق الاجداد بهما قول قوي فلو كانوا مع الابوين ففي اعتبار اذن
الجميع او سقوط الاجداد وجهان اجودهما الاول وفي اشتراط حريتهما وجهان ولا يبعد المنع قولان اقربهما العدم والمراد بتعينه عليه ان يامره الامام به او يكون في المسلمين
ضعف بحيث يتوقف الامر عليه فيسقط اعتبار اذنهما حينئذ لوجوبه عليه عينا كما يسقط اعتبار اذنهما في الواجبات العينية كالصلوة وكما يعتبر اذنهما في الجهاد يعتبر في
سائر الاسفار المباحة والمندوبة والواجبة الكفائية مع قيام من فيه الكفاية فالسفر الى طلب العلم ان كان لمعرفة العلم العيني كاثبات الصانع وما يجب له
ويمتنع عليه والنبوة والامامة والمعاد لم يفتقر الى اذنهما وان كان لتحصيل الزائد منه على الفرض العيني كدفع الشبهات واقامة البراهين المروجة للدين زيادة
على الواجب كان فرضه كفاية فحكمه وحكم السفر الى امثاله من العلوم الكفائية كطلب التفقه انه ان كان هناك قائم بفرض الكفاية اشترط اذنهما وهذا في زماننا
فرض بعيد فان فرض الكفاية في التفقه لا يكاد يسقط مع وجود ما فقيه مجتهد في العالم وان كان السفر الى غيره من العلوم الادبية مع عدم وجوبها توقف
على اذنهما هذا كله اذا لم يجد في بلده من يعلمه ما يحتاج اليه بحيث لا يجد في السفر زيادة يعتد بها لفراغ او جودة استاد بحيث يسبق به الى بلوغ الدرجة التي
يحصلها سبقا معتدا به والا اعتبر اذنهما ايض قوله لو تجدد العذر بعد التحام الحرب لم يسقط فرضه على تردد الا مع العجز عن القيام به اذا تجدد العذر بعد
التحام الحرب فان كان خارجيا كرجوع الابوين وصاحب الدين لم يعتبر رجوعهم لعموم الاوامر الدالة على الثبات وان كان ذاتيا كالمرض والعمى والاقعاد ففي السقوط
قولان اقربهما ذلك لعدم القدرة التي هي شرط الوجوب قال ابن الجنيد يجب الثبات هنا ايض وهو ضعيف نعم لو لزم من رجوعه تخاذل في المسلمين وانكسار
اتجه عدم السقوط واعلم ان ظاهر العبارة كون الخلاف في القسم الاول خاصة والموجود في كتب الخلاف كونه في الثاني قوله واذا بذل للمعسر ما يحتاج اليه وجب
لو كان على سبيل الاجرة لم يجب والفرق بين الامرين ان الاجارة لا تتم الا بالقبول وهو نوع اكتساب لا يجب تحصيله للواجب المشروط به بخلاف البذل فانه يتحقق
بالايجاب خاصة وهو من فعل الباذل ووجوب القبول على المبذول له هو المشهور بل لم ينقلوا فيه خلافا وقد تقدم في الحج مثله وذهب بعض الاصحاب الى اشتراط كونه
بوجه لازم كالنذر او قبوله البذل والا لم يجب والاقوى قوله ومن عجز عنه بنفسه وكان موسرا وجب اقامة غيره وقيل يستحب وهو اشبه الاقوى وجوب الاستيجار
مع الحاجة اليه او امر الامام له بذلك والا فلا لاصالة البراءة فيكون الاستيجار واجبا على الكفاية كما يجب النهوض على القادر قوله ولو كان قادرا فجهز غيره سقط
عنه ما لم يتعين بتحقق التعيين بتوقف الامر عليه لقوته او امره او يامر الامام له ويدونه يجوز الاستنابة لان الغرض من الواجب الكفائي المقتضي لتوقيته عمن
زاد عمن فيه الكفاية بحصول من فيه الكفاية بحصوله على المكلف بالواجب بنفسه او بغيره قوله ويحرم القتال في الحرم وقد كان محرما فنسخ تحريمه قوله ثم اقتلوا
المشركين حيث وجدتموهم وكذا قيل بنسخ تحريم القتال في الاشهر الحرم مط بجواز قتل من لا يرى لها حرمة ومن بدأ بالقتل فيها قوله ويجب المهاجرة عن بلد
الشرك على من يضعف عن اظهار شعار الاسلام مع المكنة المراد بشعار الاسلام الامور التي تختص بشرعه كالاذان والاقامة والصلوة وعموم شهر
رمضان ونحو ذلك قيل واصل الشعار الثوب الملاصق للبدن استعير للاحكام اللاصقة اللازمة للدين الخاص وفي الصحاح شعار القوم في الحرب علامتهم
ليعرف عن ذي القوة او العشيرة بحيث يمنعه ذلك من اذى المشركين ويقدر على اقامة الشعار فلا يجب عليه الهجرة ومع ذلك يستحب له الهجرة لئلا يكثر به
سواد المشركين ولو تعذرت على من يجب عليه لمرض او عدم نفقة فلا حرج لقوله تعالى الا المستضعفين واليه اشار المص بقوله مع المكنة والحق الشهيد فيما
نقل عنه ببلاد الشرك بلاد الخلاف التي لا يتمكن فيه المؤمن من اقامة شعار الايمان فيجب عليه الهجرة فيها مع امكان انتقاله الى بلد يتمكن فيه من اقامة الشعار قوله
والهجرة باقية ما دام الكفر باقيا نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث يزعم انقطاعها بالفتح لقوله لا هجرة بعد الفتح وهو معارض بقوله لا ينقطع الهجرة

حتى ينقطع التوبة ولا ينقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها وحينئذ فيحمل الخبر الاول على الهجرة من مكة لانها صارت دار الاسلام فلا يلزم نفي الهجرة من غيرها ولا يرد ان
الاصل عدم الاضمار واجراء العام على عمومه لان ذلك حيث لا يلزم تنافي الاخبار والاوجه الجمع بينهما ما امكن ولو بما هو ابعد من الاضمار والتخصيص وهو موضع
وفاق واجيب ايضا بان الهجرة المنفية هي الفاضلة كفضلها قبل الفتح لقوله تعالى لا يستوي منكم من انفق من قبل الفتح قوله وهي الارصاد لحفظ الثغر الثغر هنا قيل هو
الذي يكون باطراف بلاد الاسلام بحيث يخاف هجوم المشركين منه على بلاد الاسلام وكل موضع يخاف منه يقال له ثغر لغة ولو ان يربط فرسه هناك
لينتفع به من يرابط بغير فرسه فهي بمعنى اباحة الانتفاع على هذا الوجه قوله وكذا لو نذر ان يصرف شيئا الى المرابطين على الاصح وقيل يحرم اه القول المشهور
وحاصله ان من نذر شيئا للمرابطين حال الغيبة بل حال عدم تمكن الامام وبسط يده وان كان حاضرا كما اتفق في مورد النص وجب صرفه الى نذره فيجوز التي
ان لم يكن سمع نذره احد من المخالفين او اشتهر بينهم انه نذر ذلك بحيث يخاف بترك صرف المنذور في المرابطين من تشنيعهم عليه لعدم الوفاء بالنذر
او بانه لا يرى صحة النذر في المرابطين منهم ونحو ذلك فان حصل له خوف من ذلك وجب عليه صرفه في المرابطين ويستند التفصيل رواية تدل ظاهرا
عليه وحملها على النذر لمرابط لا يبوح صرف المنذور به لا مطلق المرابط اولى والاقوى صحة النذر ووجوب الوفاء به كما عن ط قوله ولو اجر نفسه وجب عليه
القيام بها ولو كان الامام مستورا وقيل ان وجد الاجر القول المشهور استنادا الى الرواية ومختار المصنف لانه طاعة فضلا عن كونه مباحا يصح الاستيجار عليه
قوله وكل من يجب جهاده فالواجب على المسلمين النفور اليهم اما لكفهم او لنقلهم الى الاسلام غاية الكف يتحقق في البغاة لانهم مسلمون فيطلب بجهادهم كفهم عن
اهل الحق ورجوعهم عن البغي وفي باقي الكفار اذا لم يقبلوا نقلهم الى الاسلام بان كان فيهم قوة وقد قصدوا المسلمين بحيث لا يرجى نقلهم واما اذا كان
في المسلمين قوة قصدوا ابيهما الكفار ورجاء نقلهم الى الاسلام تحققت الغاية الاخرى وقد يتحقق الجهاد غاية ثالثة وهي التزامهم بشرائط الذمة ومما ذكرناه
يعلم ان قولهم اما لكفهم واما لنقلهم الى الاسلام ليس لفا ونشرا مرتبا على ان يكون لكفهم للقسم الاول من يجاهد ولنقلهم بالقسمين الاخيرين بناء على ان
البغاة مسلمون وانما يطلب كفهم عن الخروج عن طاعة الامام وفي الحقيقة كل واحد من الغايتين يمكن طلبها لكل واحد من الاقسام اما القسمان الاخيران
فظ مما بيناه واما البغاة فانهم عندنا كفار مرتدون فقد يطلب نقلهم الى الاسلام مع الامكان فان قيل اذا كانوا مرتدين فارتدادهم فطري فكيف يطلب
اسلامهم مع انه لا يقبل توبته هذا القسم من المرتدين عندنا قلنا قد قبل علي توبة من تاب من الخوارج وهو اكثرهم وقد قال للخارجي لم يرجع لكم علينا ثلث ان لا
نمنعكم مساجد الله ان تذكروا فيها اسم الله ولا نمنعكم الفيء ما دامت ايديكم معنا ولا نبدؤكم بقتال وهذا يدل على ان لهذا النوع من المرتدين حكما
خاصا وجاز ان يكون السبب مع النص تمكن الشبهة من قلوبهم فيكون ذلك عذرا في قبول توبتهم قبل دفعها كما ان احكام المرتدين ليست جارية عليهم مع
التوبة قوله فان بدؤا فالواجب محاربتهم اه لا شك ان وجوب محاربتهم مع بدأتهم بها انما يجب ايضا مع المكنة فاطلاق الوجوب فيه وتقييد ابتدائهم
بوجوب الاول مط وليس كك وانما فائدة الثاني الاحتياط نمرة التقييد وهو وجوبه في كل عام مرة بمعنى ان المكنة وان كانت معتبرة في الامرين لكن
الاول لا يتقيد بقيد آخر فيجب مع المكنة في كل عام مرة لقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين اوجب بعد انسلاخها الجهاد والاصل عدم وجوب
الزائد عن المرة بناء على ان الامر لا يقتضي التكرار كذا احتج الروضة نظر واضح وايضا فالمكنة مختلفة في الموضعين فان المراد بها في الاول القدرة على مدافعتهم
وردهم عن بلاد الاسلام وكف اذاهم وفي الثاني القدرة على مقاومتهم وقهرهم بحيث يقتلوا او يسلموا او يلتزموا بشرائط الذمة ان كانوا من اهلها ويتحقق
ان الوجوب بكل عام مرة لم يشترط في الوجود والعدم بل يجب الزيادة عليها مع الحاجة اليه لخوف قوة العدو ومع الاقتصار عليها واداء الى ضعف المسلمين عنهم
ونحو ذلك ويجوز تركه في السنة والسنتين اصلا مع العذر مثل ان يكون بالمسلمين ضعف في عدد او قوة او يحصل مانع في الطريق من عدم الماء ونحوه او رجاء
رغبة العدو في الاسلام زيادة على حال قتالهم ونحو ذلك مما يراه الامام مع المصلحة فيجوز تركه بهدنة وغيرها كما صالح النبي قريشا عشر سنين واخر
قتالهم حتى نقضوا عهدهم واخر قتال قبائل من العرب بغير هدنة واما اذا بدء العدو بالقتال وجب جهاده مع الامكان مط قوله والاولى ان يبدأ بقتال من
من يليه اه هذا الحكم على وجه الوجوب لقوله تعالى قاتلوا الذين يلونكم من الكفار والامر للوجوب ويستثنى من ذلك ما لو كان الابعد اشد خطرا فانه يسوغ
ح الانتقال اليه كما فعل النبي بالحرث بن ابي ضرار لما بلغه انه يجمع له وكان بينه وبينه عدو اقرب منه وبخالد بن سفيان كك ومثله في جواز الانتقال الى الابعد
ما اذا كان الاقرب مهادنا الاضر ومنه وكما يجب قتال الاقرب قبل من يليه ايضا وهكذا قوله ولا يبدؤن الا بعد الدعاء الى محاسن الاسلام
اي هي الشهادتان والتوحيد والعدل والنبوة والامامة وجميع شرائط الاسلام قوله ويسقط اعتبار الدعوة فيمن عرفها سواء كانت المعرفة نشأت من الدعوة
اليه او من امر غيره ومعرفة الغرض من القتال ومع ذلك يستحب الدعاء قبل القتال كما فعل علي بعمرو وغيره مع علمهم بالحال قوله الا المتحرف هو بالنسبة الثانية
من فوق والمراد به الانتقال من حالته التي هو عليها الى حالة هي ادخل في تمكنه من القتال كما ذكر من الامثلة قوله او تسوية لامته اللامة بالهمزة هي الدرع وتجمع
على لام بفتح اللام وسكون الهمزة ولؤم بضم اللام وفتح الهمزة ومثله نزع شيء او لبسه او نحو ذلك قوله او المتحيز الى فئة قليلة كانت او كثيرة المراد بالمتحيز الى
فئة الانضمام اليها ليستنجد بها في القتال مع صلاحيتها له وبشرط ان لا تكون بعيدة جدا بحيث يخرج بالتحيز اليها عن كونه مقاتلا عادة ولو وصل
اليها في زمان لا يخرج لكن بدا له الانتقال الى اخرى جاز بشرط ان لا يخرج بمجموع التحيز عن الوصف لا بكل واحد على انفراده مع اتصال الانتقال اما لو طال بعد
القتال معها اعتبر كل على حدة واعلم ان الاستثناء في الموضعين انما هو للمختار اما المضطر كمن عرض له مرض او فقد سلاحه فانه يجوز له الانصراف حيث شاء
قوله ولو غلب عنده الهلاك لم يجز له الفرار وقيل يجوز اه فرض هذه المسئلة فيما اذا كان العدو على الضعف واقل مع كونه من جملة فئة اما لو كان المسلم
وحده فيأتي الخلاف فيه ومنشأ القولين من دلالة الاطلاق فيه على المراد والاقوى وجوب الثبات وطريق الجمع منع كون الثبات على هذا الوجه القاء باليد
الى التهلكة بل الحيوة الباقية المخلدة فلا تعارض بين الاطلاقين قوله وان كان المسلمون اقل من ذلك فالى قوله وهو الاشبه وجه الوجوب اشتماله على

حفظ النفس الواجب وانما وجه الاستحباب ذلك الآن عدم المنع من النقيض لما فيه من تحصيل الشهادة على تقديرها وهو امر مط ولظاهر قوله تعالى كم من فئة قليلة
غلبت فئة كثيرة فان فيه ترغيبا في الثبات وليس ببعيد قوله ولو انفرد اثنان بواحد من المسلمين لم يجب الثبات وقيل يجب هو المروي في رواية الحسن
سالم عن ابي عبد الله قال كان يقول من فر من رجلين في القتال من الزحف فقد فر ومن فر من ثلثة فلم يفر وفي الرواية ضعف ووجوب الثبات اقوى مع عدم ظن العطب
قوله ويحرم بالقاء السم اه التحريم قول الشيخ في النهاية واختاره ابن ادريس استنادا الى رواية السكوني ان النبي نهى عن الرواية مع ضعفها يمكن حملها على الكراهة
لجواز قتالهم بانواع العذاب ثم لو ادى الى قتل نفس محترمة حرم لذلك كما انه لو توقف الفتح عليه وجب والمصنف في ذلك من ابن ادريس المانع من العمل بخبر الواحد الصحيح
قوله ولو تترسوا بالنساء والصبيان منهم كف عنهم الا في حال التحام الحرب فيجب توقي المتترس ما امكن لانه محترم ولو توقف الوصول اليهم بقتله جاز كما يجوز
قتل الترس المسلم كك قوله ولا يلزم القاتل دية اه لا اشكال في وجوب الكفارة لانها تجب مع الخطأ في نحو هذا الباب كما دل عليه قوله تعالى فان كان من قوم عدو
لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وانما الكلام في كونها كفارة الخطأ عملا بظاهر الاية ونظرا الى انه في الاصل غير قاصد المسلم وانما مطلوبه قتل الكفار فلم يجعل
عامدا وان هذا القتل لما كان مأذونا فيه شرعا ومأمورا به لم يكن عمدا او كفارة العمد نظرا الى صورة الواقع فانه متعمد لقتله وان الاية انما وردت فيمن قتل
المسلم خطأ ولعله اوجه وينبغي ان يكون من بيت المال لانه من المصالح بل من اهمها ولان في ايجابها على المسلم تخاذل المسلمين عن حرب المشركين حذرا من الغرم
قوله ولا يجوز قتل المجانين ولا الصبيان ولا النساء منهم ولو عاونهم اه نون عاون مشددة ضمير جمع المؤنث راجع الى النسوة ويجوز كونها مخففة والفاعل
ضمير مستتر عائد الى المذكور وفي بعض النسخ عاونوهم وهو اشهر واجود وفي حكم من ذكر الخنثى المشكل والشيخ الفاني الا ان يعاون برأي او قتال قوله ولا يجوز
التمثيل بهم اي بالكفار حين قتلهم كجدع انوفهم واذانهم وان فعلوا ذلك بالمسلمين قوله ولا الغدر اي قتالهم بغتة بعد الامان وكذا يحرم الغلول منهم لقول
النبي لا تغلوا ولا تمثلوا ولا تغدروا قوله ويستحب ان يكون القتال بعد الزوال لان ابواب السماء تفتح عنده وينزل النصر وتقبل الرحمة وهو اقرب الى
الليل فيقل القتلى وينبغي ان يكون بعد صلوة الظهرين حذرا من الاشتغال عنها قوله وان تعرقب الدابة اي يعرقب المسلم دابته اذا وقفت به او اشرف
على القتل وضربه يعود اليه بدلا لزم المقام ولو رأى في ذلك صلاحا زالت الكراهة كما فعله جعفر بن ابي طالب بمؤتة ولو ذبحها كان اجود واما دابة الكافر فانه
يجوز ان يعرقب لانه يؤدي الى اضعافهم واتلافهم بالذكاة اولى مط قوله والمبارزة بغير اذن الامام وقيل يحرم مستند التحريم رواية والكراهة اقوى جمعا
بين الاخبار قوله ويستحب المبارزة اذا ندب اليها الامام ويجب اذا الزم اي يستحب ويجب اذا ندب والزم بها شخصا معينه ولو فعل ذلك من غير تعيين استحب
او تعيين كفاية ومع الوجوب الكفائي يستحب لمن لم يجب عليه قوله ولو لم يطلبه لم يجز المحاربة اه عدم الجواز اقوى وفاء بمقتضى الشرط فانه لا يزول حتى يتغير تلك
الحالة ويعود الى فئته قوله ولو ادخل المراهق والمجنون لم يعقد اه هذا اذا ادعى الحربي توهم صحة الامان اما لو علم فساده ثم دخل لم يعتد به ومراد المصنف الادخال
فيه او صحب ونحو فيتوهمها امانا اي يتوهم الصحة المدلول عليها بالفعل بينهما ويكفي في مثل ذلك دعواه قوله ويجوز ان يذم الواحد من المسلمين اه المراد
بالآحاد العدد اليسير وهو يطلق على العشرة فما دون ويذم بضم الذال وكسرها مضارع اذم اي اجار قوله وهل يذم لقرية او حصن قيل نعم اه الاقوى العدم
كما اختاره المص وقد استثنى جماعة من الاصحاب الحصن الصغير والبلد الصغير والحوزة بالآحاد وفي صحته على الاطلاق نظر قوله وكذا كل كناية الكناية
بالنون والمراد بها اللفظ الدال على الذمام بفحواه دون صريحه بحيث يعلم بالقرائن ارادة الامان به من قصد العاقد ويجوز كونها بالتاء المثناة من فوق
فانها كافية ايضا والضابط كل ما دل على ارادة الامان من لفظ وكناية واشارة وغيرها قوله ولو قال لا بأس عليك او لا تخف لم يكن ذماما ما لم ينضم
ما يدل على الامان لا فرق في المنضم اليه بين كونه مقاليا او حاليا كما لو طلبوا منه الامان او طلبه هو منهم ونحو ذلك مما يدل بانضمامه الى اللفظ القاصر
عليه قوله ولو اقر المسلم انه اذم المشرك فان كان في وقت يصح منه انشاء الامان قبل اخبر به عما لو وقع الاقرار بعد الاسر فانه لا يقبل وان اسنده الى ما
قبله من الحال التي يصح فيها الامان لانه اقرار في حق الغير فلا يسمع وكذا لو اقر بذلك ما فوق الواحد من المسلمين وان كانوا ثلثة على الاقوى قوله ولو ادعى
الحربي على المسلم الامان فانكره فالقول قوله من غير يمين حاصرح به جماعة وعللوه بان الاصل عدمه كان ثابتا على الحربي ويجرد دعواه لا يسقط انه و
انكار المسلم لا يأتي على حق يثبت عليه بل على ما يقتضي سقوط ما قد علم ثبوته وفي التعليل نظر لانه ان كان في حالة يمكن المسلم فيها انشاء الامان ينفعه
اقراره لم فينبغي على القاعدة المستمرة ثبوت اليمين وان كان في وقت لا ينفعه كما لو كان اسيرا لم يثبت عليه يمين لان اقراره في تلك الحال لا ينفعه بل
انشاؤه كك ويمكن الجواب عن الاول بان الحق في الامان ليس منحصرا في المسلم بل يتعلق به وبغيره ممن يستحق المال والنفس فيكون في ذلك كالوكيل
الذي يقبل اقراره ولا يتوجه عليه يمين قوله وفي الحالين يرد الى مأمنه اه اي في حالة انكار المسلم والجهل ليحلف بينه وبين الجواب فيرد الكافر الى مأمنه للشبهة
ولو اقام بينة سمعت قوله واذا عقد الحربي لنفسه الامان ليسكن في دار الاسلام الى قوله ويختص بالامام فيه يقول يشتمل على ان لفظ الامان لنفسه لم
يتناول ماله ايضا فان احد هما غير الآخر ولكن يدخل تبعا له بناء على ان اتلاف ماله ضرر عليه والامان يقتضي عدم الضرر ويدخل تبعا كما يحكم بالو
صرح بامانه فاذا رجع الكافر على الامان بنفسه بقي ماله على اصل الذمام الى ان يرد اليه فيصير بحكمه وانما دخل في الامان تبعا ولم يدخل في الحرب تبعا لان
الاصل يقتضي عدم التبعية فيما خرج منه التبعية في الاحترام بدلالة القرائن على ارادته فيبقى الباقي وقيده بعضهم بكون الامان لم مط فلو كان مقيدا
بكونه في دار الاسلام انتقض امان المال ايضا ويشكل بان الامان لا يكون الا في دار الاسلام ومن ثم يبطل امانه لو انتقل الى دار الحرب بنية الاقامة
اما لو دخل بنية العود لم ينتقض امانه في نفسه ولا ماله قطعا وعلى الاول لو بعث بطلبه بعث به اليه تحقيقا للامان فيه ويصح تصرفه فيه ببيع وهبة
وغيرهما فان مات وهو على ملكه انتقل الى وارثه فان كان مسلما ملكه ملكا مستقرا وان كان حربيا انتقل اليه وانتقض فيه الامان وصار للامام
بمنزلة من لا وارث له قوله ولو اسره المسلمون ملك ماله تبعا لرقبته هذا من تتمة المسئلة السابقة وحيث زال امانه في نفسه جاز اسره فاذا تمكنوا

١٥٢ منه كان فلو كان بحكم ما لو ملك فان استرقوه ذا ملكه من مال الرهناء على انه لا يملك شيئا ويكون فيئا للامام كما مر فقول المصنف ملك ما لم يبعه ارادة
التبعية في الملك لا في المالك فلا يستحقه مشتريه لانه مال لم يوجف عليه ولو اعتق بعد ذلك لم يعد اليه اما لو من عليه عاد اليه قوله ولو دخل المسلم
دار الحرب مستامنا فسرق وجب اعادته اي سرق شيئا واليه يعود ضمير اعادته وانما ذكره لذلك لانه المسروق عليه فانه مقتضيه لسرقه وانما حرم عليه خيانتهم
مع ان لفظ الامان وقع لنفسه لان الامان ترك الخيانة من الجانبين وان لم يصرح به كما لو دخل مال الكافر تبعا له ودخول المال معلوم من حيث المعنى قوله ولو اسلم
الحربي وفي ذمته مهر لم يكن للزوجة انما لم يكن لها المطالبة بالمهر مع اسلامه قبلها وجوبها كالوارثها بعد ذلك لانها من اهل الحرب لا امان لها على المهر فيجوز
للزوج منعها منه كما يجوز له اخذ مالها الذي في يدها لكن لو مات قبل اسلامه ولها وارث مسلم انتقل اليه ما يخصه من المهر فاذا اسلم الزوج بعد ذلك تفرغ ذمته
للمسلم ولو كان وارثها حربيا كان بحكمها فليس له المطالبة به وكذا لو اسلمت قبل اسلامه استقر المهر لها في ذمته ولم يسقط باسلامه لمصادفته مال الكافر محترما
بقي في المسئلة امران الاول ان اطلاق قوله ولا لوارثها يشمل الوارث المسلم والحربي واتحاد الحكم فيهما متجه من حيث ان اسلام الزوج قبلها اوجب جواز استيلائه
على ما امكن من مالها الذي من جملته المهر وكل ما استولى عليه منه يملكه كغيره من اموال الحرب وكونه في ذمته بمنزلة المقبوض في يده فينبغي ان يملكه باسلامه مع بقائها
على الحرب فلا يزيله ما يتجدد من اسلامها ولا موتها مع كون وارثها مسلما فهذا الاطلاق في محله وكذا اطلق العلامة في كثير من كتبه لكن ذكر في التذكرة
ان مسلما يجوز له مطالبته به وظاهره ان الحكم فيما لو اسلم قبلها وينبغي على هذا انه لو اسلمت ايضا جاز لها المطالبة به بطريق اولى لان نفي المطالبة من الوارث المسلم
انما جاء من قبل موتها مستحقة للمال لكن لما لم يكن لها المطالبة لكونها حربية بحيث لوارثها المسلم لزوال المانع فاذا زال المانع عنها في حياتها باسلامها ثبت لها
ذلك ويشكل ذلك بامرين احدهما ما اسلفناه من انه باسلامه قبلها صارت يده على مالها وهو غير محترم فينبغي ان يحكم له بملكه وكيف يمنع من المطالبة به ويبقى
على ملكها والثاني انه لم يذكر هو ولا غيره هنا جواز مطالبتها لو اسلمت بعد ذلك مع ان اللازم من مطالبة وارثها واستحقاقه مطالبتها واستحقاقها
كما مر وقد اكد العلامة الشبهة المستفادة من مدلول ما حكيناه عنه في باب النكاح فحكم في الارشاد بان اسلام الزوج الحربي يوجب الحرية عليه نصف المهر
ان كان قبل الدخول وجميعه ان كان بعده فانه لولا امكان مطالبته به على وجه بان يسلم بعد ذلك او يخلف وارثا مسلما بحيث يستحق المطالبة به لم يكن
لاستحقاقها المهر فائدة وكانه يفرق في تملك المسلم المال الحربي بين العين والدين فيمنع الاستيلاء على الدين على وجه يوجب ملكه له بناء على توقفه قبضه لانه
امر كلي غير متشخص ومن ثم لم يجز هبته ولا غيرها مما يشترط فيه القبض ولو كان عينا جاز له تملكه واستقر ملكه عليه وان اسلمت بعد ذلك او خلفت مسلما لكن
هذا كله مشكل بما اسلفناه واطلاق عباراتهم يؤيد ما حققناه الثاني ذكر جماعة من الاصحاب ان الحربي اذا اسلم يسقط عنه مال اهل الحرب الذي كان في ذمته
اذا كان غصبا او اتلافا او غير ذلك مما حصل بغير التراضي والاستيمان واما ما ثبت في ذمته بالاستيمان كالقرض وثمن المعاوضات فانه يبقى في ذمته لشبهة الامانة
وان لم يكن وقع صيغة امان ويؤيده ما ذكروه من ان المسلم او الحربي لو دخل اليهم وخرج لهم بمال اشترى به شيئا لم يجز التعرض اليه لانه امانة وكذا لو دفعوا اليه احد
شيئا وديعة لم يجز التعرض اليها الحاقا للامانة بالامان وح يشكل الحكم بعدم وجوب دفع المهر اليها وان بقيت على الكفر فان المهر من باب الامانات كثمن المبيع
ويتوجه الاشكال على جميع اقسام المسئلة ويكون ذلك القيد الذي ذكره العلامة افيد في الحكم من بابها اللهم الا ان يفرق بين المعاوضة المحضة وغيرها كالمهر
او يمنع اصل الحكم ويدعى استباحة مال الحربي مطلقا ما لم يسبقه الامان الخاص ولكن عموم الاية بالامر باداء الامانة يشمل ما ذكروه في الوديعة وقد ينازع في دخول
ما في الذمة سواء كان من معاوضة محضة كالثمن او غيرها كالمهر قوله ويراعى في الحاكم كمال العقل اه لا ريب في اعتبار العقل ويخرج به المجنون والسكران والمغمى
عليه واشباههم والاسلام لتعلق الحكم عليه في الخبر واما العدالة فلان الفاسق ظالم وقد نهى الله تعالى عن الركون اليه واشترط في كره زيادة على ذلك الفقه
باحكام الجهاد والمراد به الاجتهاد في مسائله كما يقتضيه اطلاق هذا اللفظ ويصرح المحقق المحشي قوله وهل يراعى الذكورة والحرية قيل نعم وفيه تردد منشاؤه
اصالة عدم الاشتراط وان العبد والمرأة قاصران عن مرتبة الحكم واشتراطهما اجود قوله الا ان يعينوا رجلا يجتمع فيه شروط الحكم فيجوز المهادنة على حكم من يختارونه
ع كما نزل بنو قريظة حين طلبوا النزول على حكم سعد بن معاذ فحكم فيهم بقتل الرجال وسبي الذراري وغنيمة المال فقال له النبي ص لقد حكمت بما حكم الله
به من فوق سبعة ارقعة قال الجوهري الرقيع اسم سماء الدنيا وكذلك سائر السموات وقال الخليل كل واحدة يرقع للاخرى فهي ارقعة قوله ولو مات احدهم بطل حكم
الباقين لانه جعل الحكم منوطا براي الجميع فيفوت بفواته وهو يتحقق بفوات بعضه ومثله ما لو مات احد الوصيين على الجميع قوله ولو حكم بالقتل والسبي والمال
فاسلموا اسقط الحكم للقتل لا في المال والسبي لان الاسلام يحقن الدماء بخلاف الاسترقاق والمال فانهما يجامعان الاسلام كما لو اسلم المشرك بعد الاخذ
قوله فان كانت الجعالة من ماله دينا اشترط كونها معلومة الوصف والقدر وان كانت عينا فلا بد ان تكون مشاهدة او موصوفة وان كانت من مال الغنيمة جاز
ان تكون مجهولة اشتراط العلم بالجعالة كما في الاولى واضح لما سيأتي ان شاء الله تعالى من ان الجعالة شرطها العلم بالعوض واما جواز الجهالة في الثانية فللنص
ودعاء الحاجة اليه مع انه سيأتي في الجعالة ان الجهالة تصح فيه حيث يتعذر العلم به ولا تكون مانعة من التسليم كمن رد عبدي فله نصفه فيكون القسم الثاني من
هذا القبيل قوله وان تعاسر اتلفت المدينة ويردون الى مامنهم هذا قول الشيخ ره ووجهه مع كون الحصن مما دين انه حق صاحب الجعل استوفي فيقدم
وقيل بعد الفتح لان الصلح متعلق بمصلحة عامة وفيه مصلحة خاصة ومراعاة العامة اولى فان اتلاف مال الغير عند معارضة العامة جائز وح
فيعطى المجعول له عوضها وقوى العلامة في لف اعتبار المصلحة للمسلمين فان كانت مصلحتهم في بقاء الصلح عوض المجعول له عنها والا فسخ الصلح
وان لم يكن في امضاء الصلح مصلحة للمسلمين لقولهم واستظهارهم جاز فسخه واخذت الجارية مع التعاسر وهو حسن قوله ولو كانت الجعالة جارية فاسلمت
قبل الفتح لم تدفع اليه لا فرق هنا بين كون المجعول له مسلما او كافرا لانها قد ملكت نفسها باسلامها فلا يجوز له استرقاقها بخلاف ما لو اسلمت بعد الفتح
فانها تدفع اليه ان كان مسلما لان طرو الاسلام على الملك لا يزيله وان كان كافرا دفعت اليه القيمة لان الكافر لا يملك المسلم قوله وكذا الذراري

الذراري جمع ذرية وهم ولد الرجل قاله الجوهري والمراد هنا غير البالغين منهم لقرينة المقام ولو ابدل الذراري بالاطفال كان اجود قوله والذكور البالغون يتعين ١٥٣
عليهم القتل ان كانت الحرب قائمة ما لم يسلموا اي اذا اسروا قبل تقضي الحرب وانقضاء القتال فانه يتعين قتلهم ومقتضى قوله ما لم يسلموا انه لا يتعين قتلهم
مع الاسلام لكن لم يبين حكمهم معه وقد حكم الشيخ ره بالتخيير مع الاسلام بين المن والفداء والاسترقاق كما لو اسلموا مع اخذهم بعد تقضي الحرب ويمكن
ان يريد المص بقوله فيما بعد ولو اسلموا بعد الاسر لم يسقط عنهم هذا الحكم ما يعم الامرين اعني اسلامهم بعد اخذهم حال قيام الحرب وبعده وقد ذهب بعض الاصحاب
الى تعين المن عليهم في هذه الصورة لانه لم يكن له استرقاقهم في حال الكفر اذا اخذ قتلهم ففي حال الاسلام اولى وفيه ان المنع من استرقاقهم حال اهانة لهم
ليقتلوا فلا يلزم مثله مع المنع من قتلهم بالاسلام مع ان الاسلام غير مناف للملك ولهذا لما امتنع قتلهم باخذهم بعد تقضي الحرب جاز استرقاقهم فيمكن
ان ينقلب الدليل ويقال اذا جاز استرقاقهم مع تقضي الحرب واسلامهم فلان يجوز ذلك قبله اولى لان حكمهم في هذه الحالة اخف ومنع استرقاقهم مع الكفر
لاجل ان يقتلوا لانهم ساهموا اعظم من الاسترقاق وهو القتل لا يتعين حيث لا مانع وايضا لا شبهة في ان اخذهم بعد تقضي الحرب اخف لثبوت التخيير بين الثلثة
مع اسلامهم ويحتمل المن مع اسلامهم في الحالة القوية غير جيد فقول الشيخ متجه قوله والامام مخير ان شاء ضرب اعناقهم وان شاء قطع ايديهم ظاهره
التخيير انه تخيير شهوة لا اجتهاد لان المطلوب قتلهم بخلاف التخيير الاتي بين المن وغيره فانه تخيير اجتهاد في المصلحة لا شهوة كما صرح به العلامة لان الامام
ولي المسلمين فيرى لهم الاصلح فيحتمل كون التخيير هنا كذلك فان قطع الايدي والارجل قد يكون اصلح لتنكيل الكفار ويرهبوا ويرغب ضعيف العقيدة في
اتباع المسلمين ويمكن كون ضرب العنق اصلح باعتبار الخروج من الابتلاء وبضم الياء وفتح الزاء على البناء للمفعول لان الدم هو الفاعل المنزوف لغة قال الجوهري يقال
نزف الدم اذا خرج منه دم كثير حتى يضعف فهو نزيف ومنزوف ونبه بقوله حتى يموتوا على انه لا بد من موتهم فلو لم يموتوا بخروج الدم اجهز عليهم بغيره قوله ولو
اسروا بعد تقضي الحرب لم يقتلوا وكان الامام مخيرا بين المن والفداء والاسترقاق هذا هو المشهور وقيل يجوز القتل هنا وهو ضعيف ولا فرق في ذلك
بين الكتابي وغيره خلافا للشيخ حيث نفى الاسترقاق عن غير الكتابي لانه لا يقر على دينه ويتعين هنا الاصلح من الثلثة المسائل وهو في قوة رفع التخيير ثم لو تساوت
المصالح في الثلثة يتحقق التخيير كما انه لو تساوت في اثنين يتخير فيهما خاصة ومال الفداء المسترق من جملة الغنيمة قوله ولو عجز الاسير عن المشي لم يجب قتله
لانه لا يدري ما حكم الامام فيه ولو بدر مسلم فقتله كان هدرا والمراد بالاسير هنا المأخوذ والحرب قائمة لا بعد انقضائها لان القتل غير الثابت من يقع اصلا ويؤيد التعليل
يشعر بذلك للعلم بان الامام لا يحكم بقتل هذا النوع واما الاول فلانه لا يعلم ما حكم الامام فيه بالنسبة الى نوع القتل الذي يقتله به وايضا فقتله بعد
انقضاء الحرب الى الامام فلا يجوز لغيره كالزاني المحصن ونحوه وكان حق العبارة نفي الجواز لا نفي الوجوب لما عرفته من التقرير ويمكن ان يكون نفي الوجوب على
اصله بمعنى ان الاسير ان عجز عن المشي ولم يتمكن من ركوبه ولا من ايصاله الى الامام فانه يحتمل هنا ان يقال يجب قتله لان القتل متعين عليه فلا يجوز للمسلم ان يتركه
ويتصرف بما فيه من الاخلال بالواجب وتقوية الكفار فانه يستريح ويذهب اليهم ولانه يؤدي الى جعل ذلك وسيلة الى الخلاص بالجملة فعلى ما بيناه لا
يجوز قتله بل تركه ويذهب وعليه العمل لقول زين العابدين اذا اخذت اسيرا فعجز عن المشي ولم يكن معك محمل فارسله ولا تقتله فانك لا تدري ما حكم الامام
فيه ولو بدر وقتله مسلم او كافر فلا قصاص ولا دية ولا كفارة لانه كافر لا امان له نعم يعزر قاتله وكذا الحكم لو قتله قاتل من غير عجز قوله يجب ان يطعم الاسير
ويسقى وان اريد قتله اي وان اريد قتله في ذلك الوقت الذي يحتاج فيه الى الطعام والشراب لقول الامام الاسير يطعم وان كان قد تقدم للقتل قوله ويكره
قتله صبرا القتل صبرا هو الحبس للقتل فان اريد قتله قتل على غير ذلك الوجه كذا فسره جماعة قال الامام ع لم يقتل رسول الله رجلا صبرا قط غير عقبة بن ابي معيط
وقيل المراد به التعذيب حتى يموت وقيل قتله جهرا بين الناس وقيل ان يشهد بالقتل ثم يقتل قوله وحمل راسه من المعركة اي حمل راس الكافر المقتول
المدلول عليه بالمقام ولو كان في حمله نكاية للكفار لم يكره قوله ولو سبي منفردا قيل يتبع السابي في الاسلام القول للشيخ ره وابن الجنيد وابن البراج وقواه
الشهيد ره في بعض فوائده وهو مذهب العامة اجمع وحجتهم في ذلك ان الدين انما ثبت له تبعا وقد انقطعت تبعيته لابويه لانقطاعه عنهما واخراجه عن دارهما
ومصيره الى دار الاسلام تبعا للسابي المسلم فكان تابعا له في دينه ولظاهر قوله ع كل مولود يولد على الفطرة وانما ابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه وهما معه فاذا
انقطع عنهما وذلك المبينة انتفى المقتضي لكفره فيرجع الى الفطرة ويظهر من المص التوقف فيه حيث حمله قولا وكذلك العلامة توقف فيه في اكثر كتبه وفي عد
قرب تبعيته له في الطهارة خاصة وتبعه على ذلك ولده في الشرح وهو مذهب ابن ادريس واختاره المحقق الشيخ علي في حاشيته واحتجوا عليه باصالة الطهارة
السالمة عن معارضة يقين النجاسة وبلزوم الحرج المنفي لو حكم بنجاسته وبالاقتصار بالرخصة على موضع اليقين وعملا في الاسلام لان الجانبين نظرا فانا
نمنع اولا انقطاع تبعيته لابويه بمجرد مفارقته لهما واستقراره عند المسلم في دار الاسلام فانه لا دليل عليه مع تحقق الحكم قبل السبي بنجاسته بل قبل انفراده
عنهما الموجب لاستصحابها ولا انتقاضه بما لو ما تابعة بعد سبيهما معه فانه لا يحكم باسلامه عند الشيخ وبما لو انفرد ولد الذميين عنهما بمسلم في دار
الاسلام فانه لا يرتفع عنه حكم الكفر اجماعا مع تحقق المفارقة فان قيل العلة مركبة من المفارقة وملك المسلم ودار الاسلام فلا يرد عليها ما الاجماع في الاخرين
الثلثة فان الملك في ولد الذميين غير متحقق قلنا هذه العلة تحتاج الى الدليل ومع ذلك فان دار الاسلام وان ذكر في الدليل لكنه غير معتبر في نفسه
قطعا فان السابي لو اقام به في دار الكفر للتجارة وغيرها لحكموا بتبعيته له ايضا واما الملك فيتخلف قبل قسمة الغنيمة وبعد الاستقلال بالسبي والانفراد
فان الملك لم يتحقق لاحد عند جماعة منهم مع تحقق الحكم اللهم الا ان يمنعوا الحكم هنا على تقدير منع الملك فيبقى تخلفه لو لم يخرج الولد عن ابويه وانقطاعه عنهما
فانا نطالبهم بحقيقة دليلهم ويرجع اليه عملا بظاهر الخبر وح فينتقض بما ذكرناه ثم لا شبهة في انه حيوان متفرع من حيوانين نجسين ومن ثم كان قبل الاسر نجسا
لان ذلك هو مقتضى الفرعية وانفراده عنهما ليس من المطهرات المعدودة واستصحاب الحكم في ذلك حجة ومتى ثبت النجاسة لم يثبت الاسلام واما
الخبر فظاهره يدل على كون المولود على الفطرة وذلك يقتضي ان لا يكون احد مرتدا عن ملة وهذا الظاهر غير مراد منه ومن ثم حمله المرتضى ره على ان المعنى

انكل مولود يولد يكون على الفطرة فلا دلالة للحديث على مطلوبهم لان الكون انما يتحقق بعد البلوغ سلمنا لا لتصدره لكن قوله وانما ابواه يهودانه
يقتضى انه لا ينتقل الى الكفر عن الفطرة الا ان يكونا يهوديين او نصرانيين او مجوسيين فولد غيرهم من اهل الملل لا يدخل فيه الا ان يقال انه لا قائل بالفرق
بالاجماع على عدم الفرق سلمنا لكن ذلك يتحقق بوجوده معهما وقتا ما بدليل نجاسته قبل السبي فان نسبتها البه الا انا اثرها قبل ذلك فيستصحب مع
العمل بمقتضى الخبر ويكون الخبر دالا عليهم لا لهم لانه دل على كونهما صيراه قبل السبى بحكمهما في الدين فما الذى ازاله واما اصالة الطهارة فخفها ان يقلب
لتحقق النجاسة بمجرد الولادة فيجب استصحابها وهو اصل سالم عن معارضة يقين الطهارة ودليل الحرج ليس بصالح لتاسيس الحكم لتخلفه في موارد اعظم
حرجا وضررا منه مع بقاء النجاسة كما لو استاجر المسلم ولد الذمى مدة صغره بل مطلق الكفار في المدة الطويلة ولم يقل احد بالحكم بالطهارة ح بسبب
الحرج واما الاقتصار بالرخصة على موضع اليقين فهو حجة في موضعه ان لم يكن هناك قائل بعدم التبعية مط فانه ح لا يجوز المصير اليه ويتعين اتباع
احد القولين ويكون الاقتصار على الطهارة موضع اليقين لكن الحكم بالطهارة ايضا من دون الاسلام انفكاك غير معهود شرعا الا انه مع عدم القائل
بالنجاسة عينا اثر انتفى فلا باس في العمل بهذا القول ولو فرض ان الطفل سبى مع احدهما خاصة تبعه في الكفر على ما صرح به الشيخ مع احتمال العدم على
مذهبه لما تقدم من ان الحكم بكفره في الخبر معلق على شيئين فلا يثبت باحدهما لكن دلالة المفهوم ضعيفة فلو فرض انهما اماتا بعد سبيهما معه فمقتضى دليل
الشيخ تبعيته الان للسابي لكنه وافق هنا على عدم الحكم باسلامه محتجا بانه مولود من كافرين فاذا اماتا او مات احدهما لم يحكم باسلامه كما لو كانا في دار الحرب
وبانه كام اصل فلم يحكم باسلامه بموت ابويه كالبالغ وهذه الحجة بعينها قائمة فيما لو انفرد عنهما والخبر على الوجه الذى ذكروه بينا ولهما فالفرق غير واضح ثم
يتفرع على القولين امور الاول لو مات في يد المسلم قبل البلوغ فعلى قول الشيخ يجب تغسيله وتكفينه والصلوة عليه ان بلغ الست ويستحب قبلها وعلى
القول الاخر لا يجب ذلك لانه بحكم الكافر كما لو مات مصاحبا لابويه وان كان ملكا للمسلم وحكم بطهارته الثاني لو بلغ استمر مسلما عند الشيخ وان لم
يسمع منه الاعتراف بما يوجب الاسلام كما في ولد المسلم وعلى القول الاخر لا يحكم بطهارته بعد البلوغ الا ان يظهر الاسلام كغيره من اولاد الكفار فينبغي لمن ابتلى
بذلك ان يعلمه ما يتحقق معه الاسلام قبل البلوغ ويستنطقه به عند تحقق البلوغ ليتحقق الحكم بالطهارة الثالث لو اشتبه سنه ولم يعرف بنى على اصالة
العدم فيستصحب الطهارة على القول الثاني الى ان يعلم وينبغي مراعاته عند ظهور الامارات المفيدة للظن بالاختبار لعانته وتكرار الاقرار بالشهادتين
في مختلف الاوقات الرابع عدم بيعه لغير المسلم على قول الشيخ وعلى القول الاخر يجوز مع احتمال العدم لتشبثه بالاسلام وانضمامه معه ببعض الاحكام بخلاف
الكافر المحض ومن هو بحكمه وبهذا يظهر ان القول بتبعيته في الطهارة خاصة ليس هو احوط القولين بل الحكم باسلامه احوط في الامر الاول والاخير الخامس لو مات
قريبه المسلم ولم وارث مسلم فعلى قول الشيخ يشارك ان كان في درجته ويختص ان كان اقرب وعلى القول الاخر الارث للاخر خاصة ولو فرض انه بلغ قبل القسمة
مع تعدد الوارث واسلم شارك او اختص على الثاني ولو لم يكن لقريبه المسلم وارث سواه اشترى من التركة وورث على الاول وكان الميراث للامام على الثاني
الى غير ذلك من الاحكام قوله واذا اسر الزوج لم ينفسخ النكاح هذا الحكم عندنا موضع وفاق وانما نبه على خلاف ابى حنيفة حيث حكم بالانفساخ بناء على
طرو الملك ومنعه ظاهر فان الملك لا يحصل بالكبير الا بالاسترقاق لا بمجرد الاسر والمراد بالزوج هنا البالغ بدليل ما ياتى من قوله لو كان الاسير طفلا
او امراة انفسخ والفرق تحقق الرق بمجرد الاسر فيهما دونه قوله ولو كان الزوجان مملوكين لم ينفسخ لانه لم يحدث رق ولو قيل بتخير الغانم في الفسخ كان حسنا
ما حسنه المص حسن كما لو ملكهما بالبيع والحق به في كرة ما لو سباهما واحد وملكهما فلا ينفسخ النكاح الا بفسخه وكانه اراد به ما لو سباهما في حال الغيبة من
يتملك باذن الامام فانه يملكهما دفعة ويتخير في نكاحهما والا كانت هي الاولى لان مجرد السبى لا مدخل له في الحكم بالنسبة الى الغانمين قوله لو سبيت امراة فصولح
اهلها على اطلاق اسير بيد اهل الشرك فاطلق لم يجب اعادة المراة لفساد الصلح بكون احد عوضيه حرا ومن ثم لو كان ما لا جاز ووجب اعادتها ما لم يكن قد
استولدها مسلم كانه بقوله ولو اعتقنا اى اطلقت وانما عبر بالعتق للحكم بملكها بالاسر فردها الى الكفار اطلاق لها من التملك فكان كالعتق قوله وكذا
لو كانت الحربية حاملا من مسلم بوطى صحيح كما لو وطاها بشبهة او بنكاح متعة ان كانت كتابية قوله ولو اعتق عبدا ذميا بالنذر فلحق بدار الحرب فاسره
المسلمون جاز استرقاقه وقيل لا لتعلق ولاء العتق به قيد العتق بكونه بالنذر تنبيها على عدم جواز عتق العبد الكافر تبرعا ويصح بالنذر وهو احد الاقوال في
المسئلة وللشيخ قول بجوازه مط وعليه يتفرع الولاء فان شرطه كون العتق تبرعا والمصجع بين العتق بالنذر وبين الولاء وهما متنافيان كما سياتى ويمكن حمله
على ولاء ضمن الجريرة بان يتعاقد المولى والمعتق بعد العتق على ضمانه فيصح فيثبت ولاؤها وان كان الحمل بعيدا واصح القولين ح انه ينزل المعتق
وتعلق الولاء لا يمنع فان مات سايبه ثبت الولاء والا فلا قوله اذا اسلم عبد الحربي في دار الحرب قبل مولاه ملك نفسه بشرط ان يخرج قبله ولو خرج بعده
كان على رقه ومنهم من لم يشترط خروجه والاول اصح اشتراط خروج العبد قبل مولاه الى دار الاسلام في ملك نفسه هو الاقوى للخبر ولان اسلام العبد لا
ينافي ملك الكافر له غايته انه يجبر على بيعه وانما يملك نفسه بالقهر لسيده ولا يتحقق الا بالخروج اليها قبله ولو اسلم بعده لم يملك نفسه وان خرج اليها قبله
مع احتماله لاطلاق الخبر ومتى ملك نفسه امكن بعد ذلك ان يسترق مولاه اذا قهره والامة في ذلك كالعبد قوله الغنيمة هي الفائدة المكتسبة واء الكسب
براس المال كارباح التجارات او غيره كما هو يستفاد من دار الحرب استطرد عن مفهومها اللغوي المعنى العام مع ان المقصود هنا هو القسم الثاني للتنبيه على ان
مفهومها العام باق عندنا على اصله ومنه يستفاد وجوب الخمس في ارباح التجارات ونحوها لعموم قوله تعالى انما غنمتم من شىء فان لله خمسه خلافا للعامة
حيث خصوها بالمعنى الثاني ونقلوها عن موضوعها اللغوي الى غنائم دار الحرب خاصة وخصوها به قوله وقيل يجوز لهم تناول ما لا بد منه كعلوفة الدابة
واكل الطعام وحكاية قولا يشعر بتوقفه فيه والاصح جوازه وقد ادعى عليه العلامة الاجماع منا ومن العامة الا من شذ منهم وعموم قوله تعالى فكلوا مما غنمتم
والاخبار ناطقة به ولا يشترط في تناول الطعام كونه ماكولا بالفعل بل كلما يصلح له كالغنم فيجوز لهم ذبح ما يحتاجون اليه لكن يجب رد جلودها الى الغنيمة

لانها ليست ماكولة وان احتاجوا اليها للسقاء والحذاء ولو فضل من الماكول فضلة وجب ردها ويجب الاقتصار على الاكل في دار الحرب او المفازة التي في الطريق
اما عمران دار الاسلام التى يمكن فيها الشراء فيجب الامساك فيها وتناول الادوية ونحوها في حكم الطعام دون غسل الثوب بالصابون وان احتيج اليه قوله ويجوز
اتلافه وابقاؤه للتخليل كالخمر يستفاد من التخيير انه لا يجب ابقاؤه حينئذ رجاء التخليل لانه ليس مالا بالفعل فيجوز اراقته ويعلم من ذلك ان النجاسة لا تثبت الا
بقرائن الحال التى يحصل العلم بها والا لم يظهر خيره بالتخليل قوله اذا باع احد الغانمين غانما شيئا او وهبه لم يصح ويمكن ان يقال بصحته هذا الاحتمال مبني
على ان الغانم يملك حصته من الغنيمة بالاستيلاء لا بالقسمة ويضعف على تقديره بان حصته مجهولة فلا يصح بيعها وايضا فلا نعلم تعلق حقه بعين المبيع
لجواز ان يخرج لغيره من الغانمين او يجعل في الخمس او الجعائل فالملك على تقديره ضعيف لا يفيد جواز نقله وقول المص ويكون الثاني احق باليد معطوف على قوله
لم يصح لا على الاحتمال والمعنى ان البيع ونحوه وان لم يصح لكن يكون المدفوع اليه احق بما وصل اليه من الدافع لو كان مما يجوز الانتفاع به للغانم كالطعام والعلف
فلا يجوز للدافع اخذه منه بناء على فساد البيع لانهما في الاصل مختارون فيه وقد يترجح القابض باليد كما يترجح الاول حيث كان في يده بها وهذا القول
قوي حتى لو كان المبيع طعاما بطعام كان كل واحد منهما اولى من الاخر بما وصل اليه وان كان ربويا ومثلهما في ذلك كالضيفين تبادلا لان القبض بالقصد عند
عدم قرينة المخصص فان ذلك يفيد اباحة التصرف فيما وصل الى كل منهما ولا يفيد ملكا حقيقيا فلا يصح فيما زاد عن ما اذن لهما فيه شرعا قوله فحكمه حكم
اللقطة وقيل يعرف سنة اه القول الثاني للشيخ ره انما تعرف سنة فلانه مال ضائع فيكون بحكم اللقطة في وجوب التعريف واما جعله بعد ذلك غنيمة
فبناء على الظ من انه لو كان لمالك لظهر فيكون بحكم اموال اهل الحرب وهو ضعيف لانه لقطة حقيقة فيكون له حكمها وانما يجب تعريفه سنة لذلك فكيف
يجعل غنيمة بعد التعريف الموجب لجواز التملك وغيره من احكام اللقطة فمختار المص اقوى قوله اذا كان في الغنيمة من ينعتق على بعض الغانمين قيل ينعتق نصيبه
مبنى القولين على ان الغانم هل يملك حصته بالاستيلاء او يملك به ان يملك وانما يحصل الملك الحقيقي بالقسمة قيل بالاول لان الاستيلاء على ما
ليس بمعصوم من الاموال سبب الملك ولزوال ملك الكفار له فلو لم يملكها المسلمون لكان ملكا بغير مالك وعلى هذا فيكون القسمة مميزة للحق كالمال المشترك
وقيل كاشفة عن سبق الملك بالاستيلاء اذ يمكن زواله قبلها بالاعراض والتلف وقيل بالثاني لان الامام يقسم الغنيمة بين الغانمين قسمة تشهى واجبا
لا قسمة تراض منهم واختيار ولو ملكوا حقيقة لم يجز ذلك الا برضاهم ولانهم يزول بالاعراض ولا شىء من المملوك كذلك ولعدم وجوب الزكوة على احد
منهم الى ان يتحقق القسمة فيجري حولها ولدخول المولود بعد الحيازة والمدد معهم وهو ينافي الملك وفي هذه الادلة نظر والاول لا يخ من قوة وعليها
يتفرع هذه المسئلة ونظائرها فعلى الاول ينعتق نصيبه منها ولا يسرى عليها الا انه الملك قهرى وهو اختيار الشيخ والعلامة قوله كل ارض فتحت عنوة
العنوة بفتح العين وسكون النون الخضوع والذل يقال عنا يعنو اى خضع وذل ومنه قوله تعالى وعنت الوجوه للحى القيوم والمراد هنا فتحها بالقهر والغلبة
قوله وكان محياة فهي للمسلمين قاطبة والغانمون في الجملة المراد بكونها محياة كونها كذلك وقت الفتح ويثبت كونها مفتوحة عنوة بنقل من يوثق بنقله و
اشتهاره بين المورخين وقد عدوا من ذلك مكة المشرفة وسواد العراق وبلاد خراسان والشام وجعل بعض الاصحاب من الادلة على ذلك ضرب الخراج من
الحاكم وان كان جائرا واخذ المقاسمة من ارتفاعها عملا بان الاصل في تصرفات المسلمين الصحة وكونها عامرة وقت الفتح بالقرائن المفيدة للظن المتاخم للعلم
كتقادم عهد البلد واشتهار تقدمها على الفتح وكون الارض مما يقضى القرائن المذكورة بكونها مستعملة في ذلك الوقت لقربها من البلد وعدم المانع من
استعمالها عادة ونحو ذلك ولا ينضبط الا الامارات المفيدة للعلم او ما يقاربه قوله والنظر فيها الى الامام هذا مع ظهوره وبسط يده اما مع غيبته
كهذا الزمان فكل ارض يدعى احد ملكها بشراء وارث ونحوهما ولا يعلم فساد دعواه يقر في يده كذلك لجواز صدقه وحملا لتصرفه على الصحة فان الارض المذكورة
يمكن تملكها بوجوه منها احياؤها ميتة ومنها بيعها تبعا لاثار المتصرف فيها من بناء وغرس ونحوهما كما سياتي واما ما لا يد عليه لاحد فملك للمسلمين قاطبة
كما مر الا ان ما يتولاه الجائر من مقاسمتها وخراجها يجوز لنا تناوله منه بالشراء وغيره من الاسباب المملكة باذن ائمتنا لنا في ذلك وقد ذكر الاصحاب انه لا يجوز
لاحد جحدها ولا منعها ولا التصرف فيها الا باذنه بل ادعى بعضهم الاتفاق عليه وهل يتوقف التصرف في هذا القسم منها على اذن الحاكم الشرعي ان كان
متمكنا من صرفها في وجهها بناء على كونه نائبا عن المستحق ومفوضا اليه ما هو اعظم من ذلك الظ ذلك وح فيجب عليه صرف حاصلها في مصالح المسلمين كما سياتي
ومع عدم التمكن امرها الى الجائر واما جواز التصرف فيها كيف اتفق لكل احد من المسلمين فبعيد جدا بل لم اقف على قائل به لان المسلمين بين قائل بالاولوية الجائر
وتوقف التصرف على اذنه وبين مفوض الامر الى الامام العادل فمع غيبته يرجع الامر الى نائبه فالتصرف بدونهما لا دليل عليه وليس هذا من باب الانفال
التى اذنوا لشيعتهم في التصرف فيه حال الغيبة لان ذلك حقهم فلهم الاذن فيه مط بخلاف الارض المفتوحة عنوة فانها للمسلمين قاطبة ولم ينقل عنهم الاذن
في هذا النوع وكيف كان فظاهر الاصحاب ان الخراج والمقاسمة لازمة للجائر حيث يطلبه او يتوقف على اذنه قوله ولا يجوز بيعها ولا وقفها ولا هبتها اى لا يصح
شىء من ذلك في رقبتها مستقلة اما لو فعل ذلك بها تبعا للاثار المتصرف فيها من بناء وغرس وزرع فجائز على الاقوى فاذا باعها بايع مع شىء من هذه الاثار
دخلت في البيع على سبيل التبع وكذا الوقف وغيره ويستمر كذلك ما دام شىء من الاثار باقيا فاذا ذهبت اجمع انقطع حق المشترى والموقوف عليه وغيرهما
عنها هكذا ذكره جمع من المتاخرين وعليه العمل قوله ويصرف الامام حاصلها في المصالح المراد بالمصالح مصالح المسلمين مثل بناء القناطر والمساجد
وترتيب ائمة الصلوات والمؤذنين والقضاة والجند ونحو ذلك قوله وما كان مواتا وقت الفتح فهو للامام خاصة ولا يجوز احياؤها الا باذنه
ان كان موجودا اموات هذه الارض تلحق بالانفال لا يجوز احياء شىء منه الا باذن الامام مع ظهوره وفي حال الغيبة يملكه المحيي ويعلم الموات بوجوده
الان مواتا مع عدم سبق اثر العمارة القديمة عليه وعدم القرائن الدالة على كونه عامرا قبل ذلك كسواد العراق فان اكثره كان معمورا وقت الفتح وبه
سميت ارض السواد وما يوجد منها عامرا الان يرجع فيه الى قرائن الاحوال كما مر قيل ومنها ضرب الخراج واخذ المقاسمة من ارتفاعه فان انتفى الجميع فالاصل

بعضهم عند تقدم العمارة فيكون ملكا لمن فيده قوله ولو تصرف فيها من غير اذنه كان على المتصرف طسقها الطسق فارسي معرب واصله تسك والمراد به اجرتها
قوله ويملكها المحيي عند عدم من غير اذنه اي في حال الغيبة واطلاق المحيي يشمل المؤمن والمخالف والكافر وقد صرح به الشهيد في بعض ما نقل عنه ويحتمل كون
الحكم مختصا بالشيعة عملا بظاهر الاذن قوله وكل ارض فتحت صلحا فهي لاربابها وعليهم ما صالحهم الامام هذه ثاني اقسام الجزية اذ ليس على اهلها الكفار
سوى المال المضروب على الارض اذا لم يقع الصلح على ان الارض للمسلمين والا كانت كالمفتوحة عنوة كخيبر وانما يكون ارض جزية ويلزمهم ما صولحوا عليه ما داموا
على الكفر فلو اسلموا صارت كالارض التي اسلم عليها اهلها طوعا ملكا لاربابها بغير عوض قوله وكل ارض اسلم اهلها عليها فهي لهم على الخصوص هذا هو
القسم الثالث من اقسام الارض وهي ارض من اسلم اهلها عليها طوعا وقد عد من ذلك المدينة المشرفة والبحرين واطراف اليمن وهذه تترك في يد اربابها
ملكا لهم يتصرفون فيها كيف شاؤا اذا قاموا بعمارتها فلو تركوها وخربت كانت للمسلمين قاطبة وكان للامام تقبيلها ممن يعمرها بما شاء قوله كل ارض ترك
اهلها عمارتها اه وذلك كالارض المتقدمة التي اسلم عليها اهلها وارض الجزية وغيرها من المملوكات ولا ينحصر اجرتها فيما قبل به الامام بل لهم الاجرة وما
زاد من مال التقبيل لبيت المال لما تقدم من ان حاصلها يصير للمسلمين قوله وكل ارض موات سبق اليها سابق اه الارض الموات لا يخ اما ان تكون مواتا من
اصلها بحيث لم يجر عليها يد مالك اولا والاولى للامام لا يجوز احياؤها الا باذنه في حال حضوره وفي غيبته يملكها المحيي وان جرى عليها يد مالك ثم
خربت فلا يخ اما ان يكون قد انتقلت اليه بالشراء ونحوه او بالاحياء والاولى لا يزول ملكه عنها بالخراب اجماعا نقله العلامة في كره عن جميع اهل العلم
والثانية وهي التي ملكت بالاحياء لا يخ اما ان يكون مالكها معينا او غير معين والثانية تكون للامام من جملة الانفال يملكها المحيي لها في حال الغيبة
ايضا فان تركها حتى خربت زال ملكه عنها وجاز لغيره تملكها وهكذا والاولى وهي التي خربت ولها مالك معروف فقد اختلف الاصحاب في حكمها وذهب
الشيخ ره الى انها تبقى على ملك مالكها لكن يجوز لغيره احياؤها ويبقى احق بها لكن عليه طسقها لمالكها واختاره المص وذهب آخرون الى انها تخرج عن
ملك الاول ويسوغ لغيره احياؤها ويملكها المحيي واختاره العلامة وهو اقوى والاخبار الصحيحة دالة عليه وشرط في س اذن المالك فان تعذر فالحاكم
فان تعذر جاز الاحياء بغير اذن ودليله غير واضح وفي المسئلة قول آخر وهو عدم جواز احيائها مطلقا بدون اذن مالكها ولا يملك بالاحياء كالمنتقلة
بالشراء وشبهه واختاره الشيخ علي ره وله شواهد من الاخبار الا ان الاول اقوى واصح سندا واوضح دلالة وباقي الاقوال مخرجة قوله كالجائل والسلب
السلب بفتح اللام المال المتصل بالمقتول كالثياب والعمامة والقلنسوة والدرع والمغفر والبيضة والجوشن والسلاح والدابة المركوبة والجنيبة التي
يستعين بها ونحوها وفي اشتراط كونه مع ذلك محتاجا اليه في القتال نظر وعدم الاشتراط لا يخ من قوة وهو اختيار الشيخ وتظهر الفائدة في مثل الهميان الذي
للنفقة والمنطقة والطوق المتخذ للزينة قوله وبما يرضخ للنساء الرضخ العطاء الذي ليس بالكثير والمراد به هنا وجوب العطاء الذي لا يبلغ سهم الفارس
ان كان المرضخ له فارسا ولا الراجل ان كان راجلا والخنثى المشكل في حكم المرأة لعدم العلم بالذكورة التي هي شرط الجهاد وقيل له نصف سهم ونصف رضخ
كالميراث قوله وقيل بل يخرج الخمس مقدما عملا بالاية والاول اشبه تقديم السلب والجائل على الخمس متجه لخروجها عن اسم الغنيمة التي اوجب الله تعالى فيها
الخمس بالاية واما تقديم الرضخ عليه ففيه ضعف واضح لان الرضخ في الحقيقة نوع من قسمة الغنيمة غايته انه ناقص عن السهام وذلك غير مانع كما ان نقص الراجل
من سهم الفارس غير مؤثر في تقديم الخمس عليه واطلاق اسم الغنيمة على المال المدفوع رضخا واضح فوجوب الخمس فيه قوي وفي لف قدم الخمس على الجميع ان لم
يشترط الامام لارباب الحقوق حقوقهم من غير خمس والاوسط اوسط قوله حتى الطفل ولو ولد بعد الحيازة قبل القسمة الطفل لغة المولود وهو يشمل الذكر
والانثى لكن المراد هنا الذكر بقرينة المقام لما تقدم من ان الانثى لا سهم لها واطلاق الفتاوى يقتضي عدم الفرق بين كونه من اولاد المقاتلة وغيرهم
وبين حضور ابويه او احدهما وعدمه قوله وكذا من اتصل بالمقاتلة من المدد اي لحقوا بهم ليقاتلوا معهم لا بمجرد المشاركة او غيرها من الاغراض كما لو كان تاجرا
او بيطارا فانهم لو قصدوا الجهاد والصنعة معا استحقوا ولو اشتبه الحال قال الشيخ يسهم لهم لانهم حضروا والسهم يستحق بالحضور الا مع علم عدمه وهو
حسن قوله وللفارس سهمين وقيل ثلثة اه المشهور الاول وعليه العمل وان كان في المستند من جهة النقل ضعف قوله ولا يسهم من الخيل القحم والرازح
اه القحم بفتح القاف وسكون الحاء الكبير الهرم والرازح بالراء المهملة ثم الزاء بعد الالف ثم الحاء المهملة قال الجوهري هو الهالك هزالا والمراد هنا
ضعيف الذي لا يقوى بصاحبه على القتال والضرع بفتح الضاد المعجمة والراء هو الصغير الذي لا يركب كذا فسره الفقهاء وفي الصحاح الضرع بالتحريك
الضعيف فاما مخلا بالضلع الجسم اي نحيف ضعيف والقول بالمنع من الاسهام له لابن الجنيد وتردد العلامة وجماعة وما اختاره المص لا باس به قوله ولو
كان صاحبه حاضرا كان لصاحبه سهمه ولم يلزم ذلك الاجرة على الغاصب قوله والاعتبار بكونه فارسا عند حيازة الغنيمة لا بدخول المعركة لا اشكال في
عدم اعتباره عند دخول المعركة وانما الكلام في اشتراط كونه على الوصف عند الحيازة او بعد كونه كذلك عند القسمة لانه محل اعتبار الفارس والراجل
ليدفع اليهما حقهما فالذي اختاره المص واكثر الجماعة الاول وهو واضح على القول بانه يملك بها فلا يتحقق الملك الا بذلك ويتفرع على اعتبار الثاني
استحقاق المولود والمدد اللاحق بعد الغنيمة وقبل القسمة واختاره المحقق الشيخ علي ولا باس به وقد اختلف نسخ القواعد في هذه المسئلة ففي بعضها
اعتبار الحيازة لا القسمة كما هنا وفي بعضها اعتبارها الى القسمة فلا بد من وجوده فارسا في الحال باسرها من الحيازة الى القسمة وفي بعض باعتبار الحيازة
او القسمة وظاهره الاكتفاء باحدهما ويحتمل ان يكون موضع تردد واختيار او ليبنيه على القولين المتقدمين الدالين على ان وقت الملك هل هو الحيازة
او القسمة قوله فالجيش يشارك السرية في غنيمتها اذا صدرت عنه وكذا تشارك السرية في غنيمته وهو موضع وفاق فلا حاجة لتركه وكذا لو تعددت السرية
الصادرة من جيش واحد فان كل منهما يشارك الآخر ومثله الرسول المنفذ من الجيش لمصلحة والدليل والطليع والجاسوس ونحوهم قوله ويكره تاخير قسمة
الغنيمة الخ لا اشكال في جواز القسمة حيث شاء وانما الخلاف في الاولوية فالمشهور ان القسمة في ارض العدو هي الاولى وان التاخير مع عدم العذر

كالخوف من المشركين او قلة العلف ونحوهما مكروه وابن الجنيد حكم باختيار انه لا يقسم الا بعد الخروج من دارهم والمختار الاول ومستنده فعل النبي
فانه كان يفعل رواه عنه الخاصة والعامة قوله وكذا يكره اقامة الحدود فيها علل ذلك بالخوف من ان يحمل المحدود الغيرة في دخل الى دار الحرب استثنوا
من ذلك ما لو قتل مسلما عمدا فانه يقتص منه في دار الحرب لانتفاء المانع وعلى هذا ينبغي استثناء جميع الحدود الموجبة للقتل كالرجم قوله فان دخل
وقتا لعطائه ثم مات كان لوارثها المطالبة به وفيه تردد منشأ التردد من استحقاق المطالبة قبل الموت فيكون لوارثه ذلك كحق الشفعة وغيره ومن
انه لا يملكه الا بقبضه وهو منتف ولا منافاة بين استحقاق المطالبة وعدم الملك بل عدم استحقاق الوارث ذلك ايضا كالمستحق للزكوة وغيرها
من الحقوق لو مات بعد المطالبة بها وقبل القبض وبهذا ظهر ضعف القول الاول قوله قيل ليس للاعراب من الغنيمة شيء اه هذا هو المشهور بين الاصحاب وبه
رواية حسنة وان النبي صالح الاعراب على ان يدعهم في ديارهم ولا يهاجروا على انه ان دهمه عدو ان يستنفرهم ويقاتل بهم وليس لهم في الغنيمة نصيب
وانما انكره ابن ادريس بناء على اصله وحكاية المص له قولا يشعر بتردده فيه والمراد بالاعراب هنا من كان من اهل البادية وقد اظهر الشهادتين على وجه
حكم باسلامه ظاهرا ولا يعرف من معنى الاسلام ومقاصده واحكامه سوى الشهادتين قوله ولا يستحق احد سلبا ولا نفلا في بدأة اه قد تقدم تعريف السلب
بالتحريك واما النفل بالفتح ايضا فهو ما يجعله الامام لبعض المجاهدين من الغنيمة بشرط مثل ان يقول من قتل فلانا المشرك او حمل الراية او عمل كذا فله
كذا بحسب ما يراه من المصلحة والبدأة بفتح الباء وسكون الدال ثم الهمزة المفتوحة السرية الاولى وعند دخول الجيش الى دار الحرب والرجعة الثانية او
عند رجوعه قوله ولو عرفت بعد القسمة فلاربابها القيمة من بيت المال وفي رواية على اربابها اه ما ذكره المص من الوجه هو الوجه لكن بشرط تفرق
الغانمين والا ارتجعت العين ونقضت القسمة والظاهر ان الحكم مع تفرقهم ثم انحصارهم بحيث لا يعسر جمعهم كذلك ولو كان الحق معهم بالسوية كالمال
الممتزج بمتساوي الاجزاء لم يحتج الى نقضها بل رجع على كل واحد بالنسبة والمراد برجوعه على الامام رجوعه بالقيمة على بيت المال بمعنى انه لا
لا من خاصته قوله ومن لهم شبهة كتاب وهم المجوس يشير بقوله شبهة كتاب الى ان ما بايدي المجوس غير معلوم كونه كتابهم لما ورد من انهم قتلوا نبيهم
واحرقوا كتابهم وكان باثني عشر الف جلد ثور وفي ايديهم صحف يزعمون انها من ذلك الكتاب فاقروا على دينهم لهذه الشبهة وقول النبي
سنوا بهم سنة اهل الكتاب وخالف في ذلك ابن ابي عقيل فالحقهم بباقي المشركين قوله سواء كانوا عربا او عجما نبه به على خلاف بعض العامة
حيث زعم ان الجزية لا تؤخذ من العرب وهو مردود بالاجماع منا ومن فريقه وفعل النبي فانه اخذها منهم وزعم جماعة من العامة ان نصارى تغلب من العرب لا تؤخذ
منهم الجزية بل يؤخذ منهم الصدقة مضاعفة وذهب ابن الجنيد منا الى عدم اخذها منهم ايضا لا لذلك بل لانهم لا يقرون على دينهم لاخلالهم بالشرط الذي شرط
عليهم رسول الله صلى الله عليه وآله من انهم لا ينصروا اولادهم واستقربه في لف محتجا بانهم انتقلوا الى النصرانية بعد النبي فلا يكون مقبولا قوله ولو ادعى اهل حرب انهم منهم
وبذلوا الجزية لم يكلفوا البينة اه انما لم يكلفوا البينة لان الدين امر قلبي وشعاره الظاهرة لا يعسر عنه فربما تعذرت اقامة البينة ولقبول قولهم في دينهم
الذي يدينون به ويتحقق ثبوت خلافها بالخبار شاهدين عدلين باطلاعهم عليهم بخلاف ما يدعونه وان كان العدل لا يمكن منهم بان اسلما وتعدد لا ثم اخبرا بذلك
لا باقرار الواحد منهم بالنسبة اليهم وان قبل في حقه وحيث يثبت خلاف ما ادعاه يتبين نقض العهد بجواز اغتياله ولا يجب ردهم الى مامنهم والفرق بينهم
وبين من يقدم من اهل الحرب الذين يتوهمون الامان فيوجب لهم الجزية على هؤلاء بعث السبب الموجب للامان تعليقه على شيء يعلمون عدمه فيكون نفي الامان
عندهم معلوما قوله وهل يسقط عن الهم قيل نعم وقيل لا وهو المروي الرواية بالسقوط ضعيفة ومثله الاعمى والراهب وفصل بعضهم بانه ان كان ذا راي و
وقتال اخذت منه والا فلا والاقوى الوجوب مطلقا للعموم قوله وقيل يسقط عن المملوك هذا هو الاجود بناء على انه لا يقدر على شيء وروي انها تؤخذ منه
قوله ولو قتل الرجال قبل عقد الجزية اه ما اختاره المص هو الاقوى لان النساء لا جزية عليهن نعم لو كن في حصن ولم يمكن فتحه جاز عقد الامان لهن كما لو طلبن
ذلك من دار الحرب ولا جزية في الموضعين قوله ولو كان بعد عقد الجزية اه المراد بالاستصحاب هنا استصحاب العقد الذي وقع مع الرجال واثبات الجزية
على النساء وما حسنه المص غير واضح فانه كما يمنع اقرارهن بالجزية ابتداء فكذا استدامة العقد السابق فالمنع في الموضعين اقوى وقال شارح الترددات
ان معنى الاستصحاب استدامة الامان للنساء من غير ضرب جزية عليهن حيث قد ثبت لهن الامان مع الرجال ضمنا فيستصحب الوفاء وهذا التوجيه غريب فان
السياق انما هو في بذل الجزية لا في الامان خاصة قوله فان كان يفيق وقتا فقيل يعمل بالاغلب الاقوى ان المجنون لا جزية عليه مطلقا الى ان يتفق له افاقة سنة
متوالية لاطلاق النص قوله وما قدره علي محمول على اقتضاء المصلحة اه هذا جواب عن حجة بعض الاصحاب حيث حكم بانها مقدرة بما قدره علي وهو على
الفقير اثنا عشر درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرون وعلى الغني ثمانية واربعون كل سنة وتقرير الجواب ان ذلك محمول على المصلحة في ذلك الوقت هذا
التقدير فلا يجب العمل به لو اقتضت المصلحة خلافه ومما يؤيد ذلك ان عليا زاد في الوضع عما قدره النبي بحسب ما راه من المصلحة وكذا القول في غيره وهذا
هو الاولى ومختار الاكثر قوله ومع انتفاء ما يقتضي التقدير يكون الاولى اه اي حيث بينا ان تقديره عليه السلام لا يقتضي الاستمرار وانتفى ما يقتضي التقدير
فالاولى اطراحه وعدم اعلام الذمي بقدر ما عليه بل يؤخذ منه الى ان ينتهي الى القدر الذي اقتضته المصلحة تحقيقا لمعنى الصغار المذكور في الاية
فان المشهور في تعريفه التزام الجزية على ما يحكم به الامام من غير ان تكون مقدرة والتزام احكامنا عليهم واقتصر بعضهم فيه على الوصف الثاني وفسره
بعضهم بانه يؤخذ الجزية من الذمي قائما والمسلم جالس وقيل غير ذلك وزاد في كره ان الذمي يخرج يده من جيبه ويحني ظهره ويطاطي راسه ويصب ما
معه في كفة الميزان ويأخذ المستوفي بلحيته ويضرب في لهزمتيه واللهزمتان في اللحيين مجمع اللحم بين الماضغ والاذن قوله ولا يجمع وقيل بجوازه ابتداء وهو
الاشبه احترز بقوله ابتداء عما لو وضعها على راس بعض منهم وعلى ارض بعض آخر فانتقلت الارض التي وضعت عليها الى من وضعت على راسه فانه يجتمع
عليه الامران لكن ذلك ليس ابتداء بل بسبب انتقال الارض اليه والقول بعدم جواز الجمع هو الظاهر من صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق وهو الاولى قوله

ويجوز ان يشترط عليهم مضافا الى الجزية ضيافة مارة العساكر ويحتاج ان يكون الضيافة معلومة بان يعين القوت والادم وعلف الدواب وجنس كل واحد منها ووصفه بما يرفع الجهالة وعدد ايام الضيافة كما فعله النبي مع نصارى نجران وغيرهم وكما يجوز اشتراط ضيافة مارة العساكر يجوز اشتراط ضيافة مطلق المارة من المسلمين بل هذا هو المشهور في الاخبار والفتاوى وهو الذي شرطه النبي قوله ولو اقتصر على الشرط وجب ان يكون زائدا على اقل مراتب الجزية اي اقتصر على شرط الضيافة من غير ان يصرح بكونها مضافة الى الجزية كما صرح به في القسم الاول فان الاطلاق ايضا يقتضي المغايرة ويجب كونها زائدة على اقل ما يمكن فرضه جزية كدينار مثلا فانه اقل ما يوضع على الفقير بناء على ما ورد في بعض الاخبار من التقدير وعلى القول بعدمه تكون الضيافة زائدة على اقل ما تقتضي المصلحة وضعه عليهم من الجزية ولا يقتضي الاطلاق كون الضيافة من نفس الجزية المتاسي بالنبي فانه شرط الضيافة زيادة على الدينار الذي وضعه على كل نفس ولانه لو شرط الضيافة من الجزية لكان الاطلاق يقتضيه ولم يرهم احد خرج الحول بغير جزية ولان مصرف الغنيمة بخلاف الضيافة فانه لا يختص بذلك بل يجوز اشتراطها لسائر المسلمين فلا بد معها من جزية وبهذا التفسير صرح العلامة في كره وغيره وربما احتملت العبارة ونظائرها معنى اخر وهو ان يكون المراد انه لو اقتصر على شرط الضيافة عليهم من غير ان يذكر الجزية بكون الضيافة قائمة مقام الجزية ويجب كونها زائدة على اقل ما يجب الجزية ليتحقق الجزية في ضمنها ويكون في الجزية وضيافة وعلى هذا الاحتمال ينبغي اختصاص ما قابل الجزية من الضيافة باهل الفيء ونظير هذه العبارة في قيام الاحتمال عبارة القواعد والحق ان المراد هو المعنى الاول وبه صرح في كره محتجا عليه بفعل النبي م واستلزام شرط الضيافة عن الجزية سقوطها لو لم يمر بهم احد قوله ولو اسلم قبل الحول او بعده قبل الاداء سقطت الجزية على الاظهر الخلاف في الثاني خاصة وهو ما لو اسلم بعد الحول وقبل الاداء ووجه السقوط ان الجزية لا تؤخذ من المسلم وان الاسلام يجب ما قبله وان اخذها مشروط بالصغار الممتنع على المسلم وهو حسن ووجه العدم انها دين مستحق قبل الاسلام فلا يسقط بالاسلام كالخراج والدين والفرق على الاول انها عقوبة فلا يتحقق مع الاسلام بخلاف الدين ولا فرق بين ان يسلم ليسقط عنه الجزية او لا خلافا للشيخ ويستثنى من اسلامه قبل الحول ما لو كان قبل دفع قسط ما مضى من المدة قبل الاسلام فانه لو وجب عدم رده عليه كما لو دفعها بعد الحول وقبل الاسلام واختاره في كره مع احتمال رده بناء على سقوطه كما يسقط المتخلف والفرق تحقق الصغار للمسلم في الثاني دون الاول قوله ويخرجون عن الذمة بمخالفة هذين الشرطين لا فرق في ذلك بين ان يشترط عليهم في العقد او لا وفي حكمها الشرط السادس وهو التزامهم احكام الاسلام لان الصغار لا يتحقق بدونه على المختار من تفسيره فكان ذكره هنا اولى واعلم ان الشرط الاول والاخير لا بد من ذكرهما في عقد الذمة لفظا ولا يجوز الاخلال بهما ولا باحدهما ولا ينعقد عقد الذمة من دونهما واما الشرط الثاني فاطلاق العقد يقتضيه ولا يجب التعرض لذكره ويخالفه ينتقض العهد وان لم يشترط فيه واما باقي الشرائط فانما ينتقض العهد بمخالفتها مع شرطها في متن العقد والا فلا قوله ولو سب النبي قتل الساب وكذا القول في سب باقي الانبياء والملائكة ومثله الامام عندنا ويجوز قتله لكل سامع مع الامن ولا يتوقف على اذن الامام او نائبه ان امكن وينتقض عهده قوله ولو تظاهر وابذلك نقض العهد وقيل لا ينقض به والاقوى انه لا ينتقض الا مع شرطه في العقد والاخلال به وللشيخ قول بعدم النقض به وان شرط عليهم لانه لا ضرر فيه على المسلمين وهو ضعيف ومثله القول في الشرط الخامس والتفصيل فيهما بالشرط وعدمه اقوى قوله وهل لا يرد قتلهم واسترقاقهم ومفاداتهم قيل نعم وفيه تردد ينشأ من انهم دخلوا دار الاسلام بامان فوجب ردهم الى مأمنهم ومن فساد الامان من قبلهم فلم يبق لهم امان ولا شبهة امان فيتخير الامام بين القتل والاسترقاق والمن والفداء وهذا هو الاقوى قوله ويكره ان يبدأ الذمي بالسلام هذا هو المشهور ويظهر من كره التحريم والنهي المطلق في الاخبار يدل عليه وعلى تقدير بداءة الذمي فليقتصر في جوابه على قوله وعليك للخبر وفي كره يرد بغير السلام بان يقول هداك الله او انعم الله صباحك او اطال الله بقاءك ولو ورد بالسلام اقتصر على قوله وعليك انتهى ولو اكمل له الجواب بالسلام فالظاهر الكراهة خاصة ان لم نقل بتحريم ابتدائه به ولو اضطر المسلم الى كونه طبيبا يحتاج اليه ونحو ذلك لم يكره له السلام عليه ولا الدعاء له لصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الكاظم وفيه انه لا ينفعه دعاؤك واما التسليم على باقي الكفار والرد عليهم فلم يتعرضوا له والظاهر تحريمه مع عدم الضرورة وينبغي ان يقول عند ملاقاتهم السلام على من اتبع الهدى كما فعله النبي بمشركي قريش قوله ويستحب ان يضطر الى اضيق الطرق بمعنى منعهم من جادة الطريق اذا اجتمعوا هم والمسلمون فيه واضطرارهم الى طرفه الضيق لقوله لا تبدأوا اليهود والنصارى بالسلام فاذا لقيتم احدهم في طريق فاضطروه الى اضيقه ولكن التضييق عليهم بحيث لا يقعون في وهدة ولا يصدمون جدارا ولو خلت الطريق من زحمة المسلمين فلا بأس بسلوكهم حيث شاؤا قوله لا يجوز استيناف البيع والكنائس في بلاد الاسلام ظاهر كلامهم في هذا المقام ان البيع والكنائس لليهود والنصارى لاشتراكهم في المنع من احداث المعابد ولكن قال في الصحاح ان كل واحدة من البيعة بكسر الباء والكنيسة للنصارى فعلى هذا يكون معبد اليهود محلا لم يذكره وكان عليه التنبيه بذكر باقي المعابد كصومعة الراهب وغيرها من انواع البيوت المتخذة لصلواتهم وعباداتهم لاشتراك الجميع في الحكم وهو المنع من احداثه في ارض المسلمين قوله سواء كان البلد مما استجده المسلمون فانه يقر على حاله مثل كنيسة الروم في بغداد فانها كانت في قرى لاهل الذمة فاقرت على حالها قوله او فتح عنوة و لا بأس بما كان قبل الفتح لا خلاف في المنع من احداث ذلك بالارض المفتوحة عنوة لانها صارت ملكا للمسلمين واما ما كان موجودا قبل الفتح فان هدم من المسلمين وقت الفتح لم يجز تجديده لانه بمنزلة الاحداث في ملك المسلمين وان لم يهدموه فالمشهور وجوب اقراره لهم ولم ينقل المص والاكثر في ذلك خلافا ونقل في كره عن الشيخ ره انه لا يجوز ابقاؤه لما تقدم من الدليل على المنع من الاحداث والعمل على المشهور وقد فتح الصحابة كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا شيئا من الكنائس وحصل الاجماع على ذلك فانها موجودة في بلاد الاسلام من غير نكير وتردد في كره حيث نقل المنع عن الشيخ ساكتا عليه قوله واذا انهدمت كنيسة مما لهم استدامتها جاز اعادتها وقيل لا وجه ان اقرارهم على ابقائها يقتضي الاعادة فانها تخرب على تطاول الازمان ولان الاعادة مساوية للاستدامة ولان المعابد من ضرورات الاديان فاذا اقروا على الدين وامكنوا من اتخاذ المعبد خرج من الابتداء فيبقى الاعادة وفي هذه الوجوه نظر ووجه المنع قوله لا كنيسة في الاسلام قوله ولو كان ذلك جاز علوه مساواته على الاشبه المراد انه لا يعلو على بناء جيرانه دون غيرهم من المسلمين والمنع من العلو موضع وفاق بين المسلمين وانما

واما المساواة فمنعها الشيخ وجماعة لقوله الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولا بأس به ولا فرق بين كون بناء الجار معتدلا او في غاية الانخفاض نعم لو كان نحو السرداب لم يكلف الذمي بتركه لعدم صدق البناء وهل يعتبر في العلو وعدمه نفس البناء او مجرد الهواء نظر وتظهر الفائدة فيما كان بيت الذمي على ارض مرتفعة ودار المسلم منخفضة فعلى الاول يجوز للذمي ان يرفعه بحيث لا يبلغ طول حائط المسلم وعلى الثاني يعتبر ارتفاع الارض عن المسلم من جملة البناء وقطع في س بالاول وجوزه مع انعكاس الحكم ان يرفع الذمي الى ان يقارب دار المسلم وان ادى الى الافراط في الارتفاع وليس ببعيد ثم المنع من ذلك لحق الدين لا لمحض حق الجار فلا يقدح في المنع رضا الجار قوله ولو انهدم لم يجز ان يعلو به بناء على جواز المساواة ابتداء والاجود المنع فيقتصر على الادون قوله ولا غيره من المساجد عندنا ولو اذن لهم لم يصح اذن على البناء للمجهول والمراد بالاذن المسلم اي لا يجوز دخول الذمي في المسجد باجماع الامامية وان اذن له المسلم في الدخول ونبه به على خلاف اكثر العامة حيث جوزوا دخوله باذن المسلم قوله ولا امتيازا هو افتعال من الميرة وهو الطعام او جلبه قوله ولا يجوز لهم استيطان الحجاز على قول مشهور نسبه الى الشهرة لعدم الظفر بنص فيه من طرقنا لكن ادعى في كره عليه الاجماع فالعمل به متعين والقول بتحريم مطلق الحجاز اقوى عملا بدلالة العرف واللغة فيدخل فيه البلدان مع الطائف وما بينهما وانما سمي حجازا لحجزه بين نجد وتهامة بكسر التاء بلد وراء مكة وقد يطلق على مكة تهامة قوله وفي الاجتياز به والامتيار منه تردد ومن اجازه حده بثلاثة ايام منشأ التردد من اطلاق الامر باخراجهم منه ومن ان المتبادر منه منع السكنى والقول بالجواز اشهر وشرط في كره اذن الامام وجوزه الشيخ باذن غيره اما الحرم فلا يجوز لهم دخوله مطلقا قوله ولا جزيرة العرب وقيل المراد بها مكة والمدينة واليمن القول الثاني هو الاشهر بين اهل اللغة وعليه العمل وانما سميت جزيرة لان بحر الهند وهو بحر الحبشة وبحر فارس والفرات احاطت بها وانما نسبت الى العرب لانها منازلهم ومسكنهم ومعدنهم وعدن بفتح الدال بلد باليمن والريف الارض التي فيها زرع وخصب والجمع ارياف وعبادان بفتح العين وتشديد الباء الموحدة جزيرة يحيط بها شعبتان من دجلة والفرات والمخاليف الكور واحدها مخلاف قوله وهي المعاقدة على ترك الحرب مدة معينة اطلاق المعاقدة على ما ذكر يشمل كونها بعوض وغير عوض وكلاهما جائز وبه صرح في كره فانه زاد في التعريف قوله بعوض وغير عوض وفي صد جعل بدل ذلك قوله بغير عوض زيادة على التعريف واراد بذلك ان العوض ليس شرطا فيها لا ان ترك العوض فيها لازم بحيث ينافيها بل يجوز اشتراط العوض فيها وان لم تكن فيه نبه عليه لانه شرط سائغ لا ينافي موضعها قوله وهي جائزة اذا تضمنت مصلحة يمكن ان يريد بالجواز هنا معناه الاعم وهو ما عدا الحرام ليدخل فيه الوجوب فيجوز للامام الهدنة مع المصلحة لكن مع حاجة المسلمين اليها لضعفهم او رجاء تاليف الكفار ودخولهم في الاسلام يجب وبهذا صرح في صد ويمكن ان يريد به معناه الاخص فلا يجب قبولها مط وان كانت جائزة مع المصلحة وبهذا المعنى قطع في كره لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها فتخير المسلم في فعل ذلك برخصته قوله ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة وبما تقدم وان شاء قاتل حتى يلقى الله شهيدا لقوله تعالى وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم قال وكذلك فعل مولانا الحسين والنفر الذين وجههم رسول الله ص وكانوا عشرة فقاتلوا حتى قتلوا قوله او لما يحصل به الاستظهار اي لرجاء حصول ذلك كزيادة القوة قوله ومتى ارتفع ذلك وكان في المسلمين قوة اه اشار بقوله ذلك الى المذكور سابقا وهو اعتبار المصلحة اي ومتى ارتفعت المصلحة في الهدنة لم يجز لوجوب قتال المشركين في كل عام الى ان يسلموا او يدخلوا في الذمة ان كانوا من اهلها وذلك لا يسمى هدنة والمراد بالهدنة الممتنعة ما زادت مدتها عن اربعة اشهر جائزة مع المصلحة وبدونها لان الله تعالى سوغ ترك الحرب في هذه المدة في اية السياحة وانما ترك القيد اتكالا على ما يذكره عن قريب والحاصل ان ترك القتال اربعة اشهر سائغ بالمهادنة وغيرها فاذا طلبوا المهادنة ذلك القدر كان سائغا وفي جوازها اكثر من ذلك خلاف يأتي قوله ولا يجوز اكثر من سنة على قول مشهور تحريم المهادنة وترك القتال مع المكنة اكثر من سنة مما لا خلاف فيه وقد صرح في كره بالاجماع على عدم جوازها اكثر من سنة كما ان جوازها اربعة اشهر فما دون اجماعي ايضا وانما الخلاف فيما بين المدتين فنسبة المص الحكم الاول الى الشهرة ليس بجيد وكان الباعث له على ذلك استضعاف دليله مع عدم تحقق الاجماع عنده وان لم يعلم بالمخالف فان ذلك لا يكون اجماعا كما نبه عليه المص في اوائل المعتبر ووجه ضعف الدلالة ان الشيخ والجماعة احتجوا على ذلك بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فانه اوجب القتال عند الانسلاخ وهو متحقق في كل سنة مرة وفيه ان الامر لا يقتضي التكرار قوله وهل يجوز اكثر من اربعة قيل لا لقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقيل نعم لقوله وان جنحوا للسلم فاجنح لها والوجه مراعاة الاصلح الوجه هو الوجه والجواب عن الاية الاولى ان الامر لا يقتضي الفور عند المحققين والسلم في الاية الثانية بفتح السين وكسرها الصلح يذكر ويؤنث ومن ثم اعاد ضمير لها اليه مؤنثا فان التانيث فيه افصح واللام يجوز ان تكون بمعنى الى لان جنح بمعنى مال فتكون اللام هي المعدية للفعل ويجوز ان تكون معدية للفعل بنفسها وان تكون تعليلية بمعنى من اجلها قوله ولا تصح الى مدة مجهولة ولا مطلقا الا ان يشترط الامام لنفسه الخيار في النقض متى شاء يمكن عود الاستثناء الى كل من الجملتين اعني المتضمنة للمدة المجهولة والمتضمنة للاطلاق لاشتراكهما في الحكم وهو المنع اما في المطلق فلاقتضائه التابيد وهو غير جائز وهو حائز واما في المجهول المدة فلانه عقد يشتمل على اجل فيشترط فيه العلم كغيره دفعا للضرر ووجه الجواز مع شرط الخيار ارتفاع الجهالة الخ فان ذلك واقع بمشية الجميع قوله لكنه يعاد الى زوجها ما سلم اليها من مهر خاصة اه احترز بخاصة عن النفقة وغيرها مما غرم عليها فانه لا يعاد عليه وكذا لا يعاد المهر الا اذا طلبه الزوج او وكيله من الامام او نائبه فيدفع اليه من بيت المال وان كانت عينه باقية ويستفاد من قوله سلم اليها انه لو لم يكن قد سلم اليها المهر او بعضه لم يدفع اليه شيء والامر فيه كذلك عملا بظاهر الاية وشرط بعض الاصحاب مع ذلك كون الطلب في العدة اذ لا زوجية بعد العدة فلا تفويت حتى يعوض عنه بالمهر قوله ولو ماتت قبل المطالبة لم يدفع اليه وفيه تردد منشأه من ان الحيلولة حصلت بالموت فلا يستحق مهرا ومن سبق الاسلام عليه الموجب للحيلولة فيجب ويشكل بان الاستحقاق مشروط بالمطالبة لا بمجرد الحيلولة ولم يتحقق الا بعد الموت فلم يؤثر اذ لم يمنع منها وانما منعه الموت والاقوى انه لا شيء له قوله ولو شرط في الهدنة اعادة الرجال مط قيل يبطل الصلح اه الظاهر من الاطلاق انه لم يقيد شرط اعادة الرجال بعقيد بل اطلق الاعادة ووجه

البطلان تناول الاطلاق من لا يؤمن افتتانه وهو غير جائز ومن امكان حمل المطلق على ما يصح والاقوى البطلان ولو اريد بالاطلاق اشتراط اعانة من يؤمن افتتانه ومن لا يؤمن مصرحا بذلك كان الشرط فاسدا قطعا ويتبعه فساد الصلح على الاقوى ويمكن ان يريد هذا المعنى ويكون نسبة البطلان الى القبل بناء على التردد في فساد العقد المشتمل على شرط فاسد وسيأتي في البيع ما يشعر بتوقف المص في ذلك كما هنا قوله ولا يتولى الهدنة على العموم ولا لاهل البلد والصقع الا الامام او من يقوم مقامه احترز بالعموم عن هدنة غير ما الاحاد المشركين واهل القرية الصغيرة فانه جائز كما مر لان جواز امانهم يتضمن امهادنة على ترك الحرب في الصقع بعض الصقا الناحية قوله اما لو انتقل الى دين يقر اهله قيل يقبل لان الكفر ملة واحدة وقيل لا للاية عدم القبول اقوى لعموم الاية ولا يلزم من كون الكفر ملة واحدة اتحاده مع معارضة الاية والحقوه كالملة الواحدة لا نفس الملة للقطع بانها ملل متعددة متباينة قوله وان عاد الى دينه قبل يقبل وقيل لا وهو الاشبه عدم القبول اقوى لعموم الاية ايضا ولا يلزم من جواز استدامته جواز ابتدائه لمعارضة الاية للثاني دون الاول ولان الاستدامة اقوى من الابتداء فلا يلزم من تأثير التقوية في الاقوى تأثير الضعيف فيه قوله ولو اصر ففي تملك اطفاله قبل لا استصحابا لحالهم الاولى عدم تملكهم اقوى لانه لم يقع بينهم ما يوجب ذلك ووجه التملك تبعيتهم له في الاحكام والعموم ممنوع قوله وان شاء الحاكم دفعه الى اهل نحلته ليقيموا الحد فيه بمقتضى شرعهم هذا اذا كان له مع تحريمه عندهم عقوبة اذ لا يلزم من تحريمه ذلك فيجوز دفعه اليهم سواء وافقوه في العقوبة كما وكيفا ام لا وان لم يكن له عندهم عقوبة تعين حده لئلا يعطل وهذا التقييد هو الظاهر من عبارة المص في تعليله قوله اذا اشترى الكافر مصحفا لم يصح البيع وقيل يصح والاول انسب باعظام الكتب العزيز انما قال انه انسب لعدم وقوفه على دليل صحيح صريح في بطلان العقد وغاية ما فيه التحريم وهو لا يقتضي الفساد في العقود فيصح البيع ويجبر على بيعه لمسلم لكن مناسبة التعظيم لكتاب الله تم تقتضيه والحق الشيخ به كتب الاحاديث النبوية ولا ريب انه احوط واولى قوله لو اوصى ببناء كنيسة او بيعة لم يجز لانها معصية اه المعروف من البيعة والكنيسة كونهما بيتا لعبادتهم فمن ثم لم يجز الوصية لان صلواتهم معصية اما لو جعلها للمارة منهم او من ابناء المسلمين جاز لان مجرد نزولهم ليس بمعصية الا ان في ذلك تجوزا عن مفهوم الكنيسة والبيعة ولو شرك في وصيته بين النزول والصلوة ففي بطلان الوصية في الصلوة خاصة فيبقى نصف الثلث لنزول المارة او بطلها من الثلث ويمنعون من الصلوة فيها وجهان واعلم ان الشهيد ره قيد المنع بكون وصيته في موضع لا يجوز لهم استحداثها فيه فلو كان في ارضهم صحت الوصية والظاهر ان هذا التقييد ليس بشيء بل الكلام انما هو مع جواز احداثهم لان المنع هنا من جهة الوصية حيث اشتملت على محرم فليس لنا ان ننفذها لو ترافعوا الينا لان المراد من صحتها ترتب اثرها عليها وتنفيذها ولو لم يترافعوا الينا لم نتعرض لهم وكذا القول في نظائره قوله ولو اوصى للراهب او القسيس جاز كما يجوز الصدقة عليهما اي يجوز وصية الذمي لهما اذ ليست وصيته في محرم فان الصدقة عليهما وعلى غيرهما من اهل الذمة جائزة والوصية في معناه وضمير عليهما يمكن عوده الى اهل الذمة وان لم يتقدم لهم ذكر لدلالة المقام وسياق الكلام ويمكن عوده الى القسيس والراهب مجازا او بناء على ان اقل الجمع اثنان او الحاقا لهما بالمتعدد بسبب لام الجنس وان كان ذلك لا يخ من تكلف والاول اجود قوله في قتال اهل البغي البغي لغة يطلق على مجاوزة الحد وعلى الظلم وعلى الاستعلاء وعلى الاستطالة وعلى طلب الشيء يقال بغى الشيء اذا طلبه وفي عرف الفقهاء الخروج عن طاعة الامام على الوجه الاتي ويمكن اشتقاق الباغي من كل واحد من المعاني السابقة لمجاوزته للحد المرسوم له ولانه ظالم بذلك ولاستعلائه و استطالته على الامام وطلبه ذلك قوله يجب قتال من خرج على امام عادل اذا ندب اليه الامام اطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق في الخارج بين القليل و الكثير حتى الواحد كابن ملجم لعنه الله وبذلك صرح العلامة في كره وهو قواه وهو حسن واعتبر الشيخ كثرتهم ومنعتهم فلو كان نفرا يسيرا كالواحد والاثنين والعشرة فليسوا اهل البغي بل قطاع طريق ويعتبر مع ذلك خروجهم عن قبضة الامام منفردين عنه في بلد او بادية فلو كانوا معه فليسوا باهل بغي وان يكون لهم تاويل سائغ عندهم والا فهم قطاع طريق حكمهم حكم المحارب قوله واذا قام به من فيه غنى سقط عن الباقين اه الغنى بفتح الغين المعجمة النفع واجراء الكلام في هذه الاحكام كما تقدم في حرب المشركين قوله لا يجوز تملك شيء من اموالهم التي لم يحوها العسكر هذا موضع وفاق وقد ادعى الاجماع على ذلك جماعة من الاصحاب حتى الشهيد ره ومنه يستفاد تحريم اموال سائر فرق الاسلام وان حكم بكفرهم لان هذا الوصف ثابت في البغاة وزيادة مضافا الى ما دل عليه من الكتاب والسنة وكذا يحرم سبي نسائهم وتملك ذراريهم على المشهور قوله وهل يؤخذ ما حواه العسكر مما ينقل ويحول قيل لا لما ذكرناه من العلة وقيل نعم اه القول بالجواز للاكثر ومنهم المص والعلامة في لف ومن حجتهم سيرة علي ع في اهل الجمل فانه قسم بين المقاتلين ثم رده على اربابه والقول بالمنع للمرتضى وابن ادريس وقواه في س محتجا عليه بسيرة علي ع ايضا في البصرة فانه امر برد اموالهم فاخذت حتى القدور كفاها صاحبها لما عرفها ولم يصبر على ربابها والظاهر من الاخبار ان ذلك بطريق المن لا الاستحقاق قوله ومن سب الامام العادل وجب قتله على كل سامع مع الامن وقد تقدم قوله ولو اتلف الباغي على العادل مالا او نفسا في حال الحرب ضمنه المراد بالعادل هنا من كان متابعا للامام وان كان ذميا قوله ومن اتى منهم ما يوجب حدا واعتصم بدار الحرب فمع الظفر يقام عليه الحد نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ذهب الى عدم وجوبه حتى بذلك الحاقا لهم باهل الحرب وهو ممنوع لانه ملتزم بالاسلام ومعتقد وجوب العبادات الاسلامية والحدود الشرعية فيقام عليه كغيره من المسلمين

كتاب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر

المعروف كل فعل حسن اختص بوصف زائد على حسنه اذا عرف فاعله ذلك او دل عليه المراد بالفعل الحسن هنا الجائز بالمعنى الاعم الشامل للواجب والمندوب والمباح والمكروه وقد عرفوه بانه ما للقادر عليه المتمكن من العلم بحاله ان يفعله وما لم يكن على صفة تؤثر في استحقاق الذم ويقابله القبيح وخرج بقوله المختص بوصف زائد على حسنه المباح فانه لا يختص بوصف زائد ولا بد من اخراج المكروه ايضا لانه ليس بمعروف مع دخوله في تعريف الحسن بل فيه حزازة يخرج به وانه يقابل القبيح خاصة والمراد به الحرام وفي خروج المكروه بالوصف الزائد نظر لانه لم يشترط بالوصف كونه راجحا ولا شك ان الوصف المرجوح يطلق عليه اسم الوصف الزائد على الحسن وكانه لما اخرج المباح من المعروف اقتضى خروج المكروه بطريق اولى لكن هذا القدر لا يكفي في صحة التعريف وقوله

اذا عرف فاعله ذلك او دل عليه قيد المعروف من حيث يؤمر به الرفق حيث انه لا ان العلم به شرط في كونه حسنا ومعروفا وقد يطلق الحسن على ما لم يدخل في استحقاق المنع فيتناول الواجب والمندوب خاصة وكان ارادة هذا المعنى هنا اولى ليتحقق خروج المكروه ولا يجوز ان يريد المص هذا المعنى والا لاستغنى عن زيادة القيود في التعريف قوله والمنكر كل فعل قبيح عرف فاعله قبحه او دل عليه المراد بالقبيح الحرام كما مر وتعريفه ما ليس للعالم بحاله القادر على ان يفعله او الكف على صفة تؤثر في استحقاق الذم وعلى هذا فالمكروه خارج من القسمين فلا يتحقق النهي عنه ولا الامر به وكان ينبغي ادراجه في النهي فان النهي عنه مستحب كالامر بالمندوب كما صنع بعض الاصحاب والظاهر ان سبب اهماله عدم دخوله في اللفظين اعني المعروف والمنكر واشتهار استعمال العنوان بهذين اللفظين ويمكن دخوله في المندوب باعتبار استحباب تركه فاذا كان تركه مندوبا تعلق الامر به وهذا هو الاولى قوله ووجوبهما على الكفاية يسقط بقيام من فيه كفاية وقيل بل على الاعيان وهو اشبه ما اختاره المص من وجوبه على الاعيان مذهب الشيخ وتبعه عليه جماعة من المتاخرين عملا بعموم الايات والاحاديث والاقوى الاول لقوله تع ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويامرون بالمعروف وينهون عن المنكر ولان الغرض الشرعي وقوع المعروف وارتفاع المنكر ولا يظهر تعلق الغرض بمباشر معين والعمومات غير منافية لذلك لان الواجب الكفائي يخاطب به جميع المكلفين كالواجب العيني وانما يسقط بقيام بعضهم به عن الباقين حتى لو لم يمكن حصوله الا بقيام الكل وجب القيام على الكل فقد اشتركا في الحكم من هذه الجهة وفي سقوط الوجوب بعد حصول المطلوب من ترك المنكر وفعل المعروف لفقد شرط الوجوب الذي هو اصرار العاصي وانما تظهر فائدة القولين في وجوب قيام الكل به قبل حصول الغرض وان قام به من فيه الكفاية على القول بالوجوب العيني وسقوط الوجوب عمن زاد على من فيه الكفاية من القائمين على القول الاخر بل يظن قيام من فيه الكفاية على ما هو المشهور بينهم وان كان هذا القسم موضع النظر قوله ولا يجب النهي عن المنكر ما لم يكمل شروط اربعة اه لا فرق في الاشتراط بالامور الاربعة بين الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فتخصيصه النهي لا يظهر وجهه وقد يناقش في اعتبار الشرط الاول نظرا الى ان عدم العلم بالمعروف والمنكر لا ينافي تعلق الوجوب بمن لم يعلم وانما ينافيه نفس الامر والنهي حذرا من الوقوع في الامر بالمنكر والنهي عن المعروف وح فيجب على كل من علم بوقوع المنكر او ترك المعروف من شخص معين في الجملة بنحو شهادة عدلين ان يتعلم ما يصح معه الامر والنهي ثم يامر او ينهى كما يتعلق بالمحدث وجوب الصلوة ويجب عليه تحصيل شروطها وح فلا منافاة بين عدم جواز امر الجاهل ونهيه حال جهله وبين وجوبهما عليه كما يجب الصلوة على المحدث والكافر ولا يصح منهما على تلك الحالة قوله وان يجوز تاثير انكاره فلو غلب على ظنه او علم انه لا يؤثر لم يجب المراد بالتجويز في هذا المحل ان لا يكون التاثير عنده ممتنعا بل يكون ممكنا بحسب ما يظهر له من حاله وهذا يقتضي الوجوب ما لم يعلم عدم التاثير وان ظن عدمه لان التجويز قائم مع الظن وهذا هو الذي يقتضيه اطلاق الادلة لكن المص والعلامة اسقطا الوجوب بظن العدم مع فرضهما في اول كلامهما التجويز في الوجوب في من جعل شرط الوجوب امكان التاثير واطلق وهو اجود نعم يمشي ذلك في الشرط الرابع كما ذكره لان الضرر المسوغ للتحرز منه يكفي فيه ظنه كما في نظائره من الموارد الشرعية بخلاف الاول لان غايته ان يظهر عدم التاثير ولا ضرر فيه ومن ثم قيل هنا ان الوجوب عند عدم تجويز التاثير يندفع دون الجواز بل الاستحباب بخلافه مع ظن الضرر فان الجواز يرتفع ايضا مع الوجوب قوله وان يكون الفاعل له مصرا على الاستمرار فلو لاح منه امارة الامتناع سقط الانكار لا اشكال في الوجوب مع الاصرار وانما الكلام في سقوطه بمجرد ظهور امارة الامتناع فان الامارة علامة ضعيفة يشكل معها سقوط الواجب المعلوم وفي س انه مع ظهور الامارة يسقط قطعا ويلحق بعلم الاصرار اشتباه الحال فيجب الانكار وان لم يتحقق الشرط الذي هو الاصرار ومثله القول في الامر بالمعروف وينبغي عند فقد هذا الشرط مع سقوط الوجوب ثبوت تحريمه ايضا وكذا القول في الشرط الرابع قوله ومراتب الانكار ثلث بالقلب وهو يجب وجوبا مط اعلم ان الانكار القلبي يطلق في كلامهم على معنيين احدهما ايجاد كراهة المنكر في القلب بان يعتقد وجوب المتروك وتحريم المفعول مع كراهته للواقع والثاني الاعراض عن فاعل المنكر واظهار الكراهة له بسبب ارتكابه والمعنى الاول يجب على كل مكلف لانه من مقتضى الايمان واحكامه سواء كان هناك منكر واقع ام لا وسواء جوز به التاثير ام لا الا ان هذا المعنى لا يكاد يدخل في معنى الامر بالمعروف ولا النهي عن المنكر لاقتضائهما طلب الفعل او الترك ولا طلب في هذا المعنى فلا يعد معتقده امرا ولا ناهيا بخلاف المعنى الثاني فان الانكار والطلب يتحققان في ضمنه ووجوبه مشروط بالشرائط المذكورة لانه يظهر على فاعله حينا ويجري فيه خوف ضرر وعدمه ومن هذا يعلم ان المعنى الاول لا يدخل في اطلاق قوله ولا يجب النهي ما لم يستكمل شروطا اربعة اذا تقرر ذلك فقول المص ومراتب الانكار ثلث بالقلب وهو يجب وجوبا مطلقا ان اراد به المعنى الاول كما هو الظاهر من الاطلاق اشكل دخوله في مراتب الانكار والنهي وبان هذا القسم لا يشترط بالشروط المذكورة مع دخوله في مطلق النهي او لا واخرا الا ان يقال قيد الاطلاق هنا في قوة الاستثناء مما تقدم وان اراد به المعنى الثاني كما يشعر به قوله ويجب دفع المنكر بالقلب اولا كما اذا عرف انه لم يكن للتقييد بالاطلاق فائدة لان اظهار الكراهة الذي جعله معنى الانكار القلبي ثانيا مشروط بتجويز التاثير وانتفاء المفسدة كغيره من باقي المراتب بغير اشكال فاللازم حينئذ اما ترك الاطلاق او ترك التشبيه بقوله كما اذا عرف ان فاعله يرتدع به ويمكن ان يكون ره قد حاول ذكر المعنيين معا فاشار الى الاول بالاطلاق والى الثاني بالتمثيل المذكور الا ان نظم العبارة بذلك غير جيد وكذلك عبارة العلامة في سائر كتبه بل فيها ما هو ازيد تهافتا فانه صرح بجعل الواجب القلبي المطلق هو اظهار الاعراض وكان الاولى في ذلك كله ترك قيد الاطلاق وارادة المعنى الثاني لانه هو الذي يدخل في حقيقة الطلب ويكون منه في الامر والنهي قوله ولو لم يرتفع الا باليد مثل الضرب وما شابهه جاز ويجب قبله الاقتصار على الاسهل فالاسهل كما في اللسان فلا يرتقي الى الضرب مع حصول الغرض بدونه وجعل الضرب مثالا تنبيها على ان عمل اليد لا ينحصر فيه بل يمكن تاديه بنحو فرك الاذن وغمز اليدين والمراد بالجواز في قوله جاز معناه الاعم لان الانتقال الى ذلك حين لا ينفع اللسان واجب قوله ولو افتقر الى الجرح او القتل هل يجب قيل نعم اه القول الاول للسيد المرتضى ره وتبعه عليه العلامة في لف والتحرير لعموم الاوامر واطلاقها ولان القتل والجرح غير مطلوبين بالذات وهو حسن بالنسبة الى الجرح اما القتل فغير واضح لان الادلة لا تفيده ولو افاد

اليك وما انزل من قبلك يريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت والاخبار في ذلك كثيرة اذا تقرر ذلك فيجب
كفاية التعين على دفع ذلك وان كان الحكم بالمتخاصمين آكد قوله ولو نصب الجائر قاضيا مكرها له جاز الدخول
معه دفعا لضرره لكن عليه اعتماد الحق والعمل به ما استطاع انما يتوقف الجواز على الاكراه مع عدم
اتصاف الحاكم بشرائط الفتوى وتمكنه من اجراء الاحكام على وجهها الشرعي والامر با
لمعروف والنهي عن المنكر والا جاز قبول الولاية بل قد يجب وبدون ذلك لا يجوز
الا مع الاكراه ويتحقق مع الخوف من المخالفة على نفسه او ماله او عرضه و
يختلف ذلك بحسب اختلاف احوال الناس في احتمال الاهانة ومحلها
قوله وان اضطر الى العمل بمذاهب اهل الخلاف جاز اذا لم يمكن
التخلص من ذلك ما لم يكن قتلا لغير المستحق لا فرق
في ذلك بين القضية الشرعية وغيره ويجب عليه
ح التملق من مذاهب اهل الخلاف
بالاقرب الى الحق فالاقرب
اذا امكنه فقد ورد
عن زين العابدين
علي بن الحسين اذا كنتم في ائمة جور فامضوا
في احكامهم ولا تشهروا انفسكم في ذلك فتقتلوا
ولو حكم بمذهب اهل الخلاف مع امكان
انفاذه بالحق كان اثما ضامنا وقد تقدم
الكلام في استثناء القتل والجرح من الاكراه
فانه لا تقية فيه والله الموفق والحمد لله
اولا واخرا

في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر واقامة الحدود

معنى الامر والنهي هنا اذ الغرض من هذه المراتب ارتكاب المامور او المنهي لما طلب منه وشرطه تجويز التاثير وهو لا يتحقق مع القتل وكونه مؤثرا في غير المامور والمنهي غير كاف
لان المعتبر بالذات هو ان الشرط معتبر فيه خاصة والقول الثاني اشهر لكن دليله في غير القتل غير واضح وعلى القول بالمنع يجوز ذلك للفقيه الجامع لشرائط الفتوى
ان سوغنا له اقامة الحدود حال الغيبة قوله ويجوز للمولى اقامة الحد على مملوكه جواز اقامة السيد الحد على مملوكه هو المشهور بين الاصحاب لم يخالف
فيها الا الشاذ وشرطه العلم بمقادير الحدود لئلا يتجاوزه ومشاهدة الموجب او اقرار المملوك الكامل به اما ثبوته بالبينة فيتوقف على الحاكم الشرعي واطلاق
المولى يشمل الذكر والانثى وعبر الشيخ ره بالانسان الشامل لهما ايضا وكذا يشمل الحر والعبد ويتردد في اقامة المراة على رقيقها والمكاتب على رقيقه و
الفاسق مط واراد المص بعدم الامام عدم ظهوره وبسط يده وهو حال الغيبة وان كانت العبارة غير جيدة قوله وهل يقيم الرجل الحد على ولده وزوجته
فيه تردد منشا التردد من دعوى الشيخ ورود الرخصة في ذلك ومن اصالة المنع وعدم ظهور موجب الرخصة وقد ظهر بذلك ان المنع اقوى ويظهر من لفظ ان
موضع النزاع ما لو كان الاب والزوج بل المولى فقيها وحينئذ فيتجه الجواز لما سياتي من جواز اقامة الفقيه الحدود في حال الغيبة ولا فرق في الزوجة بين الدائم
والمنقطع ولا في الزوجين بين الحرين والعبدين والمتفرقين فيجتمع على الامة ولاية الزوج والسيد ولا فرق في الحد بين ما يوجب الجلد او الرجم او القتل ولا
بشرط الدخول قوله ولو ولي وال من قبل الجائر اه ظاهر كلام الاصحاب وصرح بعضهم ان هذا المتولي غير فقيه شرعي وانما جاز له اقامة الحدود على اهلها
تقية للجائر كما يجوز التقية في غير الحدود كالفتوى والعبادة واوجبوا عليه ان ينوي النيابة عن الامام الحق لا الجائر ويقرب في ذلك ان يبلغ الامر حدا الاجبار
او كان فقيها والا فالمنع اقرب ولا يتحقق قصد النيابة عن الامام مع عدم اتصاف النائب بصفات الفتوى فيكون القصد غير مؤثر في التجويز ولو
اعتبر الفقيه لم يكن لافراده عن تولي الفقهاء في حال الغيبة اقامة الحدود كما سياتي ان شاء الله نكتة وجه الآن يقال انه باعتبار صورة النيابة عن الجائر يتوهم المنع
وان جاز هناك وهو ضعيف قوله ما لم يكن قتلا ظلما فانه لا تقية في الدماء الحق به الشيخ ره الجرح وهو مناسب لتعليل المص فان التقية المنفية في الدماء
نكرة في سياق النفي فيعم وفي بعض النسخ لا تقية في قتل النفوس فيخرج الجرح الذي لا يفضي اليه ولا يحضرني مستند ارتب عليه الحكم قوله وقيل يجوز للفقهاء
العارفين اقامة الحدود اه هذا القول مذهب الشيخين ره وجماعة من الاصحاب وبه رواية عن الص في طريقها ضعف لكن رواية عمر بن حنظلة مؤيدة لذلك
فان اقامة الحدود ضرب من الحكم وفيه مصلحة كلية ولطف في ترك المحارم وحسم لانتشار المفاسد وهو قوي ولا يخفى ان ذلك مع الامن من الضرر عليه وعلى غيره
من المؤمنين قوله ولا الحكم بين الناس الا عارف بالاحكام اه المراد بالعارف المذكور الفقيه المجتهد وهو العالم بالاحكام الشرعية بالادلة التفصيلية وجملة
شرائطه مفصلة في مظانها وهذا الحكم وهو عدم جواز الحكم لغير المذكور موضع وفاق بين اصحابنا وقد صرحوا فيه بكونه اجماعيا وفي حكمه الافتاء والفرق بينهما
ان الحكم انشاء قول في حكم شرعي يتعلق بواقعة شخصية كالحكم على زيد بثبوت دين لعمرو في ذمته والفتوى حكم شرعي على وجه كلي كالحكم بان قول ذي اليد
مقدم على الخارج مع اليمين او اخبار عن حكم معين بحيث يمكن جعله كليا كقوله صلوة زيد باطلة لانه تكلم فيها عمدا فانه وان كان حكما جزئيا لكن يمكن جعله كليا
بحيث يكون هذا الجزئي من جملة افراده كقوله كل من تكلم في صلوته عمدا بطلت صلوته بخلاف الحكم وانما يمنع الفتوى لغير المتصف اذا اسندها الى نفسه ولو نقل
بحيث لا يتميز اما اذا اسندها عن مجتهد يجوز العمل بفتواه فان ذلك جائز ويجوز التمسك بقوله مع عدالته الا ان مثل هذه الحكاية لا تعد فتوى بل حكاية
لها او رواية ولو اطلق عليه الفتوى كان مجازا وقد صرح الاصحاب في هذا الباب من كتبهم المختصرة والمطولة وفي غيره باشتراط حيوة المجتهد في جواز العمل بقوله
وان الميت لا يجوز العمل بقوله ولم يتحقق الى الآن في ذلك خلاف ممن يعتد بقوله من اصحابنا وان كان للعامة في ذلك خلاف مشهور ويتحقق المسألة في
موضع اخر قوله ومع اتصاف المتعرض للحكم بذلك يجوز الترافع اليه اه المشار اليه بذلك هو كونه عارفا بالاحكام مط على ماخذها على الوجه المعتبر والاصل
في ذلك ما رواه عمر بن حنظلة قال سألت ابا عبد الله ع عن رجلين من اصحابنا يكون بينهما منازعة فتحاكما الى السلطان والى القضاة ايحل ذلك فقال
من تحاكم الى الطاغوت فحكم له فانما ياخذ سحتا وان كان حقه ثابتا لانه اخذه بحكم الطاغوت وقد امر الله ان يكفر بها قلت كيف يصنعان قال انظروا
الى من كان منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حاكما فاني قد جعلته عليكم حاكما فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما
بحكم الله استخف وعلينا رد والراد علينا راد على الله وهو على حد الشرك بالله عز وجل ونحوه اخبار اخر وقد استنبط الاصحاب الشرائط المعتبرة
في الاجتهاد من هذا الحديث بل من قوله وعرف احكامنا فان معرفتها يتوقف على ما ذكر ودل ايضا على ان كل من كان متصفا بذلك فهو منصوب من قبله
على وجه كلي ومن هذا شانه لا ينعزل بموت الامام الناصب له وان كان في بعض موت المنصوب على الخصوص خلاف اذا تقرر ذلك فيجب على من عرف الاحكام
على الوجه المذكور الحكم والافتاء كفاية كما يجب عليه تحصيل تلك المرتبة كذا على المشهور وقيل ان وجوب تحصيلها عيني وهو ضعيف لكن قد يصير
الواجب الكفائي عينيا كما اذا لم يكن ثم قائم به فانه يجب على الجميع النهوض اليه الى ان يوجد من فيه الكفاية ولا يكفي ظن وصول الناهض الى المط
فانه على كل منهما وانما يجب عليه الافتاء والحكم اذا لم يخف على نفسه او على احد المؤمنين والا لم يجب التعرض اليه بحال قوله ولو امتنع واثر
المضي الى قضاة الجور كان مرتكبا للمنكر الضمير المستتر يعود الى الخصم الذي دعاه خصمه الى قاضي الحق فانه مع اختياره المضي الى قاضي الجور يكون مرتكبا
المنكر فاسقا لان ذلك كبيرة عندنا وكذا القول في المدعي اذا قدم غريمه ابتداء اليهم مع امكان تحصيل حقه بغيرهم وقد روى الشيخ في الصحيح
عن عبد الله بن سنان عن الصادق ع قال ايما مؤمن قدم مؤمنا في خصومة الى قاض او سلطان جائر فقضى عليه بغير حكم الله فقد شركه في الاثم وعن
ابي بصير قال قلت لابي عبد الله ع قول الله عز وجل ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام فقال يا ابا بصير ان الله عز وجل قد علم ان في
الامة حكاما يجورون اما انه لم يعن حكام العدل ولكنه عنى حكام الجور يا ابا محمد انه لو كان لك على رجل حق فدعوته الى حاكم اهل العدل
فابى عليك الا ان يرافعك الى حكام اهل الجور ليقضوا له كان ممن حاكم الى الطاغوت وهو قول الله عز وجل الم تر الى الذين يزعمون انهم امنوا بما انزل

كتاب التجارة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة على سيدنا محمد وآله الطاهرين **في العقود** وفيه خمسة عشر كتابا قوله **كتاب التجارة** قد سبق في كلام المص في ذكر التجارة كثيره ما يدل على ان المراد بالتجارة عقد المعاوضة لقصد الاكتساب عند التملك فاعتبر فيها قصد الاكتساب فان اراد وانها هنا هذا المعنى ففي كثير من افرادها المذكورة في هذا الكتاب استطراد فان هذه الاقسام المعدودة لها اعم من كونها بقصد الاكتساب او القوت او الادخار وان اراد وانها هنا ما هو اعم مما سبق لينطابق جميع الافراد المذكورة كانت التجارة في اصطلاحهم من الالفاظ المشتركة وهو خلاف الظاهر بل المعروف كون التجارة ماخوذا في مفهومها اراده الاسترباح والتكسب كما سبق فالاستطراد فيما خرج عن ذلك اولى ويتفرع العبارة امر آخر وهو ان المص ره قد جعلها في صدر الكتاب شاملة للبيع والصلح والاجارة وغيرها من عقود المعاوضات كما يعلم ذلك من تضاعيف الاقسام ثم عقدها بعد ذلك للبيع خاصة الى آخر الكتاب ولا يخفى ما فيه من التجوز وكان الانسب كما فعل الشيخ والشهيد ره في بيان يعنون الفصل الاول من الكتاب بكتاب المكاسب فان الاقسام المذكورة كلها افراد المكاسب اعم من البيع وغيره ثم يذكر بعد ذلك كتاب البيع الذي هو بعض ما يحصل به على بعض الوجوه وهو ما لو قصد به التكسب فلو قصد به القنية او القوت لم يكن داخلا في المكاسب بالمعنى المتقدم وح فبين البيع والمكاسب عموم وخصوص من وجه يجتمعان في بيع الاعيان المكتسب بها وينفرد البيع بقصد القنية ونحوها وينفرد المكاسب بتحصيلها بالمنافع والصلح ونحوه

قوله فيما يكتسب به وينقسم الى محرم ومكروه ومباح قد جعل المص الاقسام ثلثة كما ترى وذكر جماعة انقسامها الى الاحكام الخمسة باضافة الوجوب والندب وعدوا من الواجب ما يضطر اليه لمؤنته ومؤنة عياله ومن المندوب ما يقصد به التوسعة عليهم بحيث يندفع به الحاجة بغيره وكل من القسمين حسن وان كان ما هنا الحسن اذ لا خلل في الثلثة ولا تداخل في الخمسة فان مورد القسمة في الثلثة ما يكتسب به وهو العين والمنفعة وظاهر ان الوجوب والندب لا يرد عليهما من حيث انهما عين خاصة ومنفعة بل بسبب امر عارض وهو فعل المكلف ومورد القسمة الاكتساب الذي هو فعل المكلف ومن شانه ان يقبل القسمة الى الخمسة فيما يمكن فيه تساوي الطرفين باعتبار العوارض اللاحقة له واعلم ان غرض الفقيه بالذات من مباحث العقود حكمها من حيث تصح وتفسد واما من حيث تجب او تندب ليترتب عليها الثواب فهو من وظائف العبادات او من حيث تحرم فيترتب عليها العقاب فهو بالعبادة اشبه من حيث وجوب تركها لكن لا محذور في ذكر ذلك هنا استطرادا باعتبار اختلاف جهة المكاسب فانها تكون عبادة من جهة ومعاملة من اخرى وكذا باقي العقود كالصلح والاجارة ومثله النكاح قوله والانبذة جمع نبيذ وهو الشراب المخصوص المسكر المعمول من التمر وجمعه باعتبار تعدد افراده او غلب على باقي المسكرات المعمولة من الارز والذرة وغيرهما اسم النبيذ وان اختص باسم آخر وضابط المحرم هنا كل مسكر مايع بالاصالة وفي حكمه الجامدات كالحشيشة ان لم يفرض لها نفع آخر وقصد بيعها للمنفعة المحللة قوله وكل مايع نجس عدا الادهان لفائدة الاستصباح بها تحت السماء بناء على ان المايعات النجسة لا تقبل التطهير بالماء فانه اصح القولين ولو قلنا بقبولها الطهارة جاز بيعها مع الاعلام بحالها ولا فرق في عدم جواز بيعها على القول بعدم قبولها الطهارة بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه وعدمه ولا بين الاعلام بحالها وعدمه على ما نص عليه الاصحاب وغيرهم واما الادهان النجسة بنجاسة عارضة كالزيت يقع فيه الفارة فيجوز بيعها لفائدة الاستصباح بها وانما لم يرج هذا الفرد بالنص والا كان ينبغي مساواتها لغيرها من المايعات النجسة التي يمكن الانتفاع بها في بعض الوجوه وقد الحق بعض الاصحاب ببيعها للاستصباح بها التحلل ما يرثنا ولتدهن بها الاجرب ونحو ذلك ويشكل بانه خروج عن مورد النص المخالف للاصل فان جاز لتحقق المنفعة فينبغي مثله في المايعات النجسة التي ينتفع بها كالدبس يطعم للنحل ونحوه والمشهور بين الاصحاب تقييد جواز الاستصباح بها بكونه تحت السماء بل ادعى عليه ابن ادريس الاجماع وفي الحكم بالتقييد نظر وفي دعوى الاجماع منع والاخبار الصحيحة مطلقة والمقيد لها بحيث يجب الجمع بينهما غير معلوم فالقول بالجواز مطلقا متجه واليه ذهب الشيخ في ط والعلامة في لف وموضع الخلاف ما اذا كان الدهن متنجسا بالعرض فلو كان نجسا بنجاسة كاليات الميتة والمبانة من الحي لم يصح الانتفاع به مطلقا لاطلاق النهي عن استعمال الميتة ونقل الشهيد ره عن العلامة جواز الاستصباح به تحت السماء وهو ضعيف واعلم انه على القول باختصاص جواز الاستصباح بالدهن النجس بتحت السماء فهو تعبد محض لا لنجاسة دخانه فان دخان الاعيان النجسة عندنا طاهر لاستحالته كرماده وفي لف استبعد استحالته كله وجوز تصاعد شيء من اجزاء الدهن قبل احالة النار له بسبب السخونة المكتسبة من النار الى ان يلقى الظلال فيتاثر بنجاسته وجعله وجه المنع من استعماله تحت الظلال ثم افتى بالجواز مطلقا ما لم يعلم او يظن بقاء شيء من اعيان الدهن وحيث جاز استعماله على بعض الوجوه جاز بيعه لعالم بحاله ولو باعه من دون الاعلام قبل صح البيع وفعل حراما وتخير المشتري لو علم ويشكل الجواز بناء على تعليله بالاستصباح فان مقتضاه الاعلام بالحال والبيع لتلك الغاية

قوله

قوله والميتة مجموعها من حيث هو مجموع وفي حكمه اجزائها التي تحلها الحيوة وهي التي يصدق عليها الموت حقيقة اما ما لا تحله الحيوة منها فيجوز بيعه اذا كانت طاهرة ويمكن ان يريد بالميتة مسلوب الحيوة مما تحله منها فيشمل الجملة والاجزاء المبانة من الحي قوله والارواث والابوال مما لا يؤكل لحمه وربما قيل بتحريم الابوال كلها الا ابوال الابل والاول اشبه لا اشكال في عدم جواز بيع بول وروث ما لا يؤكل لحمه لنجاسته وخبثه وان فرض له نفع لندوره واما روث وبول ما يؤكل لحمه فقد ذهب جماعة الى جوازه مطلقا نظرا الى انه عين طاهرة ينتفع بها واخرون الى المنع من بيع العذرات والابوال كلها لاستخباثها الا ابوال الابل للاستشفاء بها وللنص عليها والاول اقوى خصوصا في العذرات للانتفاع بها في الزرع وغيره نفعا بينا مع طهارتها واما الابوال فكذلك ان فرض لها نفع مقصود والا فلا وقول المص والاول اشبه يريد بالاول ما دل عليه القول الاول بمفهومه اذ منطوقه المنع من بيع الارواث والابوال مما لا يؤكل لحمه وهذا مما لا شبهة فيه انما الكلام في اختصاص الحكم به حتى يجوز بيع ذلك مما يؤكل لحمه وذلك غير مذكور في القولين معا لكنه مفهوم من القول الاول فانه مفهوم الوصفي جواز بيع ذلك مما يؤكل لحمه فيعود الاشبه اليه باعتبار دلالة المفهومية لا باعتبار منطوقه وهو تحريم ذلك مما لا يؤكل لحمه فانه موضع وفاق وغير مناف للقول الثاني قوله وجلد الكلب وما يكون عنه والخنزير وجميع اجزائه نبه بتخصيص جلد الكلب وما يكون منه بعد تعميم الحكم في الخنزير وجميع اجزائه على ان جملة الكلب يجوز بيعها على وجه من الوجوه بخلاف اجزائه منفردة كجلده فانه لا يجوز بيعها كالخنزير وضمير ما يكون منه يمكن عوده الى الجلد بمعنى تحريم بيع ما يتخذ من جلده من الدلو وغيرها لعدم وقوع الذكاة عليه فيتساوى الحكم جميع الآلات والى الكلب بمعنى تحريم بيع ما يكون منه اي من الكلب بمعنى تحريم بيع اجزائه من عظم وغيره فيكون اشارة الى المنع من بيع الاجزاء دون الجملة بخلاف الخنزير وكلا المعنيين صحيح قوله ما يحرم لتحريم ما قصد به كآلات اللهو الات اللهو ونحوها ان لم يمكن الانتفاع بها في غير الوجه المحرم ولم يكن لمكسورها قيمة فلا شبهة في عدم جواز بيعها لانحصار منفعتها في المحرم وان امكن الانتفاع بها في غير الوجه المحرم على تلك الحالة منفعة مقصودة واشتريها لتلك المنفعة لم يبعد جواز بيعها الا ان هذا الغرض نادر فان الظاهر ان ذلك الوضع المخصوص لا ينتفع به الا في الحرام غالبا والنادر لا يقدح ومن ثم اطلقوا المنع من بيعها ولو كان لمكسورها قيمة وباعها صحيحة ليكسر وكان المشتري ممن يوثق بديانته ففي جواز بيعها ح وجهان وقوى في كره جوازه مع زوال الصفة وهو حسن والاكثر اطلقوا المنع وهل الحكم في اواني الذهب والفضة كذلك يحتمله بناء على تحريم عملها والانتفاع بها في الاكل والشرب وعدمه لجواز اقتنائها للادخار وتزيين المجلس والانتفاع بها في غير الاكل والشرب وهي منافع مقصودة وفي تحريم عملها مطلقا نظر قوله وهياكل العبادة المبتدعة كالصليب والصنم الاصل في الهيكل انه بيت الصنم كما نص عليه الجوهري وغيره واما اطلاقه على نفس الصنم فلعله من باب المجاز اطلاقا لاسم المحل على الحال قوله وما يفضي الى مساعدة على محرم كبيع السلاح لاعداء الدين لا فرق في اعداء الدين بين كونهم مسلمين او كفارا لاشتراكهم في الوصف وهو الاعانة على المحرم المنهي عنه ومنهم قطاع الطريق ونحوهم وانما يحرم مع قصد المساعدة او في حال الحرب او التهيؤ له اما بدونهما فلا ولو باعهم ليستعينوا به على قتال الكفار لم يحرم كما دلت عليه الرواية وهذا كله فيما يعد سلاحا كالسيف والرمح اما ما يعد جنة كالبيضة والدرع ولباس الفرس المسمى بالتخفاف بكسر التاء فلا يحرم وعلى تقدير النهي عن البيع لو باع هل يصح ويملك الثمن ام يبطل قولان اظهرهما الثاني لرجوع النهي الى نفس العوض قوله واجارة المساكن والسفن للمحرمات وبيع العنب ليعمل خمرا المراد بيعه لاجل الغاية المحرمة سواء اشترطها في نفس العقد ام حصل الاتفاق عليها فلو باعها لمن يعملها بدون الشرط فان لم يعلم انه يعملها كذلك لم يحرم على الاقوى وان كره وان علم انه يعملها ففي تحريمه وجهان اجودهما ذلك والظاهر ان غلبة الظن كذلك وعليه تنزل الاخبار المختلفة ظاهرا قوله ما لا ينتفع به كالمسوخ بناء على عدم وقوع الذكاة عليها اما لو جوزنا جاز بيعها لمن يقصد منفعتها بذكوة وكذا لو اشتبه القصد حملا لفعل المسلم على الصحيح ولو علم منه قصد منفعة محرمة كلعب الدب والقرد لم يصح ولو قصد منه حفظ المتاع امكن جوازه لذلك وعدمه لانه منفعة نادرة وغير موثوق بها وبه قطع العلامة قوله وفي الفيل تردد والاشبه جواز بيعه للانتفاع بعظمه وجه التردد من عدم وقوع الذكاة عليه كما في المسوخ بناء على ذلك ومن عظم الانتفاع بعظمه وورود النص به وان المص كان لم يمنعه مطلقا والاقوى جواز بيعه قوله كالجري هو بكسر الجيم وتشديد الراء مكسورة سمك طويل املس لا فلس له وليس من المسوخ بحرمته غيره وضم المعوص فقوله والسلاحف معطوف على المسوخ وهو مغاير لها والتقدير لا يجوز بيع ما لا ينتفع به كالمسوخ والضفادع والسلاحف قوله والطافي هو من السمك المحلل ما مات في الماء وصف بذلك لانه اذا مات فيه طفا على وجهه قوله والسباع كلها وقيل يجوز بيع السباع كلها تبعا للانتفاع بجلدها او بشها وهو الاشبه هذا القول هو الاقوى لوقوع الذكاة عليها وكونها طاهرة منتفعا بها وقول المص الا الهر والجوارح اه استثناء من القول بالمنع من بيع السباع ويفهم منه انهما مستثناة على القولين وليس بجيد بل هو قد قيل بعدم جواز شيء من السباع المذكورة ومنهم من استثنى الفهد خاصة ومنهم من استثنى الفهد وسباع الطير خاصة فما حكاه المص او لا من المنع والاستثناء هو احد الاقوال في المسئلة ولعل تخصيصه من بين الاقوال لقوته حيث وقع النص الصحيح على جواز بيع الفهد وسباع الطير فاستضعف كما بخلافه مع ضعف مستنده واما الهر فنسب جواز بيعه في كره الى علمائنا وهو يعطي الاتفاق عليه فاستثنائه هنا ويؤيد ذلك قول الص لا باس بثمن الهر قوله كعمل الصور المجسمة اطلاق الصور يشمل ذوات الارواح وغيرها كصور الشجر والتقييد بالمجسمة يخرج الصور المنقوشة على نحو البساط والورق وقد صرح جماعة من الاصحاب بتحريم التماثيل المجسمة وغيرها وخصها آخرون بذوات الارواح المجسمة والذي رواه الصدوق في كتاب عقاب الاعمال في الصحيح عن ابي عبد الله ع انه قال ثلثة يعذبون يوم القيمة وعد منهم من صور صورة من الحيوان يعذب حتى ينفخ فيها وليس بنافخ فيها وهذا يدل باطلاقه على تحريم تصوير ذوات الارواح مطلقا ولا دليل على تحريم غيرها وهذا هو الاقوى قوله والغناء الغناء بالمد مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب فلا يحرم بدون الوصفين اعني الترجيع مع الاطراب وان وجد احدهما كذا عرفه جماعة من الاصحاب ورده بعضهم الى العرف فما سمي فيه غناء يحرم وان لم يطرب وهو حسن ولا فرق في ذلك بين كونه في شعر وقرآن وغيرهما واستثني منه الحداء بالمد وهو سوق الابل بالغناء لها وفعل المرأة له في الاعراس اذا لم تتكلم بالباطل ولم تعمل بالملاهي ولم

بيع صورها الاجانب من الرجال وذهب جماعة من الاصحاب منهم العلامة في كرة الى تحريم الغناء مطلقا استنادا الى اخبار مطلقة ووجوب الجمع بينها وبين ما دل على الجواز هنا من الاخبار الصحيحة متعين حينئذ اشتراط المفيد قوله ومعونة الظالمين بما يحرم احترز بهم عن مساعدتهم بالاعمال المحللة كالخياطة و غيرها فانه جائز وان كان اخذ الاجرة منه مكروها من حيث معاملة الظالمين قوله ونوح النائحة بالباطل يتحقق نوحها بالباطل بوصفها الميت بما ليس فيه ويجوز بالحق اذا لم يسمعها الاجانب قوله وحفظ المراد حفظها من النسيان او على ظهر القلب وكذا نسخها لغير النقض والحجة على اهلها لمن له اهلية لها او لا مطروفا على ضعفاء البصيرة من الشبهة ومثله نسخها وكذا يجوزان للتقية وبدونها يجب اتلافها ان لم يمكن افراد مواضع الضلال والا اقتصر عليها حذرا من اتلاف ما بعد ما لا من الجلد والورق اذا كان لمسلم او محترم المال كالمعاهد قوله وهجاء المؤمنين هو بكسر الهاء والمد ذكر المعايب بالشعر وخرج بالمؤمنين غيرهم فيجوز هجاؤه كما يجوز لعنه ولا فرق في المؤمن هنا بين الفاسق وغيره اللهم الا ان يدخل هجاء المتجاهر في مراتب النهي عن المنكر بحيث يتوقف دفعه عليه فيمكن جوازه حينئذ قوله وتعلم السحر هو كلام او كتابة او رقية او اقسام او عزائم ونحوها يحدث بسببها ضرر على الغير ومنه عقد الرجل عن زوجته بحيث لا يقدر على وطئها والقاء البغضاء بينهما ومنه استخدام الملائكة والجن واستنزال الشياطين في كشف الغائبات وعلاج المصاب واستحضارهم وتلبيسهم ببدن صبي او امرأة وكشف الغائب على لسانه فتعلم من ذلك واشباهه وعمله وتعليمه كله حرام والتكسب به سحت ويقتل مستحله ولو تعلمه ليتوقى او ليدفع به المتنبي بالسحر فالظاهر جوازه وربما وجب على الكفاية كما اختاره الشهيد في دروسه ويجوز حله بالقرآن والاقسام كما ورد في رواية العلا وهل له حقيقة او هو تخييل الاكثر على الثاني ويشكل بوجدان اثره في كثير من الناس على الحقيقة والتأثر بالوهم انما يتم لو سبق للقابل علم بوقوعه ونحن نجد اثره فيمن لا يشعر به اصلا حتى يضر به ولو حمل تخييله على ما يظهر من تأثيره في حركات الحيات والطيران ونحوهما امكن لا في مطلق التأثير به واحضار الجان وشبه ذلك فانه امر معلوم لا يتوجه دفعه قوله والكهانة هي بكسر الكاف عمل يوجب طاعة بعض الجان له واتباعه له بحيث يأتيه بالاخبار الغائبة وهو قريب من السحر قوله والقيافة هي الاستناد الى علامات ومقادير يترتب عليها الحاق بعض الناس ببعض ونحوه وانما يحرم اذا جزم به او رتب عليه محرما قوله والشعبذة عرفوها بانها الحركات السريعة التي يترتب عليها الافعال العجيبة بحيث يلتبس على الحس الفرق بين الشيء وشبهه لسرعة الانتقال منه الى شبهه قوله والقمار هو اللعب بالآلات المعدة له كالنرد والشطرنج ومنه اللعب بالخاتم والجوز ونحوهما وما يترتب على ذلك كله من التكسب حرام يجب رده على مالكه ولو فعله الصبيان فالمكلف برده الولي ولو جهلها لكن اصلا تصدق به عنه ولو انحصر في قوم معينين وجب محاللتهم ولو بالصلح قوله والغش بما يخفى احترز به عما لا يخفى كمزج الحنطة بالتراب و جيدها برديها ونحو ذلك فانه لا يحرم وان كره ثم على تقدير الخفاء فالبيع صحيح وحكمه حكم ما لو ظهر في المبيع عيب من غير الجنس وربما احتمل البطلان بناء على ان المقصود بالبيع من اللبن والجاري عليه العقد هو المشوب فيكون كما لو باعه هذا الفرس فظهر حمارا وقد ذكروا في هذا المثال اشكالا من حيث تغليب الاشارة او الاسم والفرق بينه وبين ما نحن فيه واضح قوله وتدليس الماشطة اي تدليسها المرأة باظهار محاسن ليست فيها من تحمير وجهها ووصل شعرها ونحوه ومحرم اذا لم يعلم به الزوج كما دلت عليه العبارة ومثله ما لو فعلت المرأة بنفسها من غير ماشطة ولو انتفى التدليس كما لو كانت مزوجة فلا تحريم واشترط جماعة في ذلك اذن الزوج قوله وتزيين الرجل بما يحرم عليه المحرم عليه من الزينة هو المختص بالنساء كلبس السوار والخلخال والثياب المختصة بها بحسب العادة ويختلف ذلك باختلاف الازمان والاصقاع ومنه تزيينه بالذهب وان قل وبالحرير زيادة عما استثني له وكذا يحرم على المرأة التزيين بزينة الرجل كالتحلي بحلية المختصة به كلبس المنطقة والعمامة والتقلد بالسيف ولا فرق في الامرين بين مباشرة الفاعل لذلك بنفسه وتزيين غيره له الا ان المناسب للعبارة هنا فعل الغير بما يكتسب به اما فعلها بانفسهما فلا يعد تكسبا الا على تجوز بعيد قوله ما يجب عليه هذا هو المشهور بين الاصحاب وعليه الفتوى وذهب المرتضى الى جواز اخذ الاجرة على ذلك لغير الولي بناء على اختصاص الوجوب به وهو ممنوع فان الوجوب الكفائي لا يختص به وانما فائدة الولاية توقف الفعل على اذنه فيبطل منه ما وقع بغيره مما يتوقف على النية وخرج بالواجب فعله من ذلك ما يستحب كتغسيله بالغسلات المسنونة من تثليث الغسل وغسل يديه وفرجه ووضوئه على القول بسنيته وتكفينه بالقطع المندوبة وحفر قبره فانه مع تأدي الفرض بدونه او نقله الى ما يدفن فيه مع امكان دفنه في الاقرب فان اخذ الاجرة على ذلك كله جائز للاصل وعدم المانع خلافا لبعض الاصحاب محتجا باطلاق النهي قوله اخذ الاجرة هذا هو المشهور بين الاصحاب وعليه العمل وذهب المرتضى الى جواز اخذ الاجرة عليه تسوية بينها وبين الارتزاق وهو من ؟؟ والفرق بينهما ان الاجرة تفتقر الى تقدير العمل والعوض وضبط المدة والصيغة الخاصة واما الارتزاق فمنوط بنظر الحاكم لا يقدر بقدر ومحله بيت المال ما اعد للمصالح من خراج الارض ومقاسمتها ونحوهما ولا فرق في تحريم اخذ الاجرة بين كونها من معين ومن اهل البلد والمحلة وبيت المال وهل يوصف الاذان المأخوذ عليه الاجرة بالتحريم ام لا يعتد به ام يكون لاخذ الاجرة خاصة محرما نص بعض الاصحاب على الاول ووجهه العلامة في لف بان الاذان على هذا الوجه لا يكون مشروعا فيكون محرما وهو متجه لكن يشكل بان النية غير معتبرة فيه والمحرم هو اخذ المال لا نفس الاذان فانه عبادة او شعار واما الذي يعد للمؤذن من اوقاف مصالح المساجد ونحوها فليس باجرة وان كان مقدرا وكان هو الباعث على الاذان نعم لا يثاب فاعله عليه الا مع تمحيض الاخلاص الى الله تعالى به قوله والقضاء المفصل بحرمة الموعود به هو انه ان تعين عليه بتعيين الامام او بعدم قيام الغير به غيره حرم عليه اخذ الاجرة عليه لانه يكون واجبا والواجب لا يصح اخذ الاجرة عليه وان لم يتعين عليه فان كان له غنى عنه لم يجز ايضا والا جاز وقيل يجوز مع عدم التعين مطلقا وقيل يجوز مع الحاجة مطلقا ومن الاصحاب من جوز اخذ الاجرة عليه مطلقا والاصح منعه الا من بيت المال على جهة الارتزاق فيفصل فيه كما مر ولا فرق في ذلك بين اخذ الاجرة من السلطان ومن اهل البلد والمتحاكمين بل الاخير هو الرشوة التي ورد في الخبر انها كفر بالله ورسوله قوله ولا بأس اي على مباشرة الصيغة من احد الجانبين او منهما فان ذلك غير واجب اما تعليم الصيغة والقاؤها على المتعاقدين فهو من باب تعليم الواجب فلا يجوز اخذ الاجرة عليه وكذا غيره من العقود واما الخطبة بالضم يعني حمد الله تعالى والصلوة على رسوله وذكر ما يناسب مقام العقد عنده وبالكسر بمعنى طلب الزوجة من نفسها او وليها او

ومعونة الظالمين بالمحرم والنوح بالباطل وحفظ كتب الضلال ونسخها لغير النقض وهجاء المؤمنين وتعلم السحر والكهانة والقيافة والشعبذة والقمار والغش الخفي كشوب اللبن بالماء وتدليس الماشطة وتزيين الرجل بما يحرم عليه وما يجب على الانسان فعله كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم وقد يحرم بعض هذه الاشياء تاتي في اماكنها والاجرة على الاذان حرام ولا بأس بالرزق من بيت المال وكذا الصلوة بالناس والقضاء على تفصيل ولا بأس باخذ الاجرة على عقد النكاح متن

اقاربها ومحاوراتهم في ذلك فيجوز اخذ الاجرة عليه ايضا لانه ليس بواجب قوله وما يكره قد علل في الاخبار افضاء هذه المذكورات الى الحرام او المكروه فعلل الصرف بانه لا يسلم من الربا وبيع الاكفان بتمني الوباء والطعام بتمني الغلاء وورد في بيع الرقيق بان شر الناس من باع الناس وان الجزار تسلب الرحمة من قلبه والمستفاد من الاخبار ان المكروه اتخاذ هذه الامور حرفة وصنعة لا مجرد فعلها كما لو احتاج الى صرف دينار او ذبح شاة ونحو ذلك والتعليل يقتضيه ايضا في غير بيع الرقيق ويظهر من العبارة ان كراهة ما عدا الذبح والنحر عامة لمتخذها صنعة وغيره بقرينة تقييدهما باتخاذهما صنعة ومقتضى الدليل عدم الفرق واعلم ان هذه العواقب المفضي اليها بعضها محرم وهو الربا ومحبة الوباء وتمني الغلاء وبعضها مكروه كعاقبة بيع الرقيق فان المراد من قوله شر الناس من باع الناس اقلهم خيرا وبركة لا ان فيه شرا يترتب عليه تحريم هذا هو الظاهر وان اريد به هذا المعنى وان يسهم يفضي الى فعل الحرام المستلزم للشر فهو ايضا من قبيل المحرم واما عاقبة الجزارة وهي قسوة القلب فالظاهر انها مكروهة لا غير وقد ورد ان قاسي القلب بعيد من رحمة الله تعالى وفي بعض الاخبار تعليل بيع الطعام بانه لا يسلم من الاحتكار وح فيبتني على ان الاحتكار هل هو مكروه او محرم فيلحق باحد الوصفين وقد ظهر بذلك معنى قول المص بان هذه الامور تفضي الى محرم او مكروه وان اكثرها محرم او كلها وهو السر في تقديم ذكره قوله وما يكره لصنعة كالنساجة اراد بالنساجة هنا ما يعم الحياكة وكلاهما مكروه مؤكد في الاخبار حتى ورد في بعضها عن الصادق ان ولد الحائك لا ينجب الى سبعة بطون وهل اللفظان مترادفان كما يشعر به اقتصار المص على احدهما او تختص النساجة ببعض الاجناس كالرقيق الكتان وغيره او يكون النساجة اعم من الحياكة مطلقا احتمالات وفي الصحاح نسج الثوب حاكه واحد قوله والحجامة اذا اشترط اي اشترط الاجرة على فعله سواء عينها ام لا فلا يكره لو عمل بغير شرط وان بذلت له بعد ذلك كما دلت عليه الاخبار هذا في طرف الحاجم اما المحجوم فعلى الضد يكره له ان يستعمل من غير شرط ولا يكره معه فكراهة كسب الحجام مخصوص باشتراطه قوله وضراب الفحل اي تحريم التكسب به بان يؤاجره لذلك ومنع منه بعض العامة والنصوص مصرحة بجوازه ولا بد من ضبطه بالمرة والمرات او بالمدة ولو دفع اليه صاحب الدابة على جهة الهدية او الكرامة فلا كراهة قوله وكسب الصبيان اي الكسب المجهول اصله فانه يكره لوليهم التصرف فيه على الوجه السائغ وكذا يكره لغيره شراؤه من الولي لما يدخله من الشبهة الناشئة من اجتراء الصبي على ما لا يحل له لجهله او لعلمه بارتفاع القلم عنه ولو علم يقينا اكتسابه له من المباح فلا كراهة كما انه لو علم تحصيله او بعضه من حرام لا يتميز من حرام كالغصب وجب اجتنابه وفي حكم الصبيان من لا يتورع عن المحارم كالاماء في بعض البلاد قوله ولا يجوز لا خلاف في جواز بيع كلب الصيد في الجملة لكن خصه الشيخ ره بالسلوقي كما لا خلاف في عدم صحة بيع كلب الهراش وهو ما خرج عن الكلاب الاربعة ولم يكن جروا والاصح جواز بيع الكلاب الثلاثة لمشاركتها لكلب الصيد في المعنى المسوغ لبيعه ودليل المنع ضعيف السند قاصر الدلالة وفي حكمها الجرو القابل للتعليم ولا يشترط في جواز اقتنائها وجود ما اضيفت اليه فلو هلكت الماشية او باعها وحصد الزرع واستغل الحائط لم يزل ملكه عنها وكلب الدار ملحق بكلب الحائط واعلم ان العلامة في ير استشكل جواز بيع كلب الصيد مط وفي عد ما يؤذن بالخلاف فيه لكن ادعى جماعة من الاصحاب الاجماع عليه كابنياه ولا نعلم خلافا لاحد منهم في غير السلوقي فان كان فيه خلاف فهو ضعيف جدا بل الظاهر عدمه ويمكن كون الاشكال والخلاف عائدا اليه بالنظر الى مجموع افراده وان انحصر الاتفاق على بعضها واما اجارتها فلا اشكال في جوازها لان لها منافع محللة مقصودة وهو الفارق بين البيع والاجارة نظرا الى نجاسة اعيانها قوله وكل والحق ربما فهم بعضهم من ثبوت ديات لها جواز بيعها نظرا الى انها اموال محترمة كما في الحيوانات وفيه منع ظاهر فان ثبوت الديات لها ربما دل على عدم جواز بيعها التفاتا الى ان ذلك في مقابلة القيمة فانك تجد كلما له دية لا قيمة له كما في الحر وما له قيمة لا دية له كما في الحيوان المملوك غير الادمي قوله الرشا بضم اوله وكسره مقصورا جمع رشوة بهما وهو اخذ الحاكم مالا لاجل الحكم وعلى تحريمه اجماع المسلمين وعن الباقر انه الكفر بالله تعالى وبرسوله وكما يحرم على المرتشي يحرم على المعطي لاعانته على الاثم والعدوان الا ان يتوقف عليه تحصيل حقه فيحرم على المرتشي خاصة قوله اذا دفع الانسان قد اختلف في هذه المسئلة كلام العلماء في تجويزهما للوكيل الاخذ ومنعه في النافع وكذا اختلف فيها كلام الشيخ ثم ابن ادريس ثم العلامة بعد المصره ووجه هذا الاضطراب من اصالة الجواز وكون الوكيل متصفا بما عين له من اوصاف المدفوع اليهم لانه المفروض ويدل على الجواز ما رواه الحسين بن عثمان عن الكاظم في رجل اعطى مالا يفرقه فيمن يحل له اله ان ياخذ منه شيئا لنفسه ولم يسم له قال ياخذ منه لنفسه مثل ما يعطي غيره ومثلها رواية عبد الرحمن بن الحجاج عن الكاظم لكن في طريقها محمد بن عيسى عن يونس وفي هذا السند كلام وهاتان الروايتان ذكرهما الشيخ في التهذيب في كتاب الزكوة وقل من تعرض لهما في الاحتجاج مع كونهما معتبرة في الاسناد ومن رواية عبد الرحمن بن الحجاج الدالة على المنع وهي صحيحة السند غير انها مقطوعة لم يصرح فيها باسم الامام فانه قال فيها سألته عن رجل اعطى رجلا مالا ليقسمه في محاويج او في مساكين وهو محتاج ايأخذ منه لنفسه ولا يعلمه قال لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه والظاهر ان المسئول هو الامام او الكاظم لان عبد الرحمن بن الحجاج روى عنهما ثم عمل بها الجماعة وايضا فجلالة هذا الراوي وثقته توجب الظن الغالب بكون المسئول هو الامام لكن لتطرق الاحتمال قام الاشكال وقد ذكر من الاصحاب ان وجه مخالفتها كونها مقطوعة وانما يعتذرون بجهلها ساكتين عنها واعلم ان العلامة قال في المختلف بعد ذكر الرواية انها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق وهو شهادة بالاتصال ولعله ره اطلع على المسئول من محل اخر غير المشهور من كتب الحديث والشيخ ره جمع بين الروايات بحمل هذه على الكراهة ولا بأس به ولو دلت القرائن الحالية او المقالية على تسويغ اخذه قوي القول بالجواز وح فياخذ كغيره لا ازيد هكذا شرطه كل من سوغ له الاخذ وصرح بعض الاصحاب المجوزين وظاهر هذا الشرط انه لا يجوز له تفضيل بعضهم على بعض لانه من جملتهم ويتجه ذلك اذا كان المعين للصرف محصورا اما لو كانوا غير محصورين كالفقراء فجواز التفاضل مع عدم قرينة خلافه اوضح خصوصا اذا كان المال من الحقوق الواجبة كالزكوة فان التسوية فيها ليست بلازمة والمسئلة مفروضة فيما هو اعم من الواجب والندب ويجوز له ان يدفع الى عياله واقاربه كما يدفع الى غيرهم على القولين اقتصارا في موضع المنع على مدلول الرواية وهو نفسه ولا فرق على القولين بين ان يقول له الامر اقسمه او اصرفه او ادفعه اليهم او ضعه فيهم او غيره لاشتراك الجميع عرفا في المعنى ومنهم من فرق فجوز له الاخذ ان كانت الصيغة ضعه فيهم او ما ادى معناه ومنعه ان كانت الصيغة بلفظ ادفعه او اصرفه ونحوهما وليس بشيء قوله ولو امر ذلك الى هذه المسئلة قد سبق شطر

في التجارات والمكروه ما يفضي الى الحرام او المكروه غالبا كالصرف وبيع الاكفان والطعام والرقيق والذبح والنحر صنعة والنساجة والحجامة اذا اشترط وضراب الفحل وما يكره لتطرق الشبهة ككسب الصبيان ومن لا يجتنب المحارم وقد تذكر اشياء في ابوابها وما عدا ذلك مباح مسائل الاولى لا يجوز بيع الكلاب الا كلب الصيد والماشية والزرع والحائط ولا بأس باجارتها ولكل من هذه الثلاثة دية لو قتله غير المالك الثانية الرشى حرام على الحاكم او على ابطال الحق الثالثة اذا دفع الانسان مالا الى غيره ليصرفه في قبيل وكان منهم فان عين له عمل بمقتضى تعيينه وان اطلق جاز ان يأخذ مثل احدهم من غير زيادة الرابعة جوائز السلطان الجائر ... مباحة الا ان يعلم انها بعينها غصب ... امام الاصل او الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ... اقامة الحدود ... متن

بهائه كتاب الامر بالمعروف وانه يجوز اقامة الحدود على الوجه الذى فصلناه وقد اطلقوا هنا جواز التولية واستحبابها فى الفرض المذكور مع الامن من اعتماد المحرم والقدرة على الامر بالمعروف ومقتضى هذا الشرط وجوب التولية لان القادر على الامر بالمعروف يجب عليه وان لم يوله الظالم ولعل وجه عدم الوجوب كونه بجورة الناشى على الظالم وعموم النهى عن الدخول معهم وتسويد الاسم فى ديوانهم فاذا لم يبلغ حد المنع فلا اقل من ان يحكم بعدم الوجوب ولا يخفى ما فى هذا التوجيه قوله جاز اه قد تقدم فى باب الامر بالمعروف ان ضابط الاكراه المسوغ للولاية الخوف على النفس او المال او العرض عليه او على بعض المؤمنين على وجه لا ينبغى تحمله عادة بحسب حال المكره فى الرفعة والضعة بالنسبة الى الاهانة فاما ما ذكره هنا من الضرر اليسير والكثير فى الحكم بالكراهة وعدمها فيمكن الرجوع فيه الى العرف فما عد يسيرا منه ينبغى تحمله دون الكثير ولا يخفى ان المراد مع عدم تمكنه من الامر بالمعروف وعدم امنه من الدخول فى المحرم والا لم يكره بل يجوز الدخول مع الاكراه وان علم الدخول فى المحرم كاستيأتى قوله اذا اكره اه قد ذكر المص فى هذه المسئلة شرطين احدهما الاكراه والثانى عدم قدرة المامور على التفصى وهما متغايران فان الاكراه يجوز ان يجامع القدرة كما عرفت من تعريفه فالثانى اخص من الاول والظاهر ان شرطيهما مختلف فالاول شرط لاصل قبول الولاية والثانى شرط للعمل بما يامره من المظالم وهما متغايران ايضا لان التولية لا يستلزم الامر بالمظالم بل يجوز ان يوليه شيئا من الاحوال ويرد امره الى غيره كما قد علم فى المسئلة السابقة من جواز قبول الولاية بل استحبابها اذا تمكن من اقامة الحق واما امره بشئ من المحرمات فقد يكون مع الولاية وقد ينفك عنها كما اذا الزم الظالم شخصا ما بشئ من الاموال المحرمة او الاعمال كذلك اذا تقرر ذلك فنقول ان اخذنا الولاية منفكة عن الامر فجواز قبولها لا يتوقف على الاكراه مطلقا كما ذكره هنا بل يجوز وقد يكره وقد يستحب بل قد يجب كما تقدم فجعل الاكراه شرطا فى قبول الولاية مطلقا غير جيد واما العمل بما يامره به من الامور المحرمة فانه مشروط بالاكراه خاصة كما سلف فى باب الامر بالمعروف ما لم يبلغ الدماء ولا يشترط فيه الالجاء اليه بحيث لا يقدر على خلافه وقد صرح الاصحاب بذلك فى كتبهم فاشتراط عدم القدرة على التفصى غير واضح الا ان يريد به اصل الاكراه فيكون التعبير عنه بذلك غير حسن فتبين ان كل واحد من الشرطين غير جيد لمشروطه ان جعلنا المشروط متعددا وان جعلناه متحدا مركبا من الامرين بمعنى جواز الولاية والعمل بما يامره مع الاكراه وعدم القدرة على التفصى حسن قيد الاكراه وغاير ما سبق لكن يبقى الكلام فى الشرط الثانى فان الاكراه مسوغ لامتثال الامر وان قدر على المخالفة مع خوف الضرر المتقدم ويبقى ايضا مسئلة ما لو اكره على العمل وان لم يكن متوليا لولاية فانه يجوز له الامتثال ويعنى فى العبارة امر اخر وهو تعليق العمل بما يامره مطلقا على شرط مع ظهور ان امره قد لا يكون لمحرم الذى هو مناط الاشتراط لكن الامر هنا سهل لظهور المراد ومقتضى استثناء الدماء انه لا فرق فيها بين ان يكون بطريق القتل او الجرح وبه صرح الشيخ ره فى الخلاف وربما قيل بقصره على القتل وقد تقدم الكلام فيه وشمل قوله والعمل بما يامره الا فى الدماء كونه بطريق المباشرة للقتل مثلا او التسبيب كالافتاء فيها والامر بها وبهذا حصلت المغايرة بين هذه المسئلة والمتقدمة فى كتاب الامر بالمعروف فان تلك مختصة بالحكم لان فرضها فى القضاء قوله جوائز الظالم اه التقييد بالعين اشارة الى جواز اخذها وان علم ان فى ماله مظالم كما هو مقتضى حال الظالم ولا يكون حكمه حكم المال المختلط فى وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك نعم يكره اخذها قوله وان اه المراد بالمالك مالك العين المأخوذة منه ووارثه لانه يصير بعد موته مالكا وانما يجوز الصدقة بها مع الياس من معرفته والوصول اليه ولو ظهر بعد ذلك ولم يرض بالصدقة ضمن له القيمة او المثل ويجوز له دفعها الى الحاكم وابقاؤها امانة فى يده ولا ضمان فيهما ولو اشتبه المالك فى قوم محصورين تعين عليه التخلص منهم ولو بطريق الصلح قوله ولا يجوز اه احترز به عما لو اخذها الظالم المذكور او غيره منه قهرا فانه لا يحرم عليه لعدم الاختيار وهل يضمن ح قيل نعم لعموم قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدى والاقوى التفصيل وهو انه ان كان قد قبضها من الظالم عالما بكونها مغصوبة ضمن واستمر الضمان وان اخذت منه قهرا وان لم يعلم حالها حين قبضها ثم تبين كونها مغصوبة ولم يقصر فى ايصالها الى مالكها ولا فى حفظها لم يضمن والفرق بين الحالتين واضح فان يده فى الاول عادية فيستصحب حكم الضمان كما لو تلفت بغير تفريط وفى الثانى يد امانة فيستصحب كما لو تلفت بغير تفريط والفرض كون الاخذ قهرا وعبارة المص تشمل الامرين وتدل بمفهومها على جواز دفعها مع عدم الامكان ولا كلام فيه انما الكلام فى الضمان وصرح بعض الاصحاب بالضمان فى الصورتين والتفصيل اجود قوله ما ياخذه اه المقاسمة حصة من حاصل الارض يؤخذ عوضا عن زراعتها والخراج مقدار من المال يضرب على الارض او الشجر حسبما يراه الحاكم ونبه بقوله باسم المقاسمة واسم الخراج على انهما لا يتحققان الا بتعيين الامام العادل الا ان ما ياخذه الجائر فى زمن الغيبة قد اذن ائمتنا فى تناوله منه واطبق عليه علماؤنا لا نعلم فيه مخالفا وان كان ظالما فى اخذه ولاستلزام تركه والقول بتحريمه الضرر العظيم والحرج على هذه الطائفة ولا يشترط رضى المالك ولا يقدح فيه تظلمه ما لم يتحقق الظلم بالزيادة عن المعتاد اخذه من عامة الناس فى ذلك الزمان واعتبر بعض الاصحاب فى تحققهما اتفاق السلطان والعمال على القدر وهو بعيد الوقوع والوجه كما يجوز ابتياعه واستيهابه يجوز سائر المعاوضات ولا يجوز تناوله بغير اذن الجائر ولا يشترط قبض الجائر له وان اوهم قوله ما ياخذه الجائر فلو احاله به او وكله فى قبضه او باعه وهو فى يد المالك او ذمته حيث يصح البيع كفى ووجب على المالك الدفع وكذا القول فيما ياخذه باسم الزكوة ولا يختص ذلك بالانعام كما اراد افادته العبارة فيلحق بها زكوة الغلات والاموال لكن يشترط هنا ان لا ياخذ الجائر زيادة عن الواجب شرعا فى مذهبه وان يكون صرفها على وجهها المعتبر عندهم بحيث لا يعد عندهم عاصيا اذ يمتنع الاخذ منه عندهم ايضا ويحتمل الجواز مطلقا نظرا الى اطلاق النص والفتوى ويجئ مثله فى المقاسمة والخراج لان مصرفهما بيت المال وله ارباب مخصوصون عندهم ايضا وهل تبرأ ذمة المالك من اخراج الزكوة مرة اخرى يحتمله كما فى الخراج والمقاسمة مع ان حق الارض واجب لمستحق مخصوص والتعليل يكون دفع ذلك حقا واجبا عليه وعدمه لان الجائر ليس نائبا للمستحقين فيتعذر النية ولا يصح الاخراج بدونها وعلى الاول تعتبر النية عند الدفع اليه كما تعتبر فى سائر الزكوات والاقوى عدم الاجزاء بذلك بل غايته سقوط الزكوة عما ياخذه اذا لم يفرط فيه ووجوب دفع الباقى من كونه على وجه الزكوة او المضى معهم فى احكامهم والتحرز عن الضرر بمباينتهم ولو اقطع الجائر ارضا مما يقسم او يخرج او عاوض عليها فهو تسلط منه عليها فيجوز للمقطع او المعاوض اخذ ذلك منه او من الزارع والمالك

كما يجوز احالته عليه والظاهر ان الحكم مختص بالجائر المخالف للحق نظرا الى معتقده من استحقاقه ذلك عندهم فلو كان مؤمنا لم يحل اخذ ما ياخذه منها لاعترافه بكونه ظالما فيه وانما المرجع الى راى حاكمهم الشرعى مع احتمال الجواز مطلقا نظرا الى اطلاق النص والفتوى ووجه التقييد اصالة المنع الا ما اخرجه الدليل وتناوله للمخالف متحقق والمسؤل للائمة انما كان مخالفا للحق فيبقى الباقى وان وجد مطلقا فالقرائن دالة على ارادة المخالف منه التفاتا الى الواقع او الغالب قوله العقد اه اختلف عبارات الاصحاب فى حقيقة البيع فجعله جماعة منهم المص والشهيد نفس الايجاب والقبول الناقلين للملك الاعيان الخ واعترض عليه بان ذلك هو المتبادر عرفا من معنى البيع فيكون حقيقة فيه وذهب اخرون الى انه الاثر المترتب عليه وهو انتقال العين اه وردوه الشهيد ره فى بعض تحقيقاته الى الاول نظرا الى ان الصيغة المخصوصة سبب فى الانتقال فاطلق اسم المسبب على السبب وعرفه المص بالغاية وفيه نظر لان الاطلاق المذكور مجازى يجب الاحتراز عنه فى التعريفات الكاشفة للماهية الا مع قيام قرينة واضحة وهو منتف واما التعريف بالغاية بهذا المعنى فجائز لان حملها على المتبادر من المولطات اعنى حمل هو هو والغاية لا يصح حملها عليه كذلك وانما يدخل الغاية فى التعريفات على معنى انه لفظ يمكن حمله على المعرف مشيرا الى الغاية وغيرها من العلل التى لا يصح حملها عليه حمل المواطاة وهو هنا منتف اذا تقرر ذلك فحمل كلام المص هنا على ان العقد هو اللفظ الدال اه بحسب ظاهره تعريف للعقد البيع لا للبيع نفسه فلا يكون احد التعريفين بل تعريفا لمعنى اخر وح يكون البيع غير العقد فيكون اختيارا للمعنى الاخر وهو الانتقال او ما قاربه فيختلف نظره فى الكتابين كما اختلف نظر العلامة حيث عرفه فى كثير من كتبه بالمعنى الاول واختار فى المختلف الثانى ويمكن حمل عبارة المص على ما يوافق الناقل يجعل الاضافة فى قوله عقد البيع بيانية واللام فى قوله العقد للعهد الذكرى فيكون العقد عبارة عن البيع وهو اللفظ الدال الخ ثم اللفظ فى التعريف بمنزلة الجنس البعيد للبيع اذ جنسه القريب على هذا التعريف نفس الايجاب والقبول اللفظيين بما يخرج غيره من العقود وباقى التعريف بمنزلة الخاصة المركبة يخرج بها غيره من العقود الدال لفظها على اباحة منفعة او تسلط على تصرف او نقل الملك بغير عوض كالهبة والوديعة والعارية والمضاربة والوكالة والوصية وغيرها من العقود التى لا تجمع ما ذكر من المحترزات ودخل فى اطلاق الملك ما كان ملكا للعاقد ولغيره فدخل بيع الوكيل والولى وخرج بقيد المعلوم الهبة المشروط فيها مطلق الثواب وهبة الادنى للاعلى على قول من اوجب العوض ومطلق الهبة على قول الشيخ فقط ودخل فيه بيع المكره حيث يقع صحيحا فانه لو يعتبر التراضى كما فعل غيره ويبقى فيه امور الاول يرد على طرده اللفظ الدال على ما ذكر بلفظ الاخبار فانه ليس ببيع لانه من قبيل الانشاء ولعل فى التعريف ما يخرجه الثانى ان الملك يشمل الاعيان والمنافع فينتقض فى طرده ايضا بالاجارة فان عقدها ايضا لفظ دال على نقل الملك وهو المنفعة بعوض معلوم الثالث ينتقض ايضا بالهبة المشروط فيها عوض معين فان التعريف يشملها وليست بيعا الرابع يدخل فيه ايضا الصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معين فانه ليس بيعا عند المص الخامس ينتقض فى عكسه باشارة الاخرس ونحوه المفيدة للبيع فانها ليست لفظا مع صحة البيع اجماعا فلا بد من ادخاله فى التعريف بان يقول اللفظ او ما قام مقامه ونحوه السادس ان كان المعرف البيع الصحيح واراد بذكر شرائط صحته فى التعريف لم يحسن الاقتصار على معلومية العوض فان المعوض كذلك وغيرهما من الشروط وقد يستغنى عن الجميع بقوله اللفظ الدال على النقل فان البيع الذى لا يجمع شرائط صحته لا يدل صيغته على نقل الملك وان اريد الاعم من الصحيح والفاسد استغنى عن التعرض لمعلومية العوض والتحقيق انه يستغنى عنها مط لان شرط الشئ غير داخل فى حقيقته فلا يكون له دخل فى تعريف ماهيته ويمكن ان يقال ان ذكر معلومية العوض ليس على وجه الاشتراط بل لتخصيص لمورد المعرف لئلا ينتقض باللفظ الدال على نقل العين بعوض مجهول فانه ليس بيعا صحيحا والمقصود تعريف البيع الصحيح لكن يبقى فيه الاخلال بمعلومية العوض وكمال المتعاقدين فان ذكرهما فتحقق مورد البيع ويمنع من دخول غير المقصود فيه فلا وجه لتخصيص معلومية العوض ويبقى الكلام فى دلالة اللفظ الدال على النقل على ذلك كله فانه بدون الامور المعتبرة فى صحة البيع لا يدل على النقل المذكور ولان الغرض الدلالة شرعا بحيث يتحقق معه النقل والا يجرد افهام النقل مع عدم وقوعه شرعا غير كاف فى تحقق المعرف قوله ولا يكفى اه هذا هو المشهور بين الاصحاب بل كاد يكون اجماعا غير ان ظاهر كلام المفيد ره يدل على الاكتفاء فى تحقق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين اذا عرفاه وتقابضاه وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب الى ذلك ايضا لكن يشترط فى الدال كونه لفظا واطلاق كلام المفيد اعم منه والنصوص المطلقة من الكتاب والسنة الدالة على حل البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة خاصة يدل على ذلك فانا لم نقف على دليل صريح فى اعتبار لفظ معين غير ان الوقوف مع المشهور هو الاجود مع اعتضاده باصالة بقاء ملك كل واحد بعوضه الى ان يعلم الناقل فلو وقع الاتفاق بينهما على البيع وعرف كل منهما رضاء الاخر بما يصير اليه من العوض المعين الجامع لشرائط البيع غير اللفظ المخصوص لم يفد اللزوم لكن هل يفيد اباحة تصرف كل منهما فيما صار اليه من العوض نظرا الى اذن كل منهما للاخر فى التصرف ام يكون بيعا فاسدا من حيث اختلال شرطه وهو صيغته الخاصة المشهور الاول فعلى هذا يباح لكل منهما التصرف ويجوز له الرجوع فى المعاوضة ما دامت العين باقية فاذا ذهبت لزمت اما جواز التصرف فلما مر من تسليط كل منهما الاخر على ما دفعه اليه واذنه له فيه ولا معنى لاباحة التصرف الا ذلك واما لزومها مع التلف فلرضاهما بكون ما اخذه كل منهما عوضا عما دفعه فاذا تلف ما دفعه كان مضمونا عليه الا انه قد رضى بكون عوضه هو ما بيده فان كان ناقصا فقد رضى به الدافع فيكون بمنزلة ما لو دفع المدين عوضا عما فى ذمته ورضى به صاحب الدين وفيه نظر واذا تقرر ذلك فتنقيح المحل يتم بمباحث الاول هل المراد بالاباحة الحاصلة بالمعاطاة قبل ذهاب العين افادة ملك متزلزل كالبيع فى زمن الخيار وبالتصرف يتحقق لزومه ام الاباحة المحضة التى هى بمعنى الاذن فى التصرف وبتحققه يحصل الملك له وللعين الاخرى يحتمل الاول بناء على ان المقصود للمتعاقدين انما هو الملك فاذا لم يحصل كانت فاسدة ولم يجز التصرف فى العين وان الاباحة اذا لم يقتض الملك فالذى اوجب حصوله بعد ذهاب العين الاخرى وصارت السلامة فى التجربة كالصريحة فى افادة هذا المعنى لانه قال الاقوى عندى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية ومقتضى تجويز الفسخ ثبوت الملك فى الجملة وكذا تسميتها معاوضة والحكم باللزوم بعد الذهاب يحتمل الثانى التفاتا الى ان الملك لو حصل بها لكانت بيعا و

في المعاطاة

١٠٧ مدعاهم نفي ذلك واحتجاجهم بان الناقل للملك لابد ان يكون من الاقوال الصريحة في الانشاء المنصوبة من قبل الشارع وانما حصلت الاباحة باستلزام اعطاء
كل منهما الاخر سلعته مسلطا له عليها الاذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات فاذا حصل كان الاخر عوضا عما قابله لتراضيهما على ذلك وقبله يكون كل واحد
من العوضين باقيا على ملك مالكه فيجوز له الرجوع فيه ولو كانت بيعا فاسدا من افادة الملك المترتب عليه لوجب كونها بيعا فاسدا اذا لم يجمع شرائط
صحته وما جاء من قبل الشارع ان البيع على قسمين ما حصل فيه الايجاب والقبول على وجهها اللازم وما حصل فيه التراضي بدونه جائز ومن ثم ذهب العلامة في
الى كونها بيعا فاسدا وانه لا يجوز لاحدهما التصرف فيما صار اليه اصلا وعلى الوجهين يتفرع النماء فان قلنا بالاول كان تابعا للعين في الانتقال وعدمه
وان قلنا بالثاني احتمل كونه مباحا المنهوب كالعين وعدمه واما وطي الجارية فالظاهر كالاستخدام يدخل في الاباحة ضمنا واما العتق فعلى الاول يكون
جائزا لانه مملوك وعلى الثاني يتجه العدم اذ لا عتق الا في ملك وهذا مما يؤيد الاول لان من اجاز المعاطاة سوغ انواع التصرفات الثاني لو تلفت العينان
معا تحقق الملك فيهما ولو تلف احديهما فكذلك صرح جماعة بالاكتفاء به في تحقق ملك الاخرى نظرا الى ما قدمناه من جعل الباقي عوضا عن التالف
لتراضيهما على ذلك ويحتمل هنا العدم التفاتا الى اصالة بقاء الملك لمالكه وعموم الناس مسلطون على اموالهم والاول اقوى فان من بيده المال مستحق قد ظفر
بمثل حقه باذن مستحقه فيملكه وان كان مغايرا له في الجنس والوصف لتراضيهما على ذلك الثالث لو تلف بعض احديهما احتمل كونه كتلف الجميع وبه صرح بعض
الاصحاب محتجا بامتناع التراد في الباقي اذ هو موجب لتبعض الصفقة وللضرر لان المطلوب هو كون احديهما في مقابل الاخرى وفيه نظر فان تبعض الصفقة
لا يوجب بطلان اصل المعاوضة بل غايته جواز فسخ الاخر فيرجع الى المثل او القيمة كما في نظائره واما الضرر الحاصل من التبعيض المتلف في مقصودهما من جعل
احديهما في مقابلة الاخرى فمستند الى تقصيرهما في التحفظ بايجاب المبيع كما لو تبايعا بيعا فاسدا او يحتمل ان يلزم من العين الاخرى في مقابلة التالف ويبقى
الباقي على اصل الاباحة بدلالة ما قدمناه الرابع لو نقل احديهما العين عن ملكه فان كان لازما كالبيع والهبة بعد القبض والوقف والعتق فكالتلف و
وان كان جائزا كالبيع في زمن الخيار فالظاهر كذلك لصدق انتقال الملك عنه فيكون كالتالف وعودها بالفسخ لحدوث ملك اخر بناء على ان المبيع يملك بالعقد
وان كان هناك خيار اما الهبة قبل القبض فالظاهر انها غير مؤثرة لانها جزء السبب المملك مع احتماله لصدق التصرف وقد اطلق جماعة منهم كونها تملك بالتصرف
الخامس لو تصرف فيها تصرفا غير ناقل للملك ولا جزء سببه فان لم يتغير العين عن صفتها كالاستخدام والانتفاع بالاناء ولبس الثوب فلا اثر له في اللزوم
وان اوجب تغييرها الى حالة اخرى كطحن الحنطة وصبغ الثوب احتمل كونه كذلك لاصالة بقاء الملك مع بقائه ولزوم المعاطاة بذلك وبه جزم بعض الاصحاب لما تقدم
من امتناع التراد بسبب الاثر المتجدد ويتحقق فيه اشكال السادس لو اشتبهت بغيرها او امتزجت بحيث لا يتميز فان كان بالاجود فكالتلف وان كان بالمساوي
او الاردى احتمل كونه كذلك لامتناع التراد على الوجه الاول واختاره جماعة ويحتمل العدم في الجميع لاصالة البقاء السابع لو رجع في العين او بعضها وقد اخرجها
من هي في يده لم يرجع عليه بالاجرة ولو كانت قد نمت فان كان باقيا رجع به وان كان تالفا فلا لتسليطه على التصرف فيه بغير عوض الثامن على تقدير لزومها
باحد الوجوه المذكورة فهل يصير بيعا او معاوضة برأسها يحتمل الاول لان المعاوضات محصورة وليست احدها وكونها معاوضة برأسها يحتاج الى دليل
ويحتمل الثاني لاطباقهم على انها ليست بيعا حال وقوعها فكيف يصير بيعا بعد التلف ويظهر الفائدة في ترتب الاحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان
لو كان التالف الثمن او بعضه وعلى تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حين المعاطاة ام من حين اللزوم كل محتمل ويشكل الاول بقولهم انها ليست بيعا والثاني بان
التصرف ليس معاوضة بنفسه اللهم الا ان يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه والاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على انها ليست لازمة وانما يتم على
المفيد ومن بعده اما خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين كما ان خيار المجلس منتف التاسع لو وقعت المعاملة بقبض احد العوضين خاصة كما لو دفع
اليه سلعته بثمن وافقه عليه او دفع اليه ثمنا عن عين موصوفة بصفات السلم فتلف العوض المقبوض ففي لحوق احكام المعاطاة ولزوم الثمن المسمى والمثمن
الموصوف نظر من صدق اسمها لانها مفاعلة تتوقف على العطاء من الجانبين ولم يحصل والاقتصار بما خرج عن الاصل على موضع اليقين ان كان ومن صدق
التراضي على المعاوضة وتلف العين المدعى كونه كافيا في التقابض من الجانبين والظاهر ان الحكم واحد وقد ذكرهما شيخنا الشهيد في الدروس والحواشي
العاشر ذكر بعض الاصحاب ورود المعاطاة في الاجارة والهبة بان يأمره بعمل معين ويعين له عوضا فيستحق الاجر بالعمل ولو كان اجارة فاسدة لم يستحق شيئا
مع علمه بالفساد لم يجز له العمل والتصرف في ملك المستاجر مع اطباقهم على جواز ذلك واستحقاق الاجر انما الكلام في تسميته معاطاة في الاجارة وذكر
في مثال الهبة ما لو وهبه بغير عقد فيجوز للقابض اتلافه وتملكه به ولو كانت هبة فاسدة لم يجز ولا باس به الان في مثال الهبة نظرا من حيث ان الهبة
لا تختص بلفظ بل كل لفظ يدل على التمليك بغير عوض كاف فيها كما ذكروه في بابه وجواز التصرف في المثال المذكور موقوف على وجود لفظ يدل عليها
فيكون كافيا في الايجاب اللهم الا ان يعتبر القبول القولي مع ذلك ولا يحصل في المثال فيتجه ما قاله قوله سواء رد به على بعض العامة حيث اكتفى بها
المعاطاة في المحقرات واقامها فيه مقام البيع واختلفوا في تحديدها فقال بعضهم ما لم يبلغ نصاب السرقة واحالها اخرون على العرف كرطل خبز وغيره
مما يعتاد فيه المعاطاة وهو تحكم والذي اختاره متاخروا الشافعية وجميع المالكية انعقاد البيع بكل ما دل على التراضي وعده الناس بيعا وهو قريب من
قول المفيد وشيخنا المتقدم وما احسنه وامتن دليله ان لم يتعقد الاجماع على خلافه قوله ويقوم مقام اللفظ الاشارة مع العذر كما في الاخرس
ومن بلسانه افة فانه يكفي في انعقاد بيعه وقبوله له الاشارة المفهمة وفي حكمها الكتابة على ورق او لوح او خشب او تراب ونحوها واعتبر العلامة في الكتابة
انضمام قرينة تدل على رضاه قوله ولا ينعقد الا انما اعتبر في العقد لفظ الماضي لان الغرض منه الانشاء وهو صريح فيه لاحتمال الوعد بالمستقبل وكذا
اقتضاء الامر انشاء البيع من جانب الامر وانما الانشاء طلبه واما الماضي فانه وان احتمل الاخبار الا انه اقرب الى الانشاء حيث دل على وقوع مدلوله في الماضي
فاذا لم يكن ذلك هو المقصود كان وقوعه الان حاصلا في ضمن ذلك لتجرد الغرض من العقود الذي هو الاخبار وانما هذه الصيغة منقولة شرعا من

١٢١ الاخبار الى الانشاء والماضي الصريح بمعناه قوله وكذا نبه بذلك على خلاف ابن البراج حيث جوزه بهما والمشهور خلافه قوله وهل يشترط تقديم الايجاب على القبول
فيه تردد ولا شبهة عدم الاشتراط وجه العدم من اصالة الجواز وانه عقد فيجب الوفاء به ولتساويهما في كون كل منهما ينقل ملكه الى الاخر فاذا اجاز البايع العقد
جاز للمشتري ولان الناقل للملك هو الرضا المدلول عليه بالالفاظ الصريحة ولا مدخل للترتيب في ذلك وللجواز تقدمه في النكاح بغير اشكال فليكن في غيره كذلك
فان النكاح مبني على الاحتياط زيادة على غيره وذهب جماعة من الاصحاب الى اعتبار تقدمه بل ادعى عليه الشيخ في الخلاف الاجماع للشك في ترتب الحكم مع تاخره
مع ان الاصل خلافه فان القبول مبني على الايجاب لانه رضا به فلا بد من تاخره وتجويز التقديم في النكاح لمصلحة استحياء المراة والاولى الاول ومحل
الخلاف ما لو كان القبول بلفظ ابتعت او اشتريت او تملكت منك كذا بكذا بحيث يشتمل على ما كان يشتمل عليه الايجاب اما لو اقتصر على القبول وقال
قبلت وان اضاف اليه باقي الاركان لم يكف بغير اشكال ووجه فلا فرق بين الايجاب والقبول وانما كل منهما احد شقي العقد وفي الحقيقة هذه الالفاظ
المتقدمة المعدة قبولا قائمة مقامه لا نفسه وانما القبول على الحقيقة قبلت وهو مما لا يصح الابتداء به قوله ولو اه لا اشكال في ضمانه اذا كان جاهلا
بالفساد لانه اقدم على ان يكون مضمونا عليه فيحكم عليه به وان تلف بغير تفريط ولقوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومن القواعد المقررة في هذا
الباب ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ولا فرق مع جهله بين كون البايع عالما بالفساد او جاهلا مع احتمال
عدم الضمان لو علم للتسليط على اتلافه مع علمه بكونه باقيا على ملكه وكذا لو كانا عالمين بالفساد ولو كان البايع جاهلا به والمشتري عالما فالضمان اولى
والاقوى ثبوته في جميع الصور فيرد ان العينين مع بقائهما وبدلهما مع تلفهما ويرجع صاحب المنافع المستوفاة بها ولو فاتت بغير استيفاء فوجهان ولو زادت
العين فللمالك الا ان يكون الزيادة بفعل الاخر جاهلا فهي له عينا كانت كالصبغ او صفة كالصنع قوله فلا يصح بيع الصبي ولا شراؤه لا فرق في الصبي بين
المميز وغيره ولا بين كون المال له او للولي او لغيرهما اذن مالكه ام لا فلا يصح مباشرة التصرف فيما صار اليه وان كان مالكه قد اذن لانه بيع فاسد فيلزم الحكم
السابق في الرجوع على القابض نعم ليس له على الصبي رجوع بعوض ماله لو تلف او اتلفه لانه فرط فيه بتسليطه عليه مع عدم اهليته ولو امره وليه بالدفع
اليه فدفع فان كان مال الولي برئ من ضمانه وكان هو المفرط وان كان مال الصبي لم يبرأ من ضمانه ولو كان عوض ما ابتاعه من الصبي او باعه فالمال الدافع
المضيع فلا عبرة باذن الولي في ضمانه ولا ضمان الصبي قوله وكذا لو بلغ عشرا هذا هو الاقوى وقيل بجواز بيعه بالوصفين وهو ضعيف والمراد بالعقل
هنا الرشد فغير الرشيد لا يصح بيعه وان كان عاقلا اتفاقا قوله ولو رضي اه الفرق بينهم وبين المكره واضح اذ لا قصد لهم الى العقد ولا اهلية لهم لفقد شرطه
وهو العقل بخلاف المكره فانه بالغ عاقل وليس ثم مانع الا عدم القصد الى العقد حين ايقاعه وهو مجبور بلحوقه له بالاجارة فيكون كعقد الفضولي حيث انتفى
القصد اليه من مالكه الذي يعتبر قصده حين العقد فلما لحقه القصد بالاجازة صح ووجه فلا مانع من الصحة الا تخيل اشتراط مقارنة القصد للعقد ولا دليل
عليه ويتبنه على عدم اعتباره عقد الفضولي وعموم الامر بالوفاء بالعقد يشمله فلا يقدح فيه لاختصاص عقد الفضولي بنص وبهذا يظهر ضعف ما قيل هنا من انتفاء
القصد اصلا ورأسا مع عدم الرضا وان الظاهر من كون العقود بالقصود لمقارنتها بالقصد دون المتاخر ويمكن ان يقال ان القصد من المكره حاصل
دون من سبق لان غير العاقل لا يقصد الى اللفظ ولا الى مدلوله بخلاف المكره فانه باعتبار كونه عاقلا قاصد الى ما يتلفظ به ويفعله بشعوره لكنه بالاكراه
غير قاصد الى مدلوله وذلك كاف في صلاحيته ويقبله للصحة اذا لحقه القصد الى مدلوله بالاجازة ومثله القول في عقد الفضولي فانه قاصد الى اللفظ
الصادر منه لان المفروض اهليته وجمعه للشرائط المعتبرة في صحة العقد الا الملك ولا يتحقق منه لو قصد مدلوله اعني نقل الملك والتسليط على
التصرف في غيرها من احكام العقد لان ذلك من وظائف المالك فاذا اجازه المالك وقصد الى ذلك صح ويتفرع عليه ما لو عقد الفضولي في حالة لا يكون
فيها اهلا للقصد الى اللفظ كالنائم والسكران والصبي والمجنون فان الاجازة اللاحقة له من المالك لا تؤثر ومن ثم حكموا بان الولي لو اجاز عقد الصبي
لم يصح وهذا واضح بين وقد نبه الشهيد في بعض ما يوافق ذلك وان كان في نفسه لا يخلو من مناقشة فقال في بيع الفضولي اذا لحقه الرضا والاقرب ان
الرضا كاف فيمن قصد الى اللفظ دون مدلوله كالمكره حتى لو تقع قصده لم يؤثر الرضا كالسكران وهو تنبيه حسن الا ان في تحقق ذلك في المكره بحيث يتلفظ
بالعقد غير قاصد الى لفظه كالسكران نظرا فان الاكراه على اللفظ بحيث يكون حركة اللسان من المكره غير متحقق ولا معقول للمكره وانما يتحقق الاكراه بحمل
المكره للمكره على الفعل باختياره خوفا من المكره على نفسه او ماله او ما في حكمهما مع حضور عقله وتمييزه بخلاف المجنون والسكران ونحوهما غيران ما اراه
اذا بلغ الالجاء اليه وتحقق وقوعه فالامكان قال لكن يبقى في هذا محل اشكال من وجه اخر وهو ان الهازل قد حكموا بفساد عقده ولم يذكروا لزومه بلحوق
الرضا وظاهر حاله انه قاصد الى اللفظ دون مدلوله لانه بالغ عاقل فالاولى اما الحاقه بالمكره في لزوم عقده مع لحوق الرضا او ابداء الفرق بكونه غير
قاصد للفظ وفيه تامل واعلم ان بيع المكره انما يتوجه اليه البطلان اذا كان بغير حق فلو اكره بحق بان توجه عليه بيع ماله لوفاء دين عليه او شراء مال اسلم
اليه فيه فاكرهه الحاكم عليه صح بيعه وشراؤه فانه اكراه بحق ومثله تقويم العبد على معتق نصيبه منه وتقويمه في فكه من الرق ليرث واكراهه على البيع
لنفقته ونفقة زوجته مع امتناعه وبيع الحيوان اذا امتنع من الانفاق عليه والعبد اذا اسلم عند الكافر والعبد المسلم والمصحف اذا اشتراهما الكافر
وسوغناه فانهما يباعان عليه قهرا او الطعام عند المخمصة يشتريه خائف التلف والمحتكر مع عدم وجود غيره واحتياج الناس اليه فكل هذه الصور
مستثناة من قولهم ان بيع المكره غير صحيح وضابطها الاكراه بحق كما قدمناه قوله ولو امره اه ان يبتاع له نفسه من مولاه قيل لا يجوز والجواز اشبه وجه
المنع اعتبار التغاير بين المتعاقدين وعبارة العبد كعبارة سيده او اشتراط اذن المولى في تصرفات العبد ولم يسبق له منه اذن ويندفع الاول بان
المغايرة الاعتبارية كافية ومن ثم اجتزأنا بكون الواحد الحقيقي موجبا قابلا وهنا اولى والثاني بان مخاطبة المستدعي بالبيع في معنى التوكيل له في تولي
القبول ويظهر جواب ما قيل من ان قوله من مولاه مستدرك لانه لا يشتري نفسه الا منه فانه ربما احترز به عن شرائه نفسه من وكيل مولاه فانه قد لا يصح

 نظرا الى وقوعه بغير اذن المولى بخلاف ما لو وقع مع المولى فانه في معنى الاذن والاقوى الجواز قوله ولو باع آه هذا قول الاكثر ويدل عليه وجود المقتضي للصحة وهو العقد الجامع للشرائط وليس ثم مانع الا اذن المالك وبحصوله بعد يزول المانع ويجتمع الشرائط واشتراط المالكية في المبيع اعم من كونه شرطا للزوم او للصحة ويؤيده حديث عروة البارقي حيث امره النبي بشراء شاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع احديهما ورده مع الاخرى فاجازه النبي وبارك له في صفقة يمينه وفي المنع احاديث وهي من الطرفين عامية الا ان ما هنا اشهر وادل على المط ولا فرق في ذلك بين البيع والشراء وان كانت المسئلة والرواية مفروضة في البيع ثم على تقدير الاجازة ولزوم العقد فهل هي ناقلة الملك من حينها ام كاشفة عن حصوله من حين عقد البيع الاقوى الثاني وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بينهما وفي احكام اخر ثانية ان شاء الله ثم ان اتحد العقد فالحكم واضح وان ترتبت العقود على الثمن او المثمن اوهما واجاز الجميع صح ايضا وان اجاز احدها فان كان هو المثمن صح في المجاز وما بعده وان كان هو الثمن صح وما قبله كذا اطلقه جماعة من الاصحاب والفرق بين المقامين ان اجازة المبيع يوجب انتقاله عن ملك المجيز الى المشتري فيصح العقود المتاخرة عنه المترتبة على فعل المشتري وتبطل السابقة لعدم الاجازة واجازة الثمن يوجب انتقاله الى ملك المجيز فيبطل التصرفات المتاخرة فيه حيث لم يجزها ويصح السابقة لان ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحة العقود السابقة والا لم يمكن تملك ذلك الثمن مثاله ما لو كان الفضولي قد باع مال المالك بكتاب مثلا ثم باع الكتاب بسيف ثم باع السيف بثوب ثم باع الثوب بفرس فاجاز المالك بيع الثوب بالفرس فان ملكه للفرس يتوقف على تملك الثوب وانما يملك الثوب اذا ملك العوض الذي اشترى به وهو السيف وانما يملك السيف اذا ملك العوض الذي اشترى به وهو الكتاب فظهر ان اجازته للعقد المتاخر يستلزم اجازة العقود السابقة والا لم يتم فيحكم بصحة ذلك كله حملا لفعل المسلم على الوجه المعتد به شرعا وهذا الحكم صحيح في هذا المثال ونظائره الا ان في مسئلة ترتب العقود على الثمن اعم منه فان من صوره ما ترتب على الثمن وهو الكتاب في هذا المثال مرارا كما لو باع ذلك الفضولي بما فيه ثم باعه المشتري بماتين ثم باعه المشتري الثاني بثلاثماية فاجاز المالك العقد الاخير فانه لا يقتضي اجازة ما سبق بل لا يصح سواه مع انه يصدق عليه ان العقود ترتبت على الثمن ولم يتم الحكم بصحة ما قبل المجاز واما مسئلة سلسلة العقود على المثمن فصحة العقود اللاحقة للمجاز مبنية على ان الاجازة كاشفة لظهور ملك كل بايع متاخر حين بيعه وان كان في ثاني الحال اما لو جعلناها ناقلة للملك من حين الاجازة فالبايع لم يكن مالكا حين بيعه وانما ملك بعد فالاجازة كانت لمالك العين ولم يحصل وعند اجازته للعقد السابق خرج اللاحق عن ملكه فلم يمكنه الاجازة فينبغي صحة البيع المتاخر على من باع فضوليا ثم انتقل اليه الملك فان فيه لزوم البيع او توقفه على اجازته ثانيا وجهان وقد ظهر بذلك ان اطلاقهم الحكم في السلسلتين يحتاج الى تنقيح قوله فان لم يجزه آه اذا لم يجز المالك البيع يرجع في عين ماله وبمائها متصلا ومنفصلا وعوض منافعها المستوفاة وغيرها وبقيمة الهالك من ذلك او مثله والمعتبر بالقيمة يوم التلف على الاقوى ان كانت التفاوت بسبب السوق وبالاعلى ان كان بسبب الزيادة العينية كالسمن او الوصفية كالعلم بصنعة ثم نسيانها ثم المشتري يرجع بذلك كله على البايع مع احد الوصفين وهما الجهل بكونها لغير البايع وادعاء البايع الاذن في البيع ولو رجع عليه المالك بالقيمة مع التلف رجع بها على البايع وان زادت على الثمن المدفوع اليه ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد حصل للمشتري نفع في مقابلة ما غرم او لا على الاقوى لغروره ودخوله على ان يكون ذلك له بغير عوض قوله وان لم يكن آه لانه غاصب مفرط فلا يرجع بشيء يغرمه للمالك مط قوله وقيل آه هذا هو المشهور بين الاصحاب مطلقين الحكم فيه الشامل لكون الثمن باقيا وتالفا ووجهه بكون المشتري قد دفعه وسلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزلة الاباحة وهذا يتم مع تلفه اما مع بقائه فلا لانه ماله وهو متسلط عليه بمقتضى الخبر ولم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه لانه انما دفعه عوضا عن شيء لا يسلم له مجانا فمع تلفه يكون اذنا في اتلافه اما مع بقائه فلا اخذ لعموم النصوص الدالة على ذلك بل يحتمل الرجوع بالثمن مط وهو الذي اختاره المص في بعض تحقيقاته لتحريم تصرف البايع فيه حيث انه اكل مال بالباطل فيكون مضمونا عليه ولولا دعوى العلامة في كرة الاجماع على عدم الرجوع مع التلف لكان في غاية القوة وحيث لا اجماع عليه مع بقاء العين فليكن القول به متعينا فان قيل كيف يجامع تحريم تصرف البايع في الثمن عدم رجوع المشتري به في حال التلف فانه لا محالة غاصب اكل للمال بالباطل فاللازم اما جواز تصرفه او جواز الرجوع اليه مط قلنا هذا الالتزام في محله ومن ثم قلنا ان القول بالرجوع مط متجه لكن لما اجمعوا على عدمه مع التلف كان هو الحجة وح نقول ان تحقق الاجماع فالامر واضح والافق الجائز ان يكون عدم جواز رجوع المشتري العالم عقوبة له حيث دفع ماله معاوضا به على محرم وعلى هذا يكون البايع مخاطبا برده او رد عوضه مع التلف فان بذله اخذه المشتري وان امتنع منه بقي للمشتري في ذمته وان لم يجز له مطالبته به ونظير ذلك ما لو حلف المنكر على عدم استحقاق المال في ذمته فانه لا يجوز للمدعي مطالبته ولا مقاصته وان كان الحق مستقرا في ذمة المنكر في نفس الامر وذلك لا يمنع من تكليفه برده وعقوبته عليه لو لم يرده ولا فرق في هذا الحكم بين كون البايع غاصبا صرفا مع علم المشتري به او فضوليا ولم يجز المالك كما هو مقتضى الفرض قوله وكان فيما لا يملك آه الموقوف هو البيع المضمر في كان اي كان البيع فيما لا يملك موقوفا على اجازة المالك ولا بعد في كون البيع الواحد لازما موقوفا باعتبارين حيث يشتمل على شيئين مختلفين في الحكم قوله ويقسط الثمن بان يقوما جميعا ثم يقوم احدهما منفردا ويرجع على البايع بحصته من الثمن المراد انه يقوم احدهما منفردا ثم ينسب الى المجموع ويوخذ له من الثمن بتلك النسبة لا انه يسقط من الثمن بقدر ما يقوم به كما يشعر به اطلاق العبارة لان القيمة المذكورة قد تستوعب مجموع الثمن او يزيد عليه مثال ذلك ان يقوما معا فاذا قيل قيمتهما عشرون ثم يقوم احدهما المستحق لغيره انه لا تفاوت هنا لتحقق العلم بقيمة المردود فاذا قيل قيمة احدهما عشرة فنسبتها الى المجموع النصف فيرجع بنصف الثمن كائنا ما كان وهكذا فلو فرض كون مجموع الثمن عشرة كان الرجوع في المثال بخمسة وهي نسبة احدهما الى المجموع فلولا اعتبار النسبة لزم اخذ الثمن والمثمن الباقي بغير عوض وانما يعتبر قيمتهما مجتمعين اذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل واحد منفردا كعبدين وثوبين مثلا اما لو استلزم اجتماعهما زيادة القيمة كمصراعي باب كل واحد لمالك فانهما لا يقومان مجتمعين اذ لا يستحق مالك كل واحد حصته الا منفردا فلا يستحق ما يزيد باجتماعهما وطريق تقويمهما على هذا ان يقوم كل منهما

 منفردا ويجب قيمة احدهما الى مجموع القيمتين ويوخذ من الثمن بتلك النسبة فاذا قوم كل منهما منفردا بعشرة يوخذ نصف الثمن لانه نسبة احدهما الى المجموع منفردين وهذا الحكم كله في مثال المص ولنحوه لانه فرضه في بيع ما يملكه البايع وما لا يملكه في عقد فلو فرض كونهما لمالك واحد كما لو باع الفضولي المصراعين معا فاجاز مالكهما في احدهما دون الاخر فهنا ينبغي تقويمهما مجتمعين كالغاصب لهما منفردين كما لو كانا لمالكين نظرا ولو اراد آه وهذا يتم مع جهله بكون احدهما ملكا لغير البايع اما مع علمه فلا خيار له وكذا القول في كل موضع ثبت فيه الخيار للمشتري بتبعض الصفقة فانه مقيد بجهل ذي الخيار بالحال قبل البيع فان قيل كيف يصح البيع في البعض مع ان التراضي انما وقع على المجموع وبدونه يمتنع صحة العقد قلنا ان العقد في نفسه صحيح لكنه غير لازم فاذا طرئ على الصحة بطلان البيع في البعض بسبب عدم الاجازة بقي الباقي يحكم بصحته اذ لا دليل على بطلانه بعد الحكم بالصحة غاية ما في الباب جبره بالخيار مع جهله ولو كان عالما فلا اشكال في صحة ذلك البعض لقدومه على ذلك قوله وكذا آه طريق تقويم ذلك ان يقوم الحر لو كان عبدا بالوصف الذي هو عليه من كبر وصغر وبياض وسواد وغيرها واما الخمر والخنزير فيرجع فيها الى قيمتها عند مستحليها لا بمعنى قبول قولهم في القيمة لاشتراط عدالة المقوم بل يمكن فرضه في تقويم عدلين قد سلما عن كفر يشتمل على استحلالهما او مطلعين على قيمتها عندهم لكثرة المخالطة لهم وعدم اجتنابهم منهما ولو قيل بقبول اخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب ويحصل بقولهم الظن الغالب المقارب للعلم امكن ويبقى في المسئلة اشكال من وجهين احدهما ان المشتري لهذين الشيئين ان كان جاهلا بالاملاك توجه ما ذكر لقصده الى شرائهما فاذا لم يتم له الامران وزع الثمن اما اذا كان عالما بفساد البيع فيما لا يملك اشكل صحة البيع مع جهله بما يوجبه التقسيط لافضائه الى الجهل بثمن المبيع حال البيع لانه في قوة بعتك العبد بما يخصه من الالف اذا وزعت عليه وعلى شيء اخر وهو باطل وقد نبه على ذلك العلامة في كرة وقال ان البطلان ح ليس بعيدا من الصواب والثاني ان هذا الحكم اعني التوزيع انما يتم ايضا قبل اقباض المشتري الثمن او بعده مع جهله بالفساد اما مع علمه فيشكل التقسيط ليرجع بقسطه لتسليطه البايع عليه واباحته له فيكون كما لو دفعه الى بايع مال غيره كالغاصب وقد تقدم ان الاصحاب لا يجيزون الرجوع بالثمن اما مط او مع تلفه فينبغي هنا مثله الا ان يقال ان المخرج بالاجماع والا فالدليل قائم على خلافه فيقتصر فيه على مورده وهو حسن ان تم قوله والاب والجد يمضي تصرفهما ما دام الولد غير كامل ولايتهما بثبوت البلوغ والرشد مفهوم صدر العبارة زوال ولايتهما عند ثبوت الرشد وان لم يبلغ لانه جعل هذه الولاية في زمن عدم الرشد ومفهوم عجزها ان ولايتهما لا تنقطع ما لم يجتمع الوصفان البلوغ والرشد والثاني هو الصواب اما الاول فمفهومه لا يعمل به على ما حقق في الاصول وكان الموجب لتغييره كذلك قصد اثبات حكم الولاية لهما عليه وان بلغ وطعن في السن ما دام غير رشيد وترك الاحتراز من تحقق الرشد قبل البلوغ لظهور حكم الحجر على الصبي مط ولا اشتراط في ثبوت ولايتهما على غير الرشيد استمرار سفهه قبل البلوغ ليستصحب حكم الولاية لهما عليه من الصغر فلو بلغ ورشد ثم زال رشده لم تعد ولايتهما بل يكون للحاكم وكذا في الجنون قوله ويجوز لهما آه هذا هو الاصح وكذا يجوز تولي طرفيه في كل موضع يثبت للمتولي الولاية من الجانبين ولو بالاستنابة فان المغايرة الاعتبارية كافية في ذلك قوله وهل يجوز جواز تولي الوكيل طرفي العقد يقع فيه الاشكال في موضعين احدهما ان للموكل مباشرة الايجاب والقبول معا والاصح جوازه كما تقدم والثاني بيعه او كل فيه من نفسه فقد قيل انه لا يجوز فيه مع عدم اذن الموكل فيه صريحا بان يقول له بعه ولو من نفسك او يعلمه ويقول ابيعه ولو من نفسي فرضي الموكل بذلك والثاني الجواز مع الاطلاق وهذا هو الذي نقل المص الخلاف فيه دون الاول والاصح الجواز مع الاعلام ومع القرينة الدالة على ان الموكل انما يريد البيع لا لخصوصية المشتري اما لو تولى الطرفين بالوكالة عن المشتري ايضا فانه يصح نظرا الى جواز تولي الطرفين في غيره وان كانت العبارة هنا وقعت مطلقة قوله والوصي اي تولية طرفيه لنفسه كما تقدم اما لغيره فيصح بغير تردد من المص في المسئلتين والاصح الجواز مط قوله وقيل هذا القول هو المشهور بين الاصحاب وكثير منهم لم يذكر خلافا وشرط بعضهم مع ملائة الرهن عليه حذرا من افلاسه وزيادة ديونه فيحفظ الرهن مال الطفل وهو حسن وكذا يجب الاشهاد حفظا للحق وانما يصح له التقويم على نفسه مع كون البيع مصلحة للطفل اذ لا يصح بيع ماله بدونها مط اما الاقراض فشرطه عدم الاضرار بالطفل وان لم تكن المصلحة موجودة وقد تقدم تعريف الملاءة في الزكوة قوله اما الحاكم آه يشترط في الصغير عدم الاب والجد له وان علا وفي السفيه ذلك او تجدده بعد البلوغ والا فلو بلغ سفيها لم يزل عنه ولاية الاب والجد وكذا القول في المجنون والمفلس قوله وان يكون يمكن ان يريد بالمسلم من حكم باسلامه ظاهرا الان ذلك هو المتبادر من لفظ المسلم واجراء احكامه عليه فيدخل فيه فرق المسلمين المحكوم بكفرهم كالخوارج والنواصب ويمكن ان يريد به المسلم حقيقة نظرا الى ان غيره اذا حكم بكفره داخل في دليل المنع الدال على انتفاء السبيل للكافر على المسلم وهذا هو الاولى لكن لم اقف على مصرح به وفي حكم العبد المسلم المصحف وابعاضه دون كتب الحديث النبوية وتردد في كرة فيها قوله وقيل آه الاشبه اشبه فان الجبر لا ينفي اصل السبيل قوله ولو ابتاع آه هذا هو الاقوى وفي حكم الابتياع كل من ينعتق على الكافر فلو عم كان اولى وفي حكمه كل شراء يستعقب العتق كما لو قال بحر عبدك عني ثم اشتراه فانه ينعتق عليه بمجرد الشراء ومثله لو قال لغيره اعتق عبدك المسلم عني وتابعه ان سوغناه فانه شراء ضمني وانما يمتنع دخول العبد المسلم في ملك الكافر اختيارا كالشراء والاتهاب ونحوهما اما غيره كالارث واسلام عبده الكافر فلا بل يجبر على بيعه بثمن المثل على الفور ان وجد راغب والا حيل بينهما بمسلم الى ان يوجد الراغب ونفقته زمن المهلة عليه وكسبه له وفي حكم البيع الاجارة الواقعة على عينه اما على ذمته فلا لا جود الصحة كما لو استدان منه وكذا ارتهنه عنده لما لو وضع على يد مسلم نعم لو وقع عاريته له قولان اجودهما المنع وفي ابداعه له وجهان اجودهما الصحة لانه ضرب استخدام لا ذو سبيل قوله كالخمر والعقارب آه لعدم عدها مالا عرفا وشرعا ولا اعتبار بما يورد في الخواص من منافعها فانها مع ذلك لا تعد مالا قوله عدا الكلب لانه طاهر ينتفع به نفعا ظاهرا فيجوز بيعه واخذ العوض عليه في اجارة الظئر خلافا للبعض اما منه قوله ولا الماء آه هذا اذا كانت في مباح لم يتوقف ملكها على الحيازة اما لو كانت في ملكه فالوجه انها له تبعا للملك فيصح بيعهما ويحرم على غيره اخذهما بغير اذنه وبه صرح في كرة فعلى هذا لو باع الارض لم يدخل الكلاء ولا الماء الا ان ينص عليهما او يذكر لفظا يعمهما قوله والارض آه هذا القول قوي وقد تقدم

البحث فيه في الجملة قوله وفي بيع اه منع الشيخ ره من بيع بيوت مكة واجارتها ومنع المسلمين من سكناها اذا كانت خالية محتجا بالخبر وبانه الاسرى من المسجد الحرام
مع انه كان في دار ام هانئ والمشهور الجواز وعليه العمل وتسميته مكة مسجدا مجاز والشرف في المجاورة وقد اضاف الله سبحانه دورها الى اربابها في قوله للفقراء المهاجرين
الذين اخرجوا من ديارهم والمفهوم منه الملك قوله اما ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه وماء النهر لمن حفره فيجوز بيعه جملة وبيع بعضه كيلا ووزنا جزافا
ولو على الشاطئ لانه مملوك متمول قوله فلا يصح بيع الوقف قد اضطرب فتوى الاصحاب في هذه المسئلة اضطرابا عظيما حتى من الرجل الواحد في كتاب واحد
كما وقع للمصنف ره فانه هنا شرط في جواز بيعه ثلثة شرائط الخلاف بين اربابه بحيث يؤدي بقائه الى خرابه وكون البيع اعود وفي الوقف اكتفى في الجواز بوقوع الخلف
بين اربابه بحيث يخشى خرابه فاكتفى بخوف الخراب وهنا شرط الاداء اليه ولم يشترط مع ذلك كون البيع اعود والاقوى في هذه المسئلة ما دلت عليه صحيحة
علي بن مهزيار من جواز البيع اذا وقع بين ارباب الوقف خلف شديد وعلله بانه ربما فيه تلف الاموال والنفوس والظاهر ان خوف ادائه اليهما او الى احدهما ليس
بشرط بل ظاهره انه عرضة لذلك وما عدا هذه الصورة لا دليل عليه نعم في رواية جعفر بن حنان جواز بيعه مع حاجة اربابه اليه بحيث لا يكفيهم غلته اذا
اتفقوا عليه كلهم وكان البيع خيرا لهم وعمل بها بعض الاصحاب وفي سندها ضعف لجهالة جعفر بن حنان وزاد بعضهم ما لو خرب وتعطل ولم يبق فيه نفع على الوجه
اصلا وهو حسن لفوات مقصود الوقف من تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وذلك كما لو خلقت حصير المسجد او جذعه بحيث لا يصلحان للانتفاع فيه
فيجوز بيعهما للوقود ونحوه وباقي الاقوال كلها مدخولة ودليل المنع عام وحيث يجوز البيع يشترى بثمنه ما يكون وقفا على ذلك الوجه ان امكن ويجب
تحصيل الاقرب الى صفة الموقوف الاقرب فالاقرب والمتولي لذلك الناظر الخاص ان كان او الموقوف عليه ان كان منحصرا والا فالناظر العام قوله ولا بيع اه
الاقوى عدم اشتراط موته لاطلاق النص والمراد باعساره ان لا يكون له من المال ما يوفي ثمنها زائدا على المستثنيات في وفاء الدين وهذان الفردان المستثنيان
مورد النص وقد الحق بهما الاصحاب مواضع اخر كبيعها اذا مات قريبها التعتق ورث وبيعها على من تعتق عليه وبشرط العتق على قول واذا جنت على غير
المولى ليدفع ثمنها او رقبتها في الجناية واذا كان علوقها بعد الارتهان او بعد الافلاس واذا عجز عن نفقتها واذا مات مولاها ولم يخلف سواها وعليه دين
مستغرق واذا لم يتصور عتقها وفي كفنه اذا لم يخلف سواها واذا اسلمت قبل مولاها الكافر واذا كان ولدها غير وارث وزاد بعضهم ما لو جنت على مولاه
او قتلته خطا قوله ولا بيع الرهن الا مع الاذن يجوز كون المحكوم بعدم جواز بيعه للرهن هو الراهن والمرتهن اما الراهن فظاهر انه لا يجوز بيعه للرهن الا مع اذن
المرتهن لانه ممنوع من التصرف فيه واما المرتهن فلا يجوز له بيع الرهن لذلك وكيلا فيه بل يتوقف بيعه على اذن المالك فان امتنع استاذن الحاكم فان تعذر
جاز له البيع بنفسه على الاقوى وكيف كان فلا يجوز له بيع الرهن مطلقا على بعض الوجوه او لا يجوز مطلقا كما اطلقه جماعة منهم المصنف بناء على انه لا يجوز بيعه من حيث
هو مرتهن وح فلا ينافي جواز بيعه اذا كان وكيلا لان الجواز من حيث كونه وكيلا لا غير قوله ولا يمنع التردد في العمد فقد ابطل الشيخ بيعه فيه لتخير المجني عليه
بين استرقاقه وقتله وهو غير مانع من صحة البيع لعدم اقتضائه خروجه عن ملك ما لكه نعم يصير لزوم البيع مراعى برضاء المجني عليه بفدائه بالمال فان قبل
فكمولى لزم البيع وان قتله او استرقه بطل ولو كان المشتري جاهلا بالجناية تخير بين الفسخ والامضاء قبل استقرار حاله لانه عيب في الجملة وفي معرض التلف
ولو كانت الجناية خطأ كان التخيير للمولى بين بذله وفدائه باقل الامرين من قيمته وارش الجناية فان ارش الجناية ان كان اقل من قيمته فهو اللازم بمقتضاها وان
كانت القيمة اقل فالجاني لا يجني على اكثر من نفسه فيصح البيع ويكون التزاما بالفداء على اصح القولين ثم ان فداه والا جاز للمجني عليه استرقاقه فينفسخ البيع لان حقه
اسبق وللمشتري الخيار ايضا اذا لم يعلم ببقاء الحق في رقبته فان فسخ رجع بالثمن وكذا ان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبته فاخذ بها فان المشتري يرجع
بالثمن ايضا وان كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدر ارشه ولو كان عالما بعيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لانه اشترى معيبا عالما بعيبه ثم ان فداه
السيد او المشتري فالبيع بحاله والا بطل مع الاستيعاب وفداء المشتري له كقضاء دين غيره يعتبر في رجوعه عليه اذنه فيه قوله فلا يصح اي الى ما يصح بيعه منفردا
فيخرج بضميمته الى الآبق اخر وما لا يتفرد بالبيع لقلته ونحوها ويعتبر كونها من مالك العبد ليستحق جميع الثمن اذ لو كانت من غيره لم يستحق شيئا فيمتنع صحة بيعه
وفي صحيحة رفاعة عن الكاظم دليل عليه وكما يجوز بيع الواحد منضما فكذا الاكثر ولو كان مع الثمن المملول ابق اخر صح ايضا لوجود المقتضي في الجميع وانما يمنع
بيع الآبق مع تعذر تسليمه فلو امكن صح وان سمي آبقا ولو امكن للمشتري خاصة فالاقوى الجواز ولا يلحق به غيره مما في معناه كالبعير الشارد والفرس العاير
على الاقوى اقتصارا فيما خالف الاصل على المنصوص فعلى هذا يبطل البيع للغرر ويحتمل الصحة مراعاة بالتسليم قوله ولو لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع
بمعنى انه لا يوزع عليها وعلى الآبق ويرجع بحصته منه بل ينزل الآبق بالنسبة الى الثمن منزلة المعدوم وليس المراد ان الآبق يخرج عن كونه مبيعا بل ينحصر الثمن
في الضميمة اذ لا تعذر بتحصيله كما يقتضيه ظاهر العبارة بل ظاهر عبارة الجميع لان الآبق جزء من الثمن والبيع قد وقع عليهما والقدرة على تسليمه ليست
شرطا في صحة البيع ومقتضى البيع توزيع الثمن على جميع المثمن فلما تخيل من ذلك رجوع المشتري بشيء عند تعذر رقبته نبهوا عليه بقولهم ان الثمن في مقابلة
الضميمة والمراد انه يستحق باسره بازاء ما دفع من الضميمة ويظهر الفائدة في دخول ملك المشتري وان لم يقدر على تحصيله فيصح له عتقه عن الكفارة وغيرها
مما يترتب على الملك ويشترط في الآبق ما يشترط في سائر المبيع غير القدرة على القبض ويلحقه احكام المبيع كلها ويعتبر كونه معلوما عند المشتري بالمشاهدة
او الوصف الرافع للجهالة موجودا عند العقد فلو ظهر تالفا قبله او مستحقا لغير البائع او مخالفا للوصف البائع او معيبا ففي الحاقه بتعذره فلا يؤثر في صحة
البيع ولا يستحق ارشا ولا ردا او يلحق كل واحد حكمه فيبطل في الاولين ما قابله ويتخير في الاخير من نظر قوله ويصح اه تنزيلا للعادة منزلة التواطي فيكون بمنزلة
بيع العبد المنفذ في الاشغال والدابة المرسلة في المرعى ويتردد السلامة في بيع في الصحة بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم وان عوده غير موثوق
به اذ ليس له عقل باعث وهو احتمال موجه وان كان الاول اولى قوله والسموك اه المعتبر من المشاهدة ما يزول به الغرر فلا يعتبر عدة في الماء لان
ذلك غير شرط في صحة بيع النبات في الماء صرح به العلامة في كره واشترط مع ما ذكره شرطا اخر وهو امكان صيده فلو كان الماء في بركة محصورة

٢٢٥

لكنها كبيرة جدا وفيها ما يمتنع من صيده عادة لم يجز وهو حسن قوله ولو باع ما يتعذر تسليمه اه منشأ التردد من العجز الحالي وامكان التسليم في الجملة غايته تعقيب
وصف في فوات المنفعة قبل الامكان والاقوى الجواز ثم ان كان المشتري عالما بالحال فلا خيار له والا ثبت له الخيار قوله كان قبضا فقد تقدم ان المقبوض
بالبيع الفاسد مضمون على القابض لكن لم يذكر كيفية الضمان فلذا اعاده ووجه ما اختاره من ضمانه بقيمته يوم القبض انه مضمون عليه من ذلك الوقت بسببه
فثبت البيع المضمون به كما يضمن بصحيحه ووجه الثاني ان زيادة العين مضمونة مع بقائها فكذا مع تلفها ولانه في كل وقت مخاطب بادائه العين فالانتقال الى القيمة
انما هو عند تعذرها فيها ضعف لقول بضمانها بالقيمة عند القبض وظهر ان الثاني اقوى لكن بشرط ان يكون التفاوت بسبب نقص في العين او زيادة فلو
كان باختلاف السوق لم يضمن واعتبر قيمتها يوم التلف ولا يخفى ان هذا كله في القيمي واما في المثلي فيضمن بمثله ان تعذر فقيمته يوم الاعواز على الاقوى
كما يضمن العين يضمن منافعها سواء استوفاها ام لا على الاقوى قوله ولو زاد بفعل المشتري كان له قيمة الزيادة هذا مع جهله اما مع علمه فليس له الا الزيادة
العينية التي يمكن فصلها فالوصفية كالصنعة لا يستحق بسببها شيئا وبالجملة فحكمه مع العلم حكم الغاصب وهذا هو اصح الاقوال في المسئلة والمصنف لم يذكر
فيها خلافا استضعافا لها مع انه اشار اليه في مختصره قوله فلا يجوز هذا هو المشهور وعليه الفتوى وذهب بعض الاصحاب الى جوازه مع المشاهدة وهو ضعيف
قوله ولو كان مشاهدا كالصبرة جوز ابن الجنيد بيع الصبرة مع المشاهدة دون غيرها فلذا خصها المص بالذكر وهو ضعيف قوله ولا يجوز اه او شيء منه مقدر
غير معين كذراع منه اما لو عينه في جهة كما لو قال من هذا الطرف الى حيث ينتهي ففي صحته قولان لوجود الصحة لانتفاء الغرر بذلك ولو قصد بالمعين
الاشاعة وكان المجموع معلوم القدر كذراع من ثوب عشرة اذرع صح ايضا وكان شريكا بالنسبة ولو اختلفا في القصد قدم قول مدعي الاشاعة ترجيحا
لجانب الصحة قوله او الجريب من الارض والطعام مقدار معلوم قاله الجوهري وقيل انه مقداره من الارض عشرة اذرع قوله وكذا يجوز لو كان من اصل مجهول كقوله
من صبرة مجهولة القدر ولو علم اشتمالها على المبيع والافلا وهل ينزل على الاشاعة او يكون المبيع مملوكا في الجملة وجهان اقربهما الثاني وتظهر الفائدة فيما لو
تلف بعضها فعلى الاشاعة يتلف من المبيع بالنسبة وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدر المبتاع قوله واذا تعذر ينبغي ان يراد بالتعذر هنا المشقة والتعسر على وجه
لا يجوز لا حقيقة التعذر وقد صرح الشهيد بالتعسر وهو اجود وانما عبر المص وغيره بالتعذر تبعا للحديث عن الصادق سئل عن الجوز لا يستطيع ان يعده فيكال
بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك من المعدود فقال لا باس به وفي حكمه الموزون والمكيل حيث يشق وزنهما وقد سئل ايضا الرجل اشترى ما ئتي
راوية زيتا فاعترض راوية او اثنتين فاتزنهما ثم اخذ سائره على قدر ذلك فقال لا باس ولا يخفى ان هذه الرواية تقييد بالعجز ولا بالمشقة وينبغي القول بجوازه
مطلقا للرواية ولزوال الغرر بذلك وحصول العلم والتفاوت اليسير مغتفر كما في اختلاف المكاييل والموازين ولا قائل بالفرق بين الثلثة حتى يتوجه القول با
لاجزاء في الموزون خاصة للرواية ولان التعدد داخل في الجهالة واقل ضبطا قوله ويجوز بيع الثوب والارض مع المشاهدة وان لم يمسحا ولو مسحا كان احوط لتفاوت
الغرض في ذلك وتعذر ادراكه بالمشاهدة نقل في كره الاجماع على جواز بيعهما بالمشاهدة والظاهر انه اراد به من اهل العلم كافة فما ذكره المص من الاحتياط ليس على
جهة الخلاف بل لتاكيد الوضوح ونقل في س عن ظاهر الخلاف المنع فلعله اشار بالاحتياط اليه والمراد بمشاهدة الثوب الكافية في صحة بيعه مشاهدته منشورا
فلو كان مطويا لم يكف الا مع تقليبه على وجه يوجب معرفته كما لو كان غير متفاوت ولا منقوش نقشا يختلف ويخفى في مطاويه ومثله القول في البسط والزرابي
ونحوها قوله ويكفي اه نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اشترط مقارنة الرؤية للبيع فلو تقدمت بطل عنده واجماعنا واكثر اهل العلم على خلافه لكن
بشرط ان لا يكون مما يتغير في تلك المدة عادة والا بطل البيع لانه مجهول قوله وان اختلفا فيه فالقول قول المبتاع مع يمينه على تردد وجه التردد من ان البائع
يدعي عليه الاطلاع على المبيع على الصفة الموجودة والرضا به والمشتري ينكره فيكون القول قوله لاصالة عدمه ومن تحقق الاطلاع القديم المجوز للبيع واصالة عدم
التغير ولزوم العقد فيكون القول قول البائع والاول اقوى لما ذكره ولان الاصل عدم وصول حقه اليه فيكون في معنى المنكر وان كان بصورة المدعي
فيحلف على ان المبيع ليس بالصفة التي اشتراه عليها والمعتبر من التغير الموجب للتخيير هنا ما اختلف بسببه الثمن اختلافا لا يتسامح بمثله غالبا او يوجب
اختلاف الرغبات وبالجملة فالرؤية بمثابة الشرط للصفات الكائنة عند الرؤية فكلما فات منها كان كما لو تبين الخلف بالشرط فرع لو اتفقا على تغيره لكن
اختلفا في تقدمه على البيع وتاخره فان شهدت القرائن باحدهما حكم به من غير يمين وان احتمل الامران فالوجهان من اصالة عدم وصول حق المشتري اليه واصالة
عدم تقدم التغير قوله وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف على ان الاصل فيه تردد والاولى الجواز موضع الخلاف ما لو كان المبيع مشاهدا بحيث
يرتفع الجهالة عنه من جهة القوام واللون وغيرهما وانما تخلف عنه الطعم والريح فالاقوى صحة البيع احالة له على مقتضى طبعه فان ظهر بخلاف المعروف
منه تخير المشتري فان طعم العسل والدبس وريح المسك ونحوها امر مضبوط عرفا فيجوز الاعتماد على مقتضى طبعه اذ ليس المراد بالاصل الا شرط العلم بالمبيع ان يرتفع الجهالة
بكل وجه فان رؤية ظاهر الصبرة ونحوها كافية مع احتمال المخالفة وكذا البيع بالوصف قوله ويتساوى في ذلك الاعمى والمبصر نبه بذلك على خلاف
سلار حيث ذهب الى تخيير الاعمى بين الرد والارش وان تصرف وح فذلك في العبارة اشارة الى قوله ويتعين الارش مع احداث حدث فيه المتصل به قوله
فان شراه اه مقتضى اطلاق العبارة جواز شرائه مطلقا من غير اشتراط الصحة ويكون الاطلاق منزلا عليه وفي بعض عبارات الاصحاب جاز شراؤه بشرط الصحة
وفي عبارة الشيخ وجماعة بشرط الصحة والبراءة من العيوب وعبارة المص اجود ثم ان اطلق اقتضى الصحة وجاز له الارش مع ظهوره بعد الكسر ولا رد للتصرف
وان شرط البائع البراءة من العيوب صح ولا خيار لو ظهر معيبا كما اطلقه الجماعة ويشكل فيما لو ظهر كله معيبا ولم يكن لمكسوره قيمة كالبيض فان مقتضى الشرط عدم
الثمن كله لعدم وجود ما يقابله وهو مناف لمقتضى العقد اذ لا شيء في مقابلة الثمن ح فيكون اكل مال بالباطل فيتجه بطلان الشرط وقد نبه على ذلك في س
قوله ولو لم يكن اه بمعنى بطلان البيع لعدم وجود عوض في مقابلة الثمن لكن هل يحكم ببطلان البيع من اصله نظرا الى عدم تقويم المثمن في نفس الامر من حين
العقد ام من حين ظهور الفساد لانه كان مالا متقوما ظاهرا وجهان وتظهر الفائدة فيما لو تبرأ البائع من عيبه وفيما لو افتقر الى مؤنة لنقله وكسره والكد

بقيمة ان المنية على المشتري مط لعدم المقصود لوجوده بها وان كان الفعل في ملك غيره وقد عرفت حكم المشتري من الغبن في ذلك فينتفي فائدة الخلاف قوله ولا يجوز المراد به السمك الذي ليس بمشاهد ولا محصور كما يظهر من اضافته الى الآجام والآجام جمع اجمة بالتحريك وهي غابة القصب والقول بالجواز مع الضميمة مذهب الشيخ وجماعة استنادا الى اخبار ضعيفة والذي اختاره المتاخرون ان المقصود بالبيع ان كان هو القصب وجعل السمك تابعا له صح البيع وان انعكس او كانا مقصودين لم يصح وهو الاقوى وكذا القول في كل مجهول ضم الى معلوم كالحمل واللبن الذي في الضرع وغيرهما قوله وكذا اللبن جوزه الشيخ مع الضميمة ولو الى ما يوجد في مدة معلومة استنادا الى رواية ضعيفة والوجه المنع الا على التفصيل السابق نعم لو صالح على ما في الضرع او على ما سيوجد مدة معلومة فالاجود الصحة قوله وكذا الجلود والاصواف والاوبار والشعر اي لا يصح بيع جميع ذلك ولا كل واحد منها منفردا ولا مع ضم شيء اخر اليه لجهالته ولان ما عدا الجلود من المذكورات موزون فلا يباع جزافا والاقوى جواز بيع ما عدا الجلد منفردا ومنضما مع مشاهدته وان جهل وزنه لانه غير موزون كالثمرة على الشجرة وان كان موزونا لو قلع كالثمرة وفي بعض الاخبار دلالة عليه وينبغي مع ذلك جزه في الحال او شرط تأخيره الى مدة معلومة قوله وكذا ما في بطونها وكذا اذا ضمهما الضمير المثنى يعود الى النوعين السابقين وهما ما في بطونها وما على ظهورها من الصوف والشعر والوبر والمراد انه لا يصح بيع كل واحد منهما منفردا ولا منضما الى غيره ولا احدهما منضما الى الاخر وحيث عرفت ان بيع ما على الظهور من المذكورات صحيح فيجوز ضم ما في البطن اليه اذا كان المقصود بالذات هو ما على الظهر كما تقدم في القاعدة وكذا يصح بيعه مع ضميمة الى كل مقصود كالحامل وغيرها قوله المسك في فاره بالهمز جمع فارة بها ايضا كالفارة في غيره وهي الجلدة المشتملة على المسك يجوز بيعه فيه وان لم يفتق بناء على اصل السلامة فان ظهر بعد الفتق معيبا لزمه حكمه والمراد بفتقه على ما ذكره جماعة ادخال خيط فيه ثم اخراجه وشمه قوله يجوز ان يندر له الاندار بالدال المهملة الاسقاط والمراد اسقاط قدر معين للظروف يحتمل كونها بذلك القدر او يزيد يسيرا او ينقص يسيرا فلو علم يقينا زيادة المسقط على وزنها لم يصح الا بتراضي المتبايعين لان في ذلك تضييعا لمال احدهما بخلاف ما اذا كان برضاهما وكما لا يجوز وضع ما يزيد كذا ما ينقص لاشتراكهما في المعنى والمراد بيعه بالظروف من غير وضع جعل مجموع الموزون من الظرف والمظروف بسعر واحد ولا يضر جهل وزن كل واحد لان معرفة الجملة كافية كنظائره مما يباع منضما قوله يستحب ان يتفقه فيما يتولاه المراد بالتفقه هنا العلم بالاحكام الشرعية المتعلقة بما يتولاه من التجر ولو بالتقليد ليعرف صحيح العقد من فاسده ويسلم من الربا ويعمل بمقتضى احكامه وقد قال علي ع من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم وكان ع يقول على المنبر يا معشر التجار الفقه ثم المتجر والله الربا في هذه الامة اخفى من دبيب النملة على الصفا التاجر فاجر والفاجر في النار الا من اخذ الحق واعطى الحق قوله وان يسوي البايع بين المتبايعين في الانصاف بمعنى انه لا يفاوت بينهم بسبب المماكسة وعدمها ولا بين الصغير والكبير ونحوهما اما لو فاوت بينهما بسبب الفضل والدين فلا باس قوله وان يقيل من استقاله عن ابي عبد الله ع قال ايما عبد مسلم اقال مسلما في بيع اقاله الله عثرته يوم القيمة قوله وان يشهد الشهادتين وان يكبر الله تع اذا اشترى وليكن التكبير ثلثا وليقل بعده اللهم اني اشتريته التمس فيه من فضلك فاجعل لي فيه فضلا اللهم اني اشتريته التمس فيه رزقا فاجعل لي فيه رزقا ومحله بعد الشراء قوله وان يقبض لنفسه ناقصا ويعطي راجحا ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة قدم من بيده الميزان والمكيال قوله ويكره مدح البايع لما يبيعه وذم المشتري لما يشتريه لقوله ع من باع واشترى فليحفظ خمس خصال والا فلا يشترين ولا يبيعن الربا والحلف وكتمان العيب والحمد اذا باع والذم اذا اشترى ولو ذم سلعة نفسه صادقا فلا باس قوله واليمين على البيع وكذا الشرى قال الكاظم ع ثلثة لا ينظر الله اليهم احدهم رجل اتخذ الله عز وجل بضاعة لا يشتري الا بيمين ولا يبيع الا بيمين قوله والبيع في موضع يستتر فيه العيوب كالموضع المظلم حذرا من الغش قال هشام بن الحكم كنت ابيع السابري في الظلال فمر بي الكاظم ع فقال يا هشام ان البيع في الظلال غش والغش لا يحل ومثله اظهار جيد المتاع وكتم رديه قال النبي ص لفاعل ذلك ما اراك الا قد جمعت خيانة وغشا للمسلمين قوله والربح على المؤمن الا مع الضرورة فيربح قوت يومه هذا اذا اشترى منه للقوت وكان بمائة درهم فصاعدا اما لو اشترى للتجارة فلا باس قال الص ع ربح المؤمن على المؤمن حرام الا ان يشتري باكثر من مائة درهم فاربح عليه قوت يومك او يشتريه للتجارة فاربحوا عليهم وارفقوا بهم قوله وعلى من يعده بالاحسان بان يقول له هلم احسن اليك فيجعل احسانه الموعود به ترك الربح عليه قال الص ع اذا قال الرجل للرجل هلم احسن بيعك يحرم عليه الربح قوله والسوم آه اي الاشتغال بالتجارة ذلك الوقت لانه وقت دعاء ومسئلة وفي الحديث ان الدعاء فيه ابلغ من طلب الرزق من الضرب في البلاد وفي خبر اخر نهى رسول الله ص عن السوم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس قوله ومبايعة الادنين فسر بانه لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه وبالذي لا يسره الاحسان ولا يسوءه الاسائة وبالذي يحاسب على الدون والسفلة بمعناهم وفي الحديث النهي عن معاملة ومخالطة من لم ينشأ في الخير قوله وذوي العاهات اي ذوي النقص في ابدانهم وعلل في عدة اخبار بانهم اظلم شيء قوله والاكراد للحديث عن الص ع وفيه النهي عن مخالطتهم وعلله بان الاكراد حي من احياء الجن كشف الله عنهم الغطاء قوله والتعرض للكيل او الوزن اذا لم يحسنه حذرا من الزيادة والنقصان المؤديين الى المحرم وفي الاخبار النهي عنه وحرمه بعض الاصحاب قوله والاستحطاط من الثمن بعد العقد لنهي النبي ص عنه وعن الص ع الوضيعة بعد الصفقة حرام والمراد تاكيد الكراهة قوله والزيادة آه بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد ان اراد قال الص ع كان امير المؤمنين ع يقول اذا نادى المنادي فليس لك ان تزيد وانما يحرم الزيادة النداء ويحلها السكوت قوله ودخوله آه المراد بالدخول في سومه ان يطلب المتاع الذي يريد ان يشتريه بان يزيد في الثمن ليقدمه البايع او يبذل للمشتري متاعا غير ما اتفق عليه هو والبايع وقد نهي عنه في الاخبار قال النبي ص لا يسوم الرجل على سوم اخيه وهو خبر معناه النهي والاصل في النهي التحريم ومن ثم ذهب الشيخ وجماعة الى تحريمه واستظهر المص الكراهة للاصل والجهل بسند الحديث ولو صح تعين القول بالتحريم وانما يحرم او يكره بعد تراضيهما او قربه فلو ظهر منه ما يدل على عدم الرضا وطلب الزيادة او جهل حاله لم يحرم ولم يكره اتفاقا ولو طلب الداخل من الطالب الترك لم يحرم وفي كراهته وجه ولا كراهة في ترك الملتمس منه قطعا بل ربما استحب اجابته اذا كان مؤمنا قوله وان يتوكل آه المراد بالبادي الغريب الجالب للبلد اعم من كونه من البادية او قرويا ومعناه ان يحمل البدوي او القروي متاعه الى بلد فياتيه البلدي ويقول انا ابيعه لك باعلا مما

ولا يجوز بيع سمك الآجام ولو كان مملوكا لجهالته وان ضم اليه القصب او غيره على الاصح وكذا اللبن في الضرع ولو ضم اليه ما يحلب منه وكذا الجلود والاصواف والاوبار والشعر على الانعام ولو ضم اليه غيره وكذا ما في بطونها وكذا اذا ضمهما مسائل الاولى المسك طاهر يجوز بيعه في فاره وان لم يفتق وفتقه احوط الثانية يجوز ان يندر للظروف ما يحتمل الزيادة والنقيصة ولا يجوز وضع ما يزيد الا بالمراضاة ويجوز بيعه مع الظروف من غير وضع ... فيستحب ان يتفقه ... وان يسوي البايع بين المتبايعين في الانصاف وان يقيل من استقاله وان يشهد الشهادتين وان يكبر الله اذا اشترى وان يقبض لنفسه ناقصا ويعطي راجحا ويكره مدح البايع لما يبيعه وذم المشتري لما يشتريه واليمين على البيع والبيع في موضع يستتر فيه العيب والربح على المؤمن الا مع الضرورة وعلى من يعده بالاحسان والسوم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس وان يدخل الى السوق اولا ومبايعة

١٧٧ ثمنه من قبل ان يعرف اهل البلد او يقول انا ابيع لك واكون سمسارا وقد ورد النهي عنه ايضا قال ص لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض والكلام في دلالته على التحريم وفي سنده كما تقدم وقد شرط في تحريمه او كراهته شروط خمسة الاول ان يكون الحاضر عالما بورود النهي وهو شرط في جميع المناهي الثاني ان يظهر من ذلك المتاع سعة في البلد فلو لم يظهر اما لكبر البلد او لعموم وجوده ورخص السعر فلا تحريم ولا كراهة لان المقتضي للنهي تفويت الربح وفقد الرفق على الناس ولم يوجد هنا الثالث ان يكون المتاع المجلوب مما تعم الحاجة اليه فما لا يحتاج اليه الا نادرا لا يدخل تحت النهي الرابع ان يعرض الحضري ذلك على البدوي ويدعوه اليه فان التمس الغريب ذلك لم يكن به باس الخامس ان يكون الغريب جاهلا بسعر البلد فلو علم به لم يكره بل يكون مساعدة محض خير وفي اشتراط ما عدا الاخير نظر لاطلاق النص وعدم منافاة التعليل لها اما الاخير فالتعليل يشعر به وعلى القول بالتحريم لو اوقع البيع صح وان اثم ولا باس بشراء البلدي له للاصل وعدم تناول النهي له قوله تلقي الركبان آه اطلق المص القول بالكراهة هنا والخلاف فيه والكلام كما سبق وقد ذهب جماعة الى تحريمه عملا بظاهر النهي الوارد في الاخبار روى منهال القصاب عن الص ع انه قال لا تلق ولا تشتر ما تلقى ولا تاكل منه والاصل فيه التحريم فحمله على الكراهة لا يجد نعم يمكن رده بجهالة بعض سنده ومنه يظهر وجه ما اختاره المص وجماعة من الكراهة عملا بالاصل ويكفي في اثبات الكراهة امثال ذلك والمراد بالتلقي الخروج اربعة فراسخ فما دون الى الركب القاصد الى بلد للبيع عليهم او الشراء منهم فهنا قيود الاول كون الخروج بقصد ذلك فلو خرج لا له فاتفق الركب لم يكره ولم يحرم الثاني تحقق الخروج من البلد فلو تلقى الركب اول وصوله الى البلد لم يثبت الحكم وان لم يكن قد عرفوا السعر ولو دخل بعض الركب فتلقى البعض الخارج قبل دخوله ففي سقوط النهي ايضا وجه ويشكل بصدق التلقي للخارج منه الا ان يقال لا يصدق على بعضه اسم الركب الثالث ان لا يتجاوز اربعة فراسخ فلو زاد كان سفرا للتجارة لا باس به الرابع جهل الركب بسعر البلد فيما يبيعه ويشتريه فلو علما بها او احدهما لم يثبت الحكم فيه كما يشعر به التعليل في قوله لا يتلقى احدكم تجارة خارجا من المصر والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض والظاهر ان الاعتبار بعلم من يعامل خاصة الخامس ان يكون التلقي للبيع عليه او الشراء منه فلو خرج لغيرهما من المقاصد ولو في بعض المعاملات كالاجارة لم يثبت الحكم وفي الحاق الصلح ونحوه من عقود المغابنات بهما للعلة وعدمه اقتصارا فيما خالف الاصل على المتيقن ولعل الحاق الصلح هنا اقوى ويحتمل قصر الحكم على الشراء منهم خاصة نظرا الى ظاهر قوله ع لا يتلقى احدكم تجارة ولو قلنا بالتعميم فينبغي قصر البيع على ما فيه خطر وغبن فلو خرج ليبيع عليهم الماكول ونحوه فلا باس اذا تقرر ذلك فنقول لو خرج واشترى منهم او باع عليهم انعقد البيع وان قلنا بالتحريم لان النهي عن امر خارج عن حقيقة البيع خلافا لابن الجنيد ثم ان ظهر فيه غبن تخير الركب بين فسخ البيع وامضائه والاقوى انه على الفور اقتصارا في مخالفة عموم لزوم البيع والوفاء بالعقد على موضع اليقين ووجه التراخي ان ثبوت اصل الخيار اجماعي فيستصحب الى ان يثبت المزيل واختاره المص هنا وهو قوي قوله وكذا آه يحتمل كون المشبه المشار اليه بذا مجموع الحكم السابق وهو الكراهة مع صحة البيع وثبوت الخيار وكونه على التراخي على الخلاف وهذه الجملة احد الاقوال في المسئلة ويمكن كونه الاخير وهو كون الخيار فيه على التراخي وهو يستلزم صحة البيع ولا يكون متعرضا للحكم من حيث التحريم او الكراهة والاقوى تحريمه لانه غش وخديعة وثبوت باقي الاحكام السابقة وما عبر به المص غير جيد لان الزيادة لزيادة من واطاه البايع يكون من المشتري المخدوع وهو لا يتعلق به تحريم ولا كراهة اجماعا وانما المحرم بعث تلك الزيادة من الخارج الذي يحث انخداع المشتري فالاجود في تعريفه انه الزيادة في السلعة ممن لا يريد شراءها ليخدع غيره عليه وان لم يكن بمواطاة البايع فاذا اتفق ذلك فالبيع صحيح ويتخير المشتري مع ظهور الغبن كما تقدم وقيل لا خيار هنا وقيل بثبوته مع مواطاة البايع لا غير والاول اقوى وفي حكمه ما لو قال البايع اعطيت في هذه السلعة كذا وصدقه المشتري فانه يتخير لو ظهر الغبن وان كان البايع صادقا ولو كان كاذبا فكالنجش لتحقق في التحريم ويزيد عنه بالكذب ولا يلحق به ترك الزيادة في السلعة ليشتريها بالثمن القليل للاصل قوله الاحتكار آه الاحتكار افتعال من الحكرة بالضم وهو جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء والاقوى تحريمه لصحيحة اسمعيل بن زياد عن الص ع قال قال رسول الله ص لا يحتكر الطعام الا خاطئ والمراد به فاعل الذنب وقال ص الجالب مرزوق والمحتكر ملعون والقول بالكراهة للشيخ وط وجماعة لقول الص ع يكره ان يحتكر الطعام وجوابه القول بالموجب فان المكروه احد معاني الحرام فاذا دلت تلك الاخبار على التحريم تعين حمل المكروه عليه قوله وانما يكون في الحنطة والشعير الى قوله وقيل في الملح هذا القول قوي وفي رواية اضافة الزيت وهو حسن قوله ويشترط ان يستبقيها للزيادة في الثمن آه اطلاق كلامه مع شرطيه يقتضي عدم الفرق بين كون هذه الاشياء من غلته او شراها لذلك وقد صرح العلامة بان الاحتكار لا يتحقق الا بشرائها وحبسها وفي حسنة الحلبي دلالة عليه والاقوى عموم التحريم مع استغنائه عنه وحاجة الناس اليها فلو حبسها لحاجته اليها ولو في المال المؤنة وقضاء دينه ونحوهما او وجود باذل غيره لا يحرم نعم يستحب مساواة الناس حالة الغلاء ولو ببيع ما يزيد عن حاجته وما عنده من الجيد اذا لم يكن عند الناس الا الردي واستعماله ما ياكلون كما روي من فعل الص ع قوله وشرط اخرون ان يستبقيها اي شرطوا ذلك مضافا الى ما تقدم والاقوى تقييده بالحاجة لا بالمدة قوله ويجبر المحتكر على البيع ولا يسعر عليه وقيل يسعر والاول اظهر الا مع الاجحاف والا لانتفت فائدة الاجبار اذ يجوز ان يطلب في ماله ما لا يقدر على بذله او يضر بحال الناس والغرض دفع الضرر

الفصل الثالث

في الخيار قوله خيار المجلس اضافة هذا الخيار الى المجلس اضافة الى بعض امكنته فان المجلس موضع الجلوس وليس بمعتبر في تحقق هذا الخيار بل المعتبر فيه مكان العقد مط او ما في معناه والاصل فيه قول النبي ص البيعان بالخيار ما لم يفترقا وهو اوضح دلالة من عبارة الفقهاء الا انه قد صار بمنزلة الحقيقة العرفية وان كان للتسمية فيه خصوصية ونظيره في التجوز ما تقدم في شرائط القصر الا ان يكون سفره اكثر من حضره وقد حررناه في محله قوله ولكل من المتبايعين آه اطلاق المتبايعين يشمل المالكين والوكيلين والمتفرقين لان المتبايعين من فعلا البيع وهو وان كان عبارة عن الايجاب والقبول فظاهر اطلاقه على من اوقع الصيغة سواء كان مالكا ام وكيلا وان كان عبارة عن نفس انتقال الاعيان ففاعل الانتقال محدثه وهو المتعاملان ايضا لكن الحكم في المالكين واضح واما الوكيلان فان لم ينص لهما الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ فينتفي الحكم عنهما وان وكلهما فيه فان كان قبل العقد بني على

ويلحق بذلك تلقي الركبان ... وحده اربعة فراسخ ... ولا يكره ان اتفق ولا يثبت للبايع الخيار الا ان يثبت الغبن الفاحش والخيار فيه على الفور مع القدرة وقيل لا يسقط الا بالاسقاط وهو الاشبه وكذا الحكم في النجش وهو ان يزيد لزيادة من واطاه البايع ... الاحتكار مكروه وقيل حرام وانما يكون في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن وقيل وفي الملح بشرط ان يستبقيها للزيادة في الثمن ولا يجد باذلا وشرط اخرون ان يستبقيها في الغلاء ثلثة ايام وفي الرخص اربعين يوما ويجبر المحتكر على البيع ولا يسعر عليه وقيل يسعر والاول اظهر الفصل الثالث في الخيار والنظر في اقسامه واحكامه اما اقسامه فخمسة الاول خيار المجلس فاذا حصل الايجاب والقبول انعقد البيع ولكل من المتبايعين خيار الفسخ ما داما في المجلس

في الخيار

٧٨ التوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصح توجيه ام لا وسيأتي في بابه ان شاء الله فان لم نجوزه لم يكن لهما ذلك ابتداء وان جوزناه او كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان
لهما الخيار ما لم يفترقا عملا باطلاق الخبر وهل يثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا المجلس قيل نعم لان الخيار لهما بالاصالة ولانهما بيعان عرفا اذ يصدق على البايع
انه باع متاعه اذا كان قد وكل في بيعه وباعه الوكيل وكذا المشتري ويحتمل العدم لانهما المالكان حقيقة المستحقان للخيار اذ الاصل في الوكيلين ان لا يستحقا
خيارا فلا يثبت لهما الخبر ثم على تقدير ثبوت الخيار للجميع او للمالكين فهل المعتبر تفرق الوكيل ام المالكين ام الجميع كل محتمل ويشكل بانه ضمير يفترقا في بعض
الموارد ومن ثم قيل بان المراد بهما المالكان والضمير لهما ودخول الوكيلين في الحكم بامر خارج والوجه ثبوته لكل واحد منهما واعتبار تفرق كل منهما في خيار نفسه
لا في خيار الآخر والمسئلة من المشكلات قوله ويتصرف لا فرق في الحايل بين الرقيق كالستر والغليظ كالحايط والمانع من الاجتماع كالنهر العظيم وغيرها لعدم
صدق الافتراق بذلك فان المفهوم منه تباعدهما عن الحد الذي كانا عليه وينبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ابطله به قوله وكذا المراد بالتخاير اختيار
العقد والبقاء عليه بان يقولا تخايرنا او اخترنا امضاء العقد او امضيناه او التزمناه وما ادى هذا المعنى ويتحقق ذلك بمنعهما من الكلام بان يسدّ فوهما
او يهددا على التكلم فانه لا يسقط خيارهما بالتفرق بل لهما الفسخ عند زوال المانع لكن هل يعتبر مجلس الزوال او يكون الخيار على الفور وجهان ولو اخرج احدهما
كرها ومنع فالحكم فيه ما ذكر واعلم ان قيد التخاير هنا كناية عن الفسخ لان التزام العقد واختياره لا يتوقف على الكلام بل لو تفرقا ساكتين لزم وانما يتوقف عليه
الفسخ فيكون المنع معتبرا فيه لا في التخاير قوله ويسقطاه مسقطات هذا الخيار اربعة ذكر المص منها ثلثة الاول اشتراط سقوطه في متن العقد فانه يسقط
كغيره لانه شرط سايغ يتعلق به غرض صحيح فيصح لقوله المؤمنون عند شروطهم ولو شرط لاحدهما خاصة سقوطه سقط بالنسبة اليه دون صاحبه الثاني مفارقة
كل منهما صاحبه ويتحقق بانتقال احدهما من مكانه بحيث يبعد عن صاحبه وان قل فلو انتقلا او احدهما لا كذلك بان تماشيا مصطحبين او يقرب كل واحد
الى صاحبه لم يضر الثالث ايجابهما العقد واختيارهما له بان يقولا اخترنا العقد او التزمناه او اسقطنا الخيار ولو اوجبه احدهما خاصة سقط وبقي خيار
الاخر ولو رضي بما اختاره صاحبه فهو في حكم الاختيار اذ لا يختص بلفظ بل كل ما دل على الرضا به كاف الرابع التصرف فان كان من المشتري كان التزاما بالبيع
وبطل خياره وبقي خيار البايع وان كان من البايع كان فسخا للبيع وبطل خيارهما ولا فرق بين التصرف الناقل للملك وغيره لكن لو وقع الناقل من المشتري مع
بقاء خيار البايع ففي صحته اشكان قوله ولو خيره اما بقاء خيار الساكت فظاهر واما القائل فالاقوى انه كذلك لعدم حصول احد الامور المسقطة فان تخيير
صاحبه لا يدل على اختياره الامساك باحدى الدلالات وحديث ما لم يفترقا متناول له والقول بسقوط خياره للشيخ ره استنادا الى ما روي عنه
بعد قوله ما لم يفترقا او يقول احدهما لصاحبه اختر وفي هذه الزيادة نظر قوله ولو كان العاقد الواحد عن اثنين يشمل ما لو كان ما خارجين عنه كالوكيل عن اثنين
وما لو كان احدهما كالاب يعقد للصبي على ماله او بالعكس وكما لو كان احد المتبايعين وكيلا عن الاخر فانه يصدق في الجميع ان الواحد عاقد من اثنين وقائم مقامهما
وان كان هو احدهما والخيار المحكوم بثبوته اعم من كونه لذلك العاقد ولو بالولاية كما لو كان ابا او جدا يبيع من نفسه فان الخيار له وللطفل وله مراعاة
الجانبين لكن في الطفل يراعي مصلحته وكونه كغيره كما لو كان وكيلا في العقد خاصة فان الخيار للمتبايعين لا له ان قلنا به وقوله ما لم يشترط سقوطه او يلتزم
به عنهما انما يتم فيمن له الاشتراط والالتزام كالاب والجد الذي مثل بهما فلو كان وكيلا في ايقاع الصيغة لم يكن له ذلك ولو اريد العموم كان المراد ما لم يشترط
او يلتزم حيث يكون له ذلك وايضا فالالتزام عنهما لا يدخل فيه ما لو كان هو احدهما الا بتكلف في العبارة فصرح عن ادية الحكم المطلق من المسئلة اذا تفرد
ذلك ففي حكم خيار المجلس هنا احتمالات ثلثة الاول ما حكاه المص من ثبوته ما لم يحصل احد الامرين او يفارق ذلك المجلس الذي عقد فيه ووجهه ان المعتبر
في سقوط خيار المتعاقدين مفارقة احدهما مجلس العقد ولما كان ذلك متعذرا هنا لان الواحد لا يفارق نفسه اعتبر فيه الممكن وهو مفارقته مجلس العقد
لانه مشبه لمفارقة احد المتعاقدين وهذا القول نقله الشيخ في ط ولم يذكر قائله ويضعف بان الواقع في الحديث هو الافتراق لا مفارقة مجلس العقد فلو
خرجا منه مصطحبين لم يبطل خيارهما وان بقيا مدة طويلة فلا يتم ما وجه الثاني ثبوته دائما ما لم يلتزماه او يشترطا سقوطه ووجهه قد علم من السابق فان المسقط
هو المفارقة ولم يتحقق والمفهوم من قوله ما لم يفترقا ارادة السلب لا عدم الملكة اي عدم الافتراق عما من شانه الافتراق ويحتمل لهما ثبت الخيار بمقتضى
بمقتضى صدر الحديث ويحصل الشك في المسقط فيستصحب الى ان يثبت المزيل وهذا الاحتمال قطع به العلامة في كره وهو ظاهر اختياره في س فانه حكم بثبوت
الخيار وابطله بما يبطل به خيار المتعاقدين ومن جملته التفرق ولم يتحقق هنا مع احتماله على بعد القول الاول الثالث عدم ثبوته اصلا اعلا بظاهر الحديث
من اعتبار المغايرة بين المتعاقدين الموجب لترتب التفرق عليهما وهذا الاحتمال لم يذكره في كره ولا اشار اليه في س بل جزم بثبوت الخيار وكلت عبارة
الكتاب ليس فيها اشعار به فان قوله على قول يشير به الى ما جرت عادتهم به من نقل القول الذي في كره وفي ط وهو سقوط الخيار بمفارقة العاقد المجلس فرجع
الى قوله او يفارق المجلس مع ان ظاهر الحديث ادل عليه من الاخرين والمسئلة لا تخ من اشكال وان كان القول الاوسط اوسط قوله والشرط فيه كله ثلثة
ايام اراد بالشرط هنا الخيار في الثلثة مجازا واخذ ذلك من لفظ الحديث الصحيح عن الصادق الشرط في الحيوان كله ثلثة ايام للمشتري ونبه بقوله كله على خلاف
ابن الصلاح حيث ذهب الى ان الخيار في الامة مدة الاستبراء والحديث حجة عليه قوله للمشتري اه نبه بالاظهر على خلاف المرتضى ره حيث ذهب الى ان الخيار لهما
وحجته صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق قال المتبايعان بالخيار ثلثة ايام في الحيوان صريحة الدلالة على ما يدعيه وما تقدم في صحيحة الحلبي من اثبات خياره للمشتري
غير مناف لثبوته للبايع الا من حيث المفهوم المخالف وهو ضعيف فالقول به في غاية القوة ان لم يثبت الاجماع على خلافه وحملنا الرواية على ما لو باع
حيوانا بحيوان وهو تخصيص بغير مخصص وعلى ان الخيار للمشتري وعلى البايع فهو بالنسبة اليهما مدة ثلثة ايام ويضعف بان مقتضى الخبر كونه لهما
كما في قوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا وعلى ان اثبات الخيار للمجموع من حيث هو مجموع فلا يدل على ثبوته للافراد وفيه ما مر وفي س الشهرة بل الاجماع
على خلافه وهو يؤذن بدعوى الاجماع فان ثبت فهو الحجة والا فلا ويبقى الكلام فيما لو باع حيوانا بحيوان فقد قيل بثبوته لهما كما مر نظرا الى تحقق الحكمة

ولو تعين بينهما حايل ... [illegible]
متن: ولو ضرب بينهما حايل لم يبطل الخيار وكذا لو اكرها على التفرق ولم يتمكنا من التخاير ويسقط باشتراط سقوطه في العقد وبمفارقة كل منهما صاحبه ولو بخطوة وبايجابهما اياه او احدهما ورضا الاخر ولو التزم احدهما سقط خياره دون صاحبه ولو خير فسكت فخيار الساكت باق وكذا الاخر وقيل فيه يسقط ولو كان العاقد واحدا عن اثنين كالاب او الجد كان الخيار ثابتا ما لم يشترط سقوطه او يلتزم به عنهما بعد العقد او يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول الثاني خيار الحيوان والشرط فيه كله ثلثة ايام للمشتري خاصة دون البايع على الاظهر ويسقط باشتراط سقوطه في العقد وبالتزامه بعده وبتصرفه فيه سواء كان تصرفا لازما كالبيع او لم يكن كالهبة قبل القبض والوصية متن

١٠٧٩ من الجانبين فان اختصاص الحيوان بالخيار لاشتماله على امور باطنة لا يطلع عليها غالبا الا بالتروي والاختبار مدة وفيه جمع بين الاخبار المختلفة ظاهرا ولو
بعده وان الخيار للمشتري مطلقا التفاتا الى الحديث السابق والشهرة او الاجماع والاول اقوى ولو كان الثمن خاصة حيوانا ثبت الخيار للبايع خاصة على الاقوى
قوله وبتصرفه لا خلاف في سقوطه بالتصرف ولانه دليل على الرضا ولقول الص فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلثة ايام فذلك رضا منه
فلا شرط له قيل وما الحدث قال ان لامس او قبل او نظر منها الى ما يحرم عليه قبل الشري واطلاق التصرف والحدث يشمل الناقل وغيره بل مطلق
الانتفاع كركوب الدابة وتحميلها او حلب ما يحلب او لبس الثوب وصبغه وقصارته وسكنى الدار ونحو ذلك ولو قصد به الاستخبار ففي منعه من الرد
قول لا باس به فان استثناه اعتبر منه ما يعلم به الحال بان يركب الدابة قدرا يظهر به فراهتها وعدمه ويحلب الشاة بحيث يعلم حالها ونحو ذلك فلو زاد عنه
منع ولو ساق الدابة الى منزله فان كان قريبا بحيث لا يعد تصرفا عرفا فلا اثر له وان كان بعيدا كثير الحمل فرجا منعه وبالجملة فكل ما يعد تصرفا وحدثا
يمنع والا فلا قوله لكن لا فرق في المدة المشترطة بين كونها متصلة بالعقد ومنفصلة عنه مع ضبطها فلو شرطاها متاخرة عن العقد لازما بعد المجلس و
جايزا فيها وفي جواز جعلها متفرقة كذلك وجهان اجودهما ذلك وخرج بقوله مدة مضبوطة ما لو جعلاها محتملة للزيادة والنقصان فانه لا يصح ولا يحد
واما لو اطلقا فانه لا يصح على الاقوى خلافا للشيخ ره حيث جعلها مع الاطلاق ثلثة ايام مدعيا فيه النص والاجماع وهما ممنوعان اما الاجماع فواضح واما
النص فلم نقف عليه كذلك الا في خيار الحيوان قوله ولو شرط بناء على بطلانه بالشرط الفاسد وهو الاقوى وقيل مع فساد الشرط يصح العقد مجردا عنه
وهو ضعيف قوله ويجوز اه هي مفاعلة من الامر بمعنى اشتراط البايع او المشتري او هما استيمار من سمياه في العقد والرجوع الى امره ولابد من تعيين مدة
لذلك مضبوط فيلزم العقد من جهتهما ويتوقف على امره فليس للشارطان يفسخ حتى يستامره ويامره بالرد لانه جعل الخيار له دونه خلافا للتحرير
والفرق بين المؤامرة وجعل الخيار للاجنبي ان الغرض من المؤامرة الانتهاء الى امره لا جعل الخيار له فلو اختار المؤامر الفسخ او الامضاء لم يؤثر بخلاف
من جعل له الخيار قوله واشتراط اه هذا راجع الى اشتراط الخيار للبايع مدة مضبوطة لكن مع قيد ايد وهو رد الثمن والاصل في جوازه قبل الاجماع الا
عن اهل البيت ع فاذا رد البايع الثمن او مثله مع الاطلاق فسخ البيع ولا يكفي مجرد الرد ولو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثمن او الخيار في البعض ففي صحته
نظر من مخالفة المنصوص وعموم المؤمنون عند شروطهم وهو اوجه ولو شرط المشتري ارتجاع الثمن اذا رد المبيع صح ويكون الفسخ مشروطا برده ولا يتعدى
الى مثله بخلاف الثمن قوله من اشترى اه المشهور بين الاصحاب خصوصا المتاخرين منهم ثبوت خيار الغبن وكثير من المتقدمين لم يذكره ونفاه المحقق في الدرس
القول بعده والاخبار بخصوص خالية منه نعم في تلقي الركبان تخيرهم اذا غبنوا واستدلوا عليه بخبر الضرار ويظهر من كره عدم الخلاف بين علمائنا فيه وكيف كان
فالاجود ثبوته اذا تفرد ذلك فثبوته مشروط بامرين ذكرهما المص احدهما جهالة المغبون بالقيمة والمراد بها وقت العقد فلو عرف القيمة ثم زاد او نقص مع علمه
او تجددت الزيادة او النقيصة بعده فلا غبن ولا خيار له اجماعا ولا فرق في الجاهل بها بين من يمكنه معرفتها ولو بالتوقيف وغيره وثانيهما الزيادة او النقيصة
الفاحشة التي لا يتغابن الناس بمثلها عادة بان يبيعه ما يساوي مائة بخمسين ونحوها فلو تبين التفاوت اليسير الذي يتسامح به في العادة كالدرهم في
المائة بل الخمس دراهم فيها فلا غبن وبالجملة فلا تقدير له لذلك شرعا وما هذا شانه يرجع فيه الى العادة وطريق معرفة الثاني ظاهر لانه يمكن اقامة البينة
على القيمة فيناط بها واما الاول فان امكن اقامة البينة عليه فواضح ولكن هل يقبل قول مدعيه في الجهالة حيث يمكن في حقه الظاهر ذلك لاصالة
عدم العلم ولان العلم والجهل من الامور التي تخفى غالبا فلا يطلع عليها الا من قبله من هي به ويحتمل عدم قبول قوله لاصالة لزوم العقد ووجوب الوفا
به فيستصحب الى ان يثبت المزيل ويشكل بانه ربما تعذر اقامة البينة ولم يمكن معرفة الخصم بالحال فلا يمكنه الحلف على عدمه فيسقط الدعوى بغير بينة
ولا يمين نعم لو علم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان والمكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت الى قوله قوله كان له فسخ العقد قد يستفاد من اطلاق
المثبت ان الخيار فيه على التراخي كما هو احد القولين في المسئلة ووجهه ثبوت اصل الخيار فيستصحب الى ان يثبت المزيل لانتفاء الدليل على خصوص الفورية
والاقوى انه على الفور لما تقدم في نظيره من عموم الامر بالوفاء بالعقد وان الاصل بناء العقود على اللزوم فيقتصر فيما خالفه على موضع اليقين وهو
الذي يمكن حصوله فيه ولافضاء التراخي الى الاضرار بالمردود عليه حيث يختلف الزمان ويؤدي الى تغير المبيع نعم لو جهل اصل الخيار او الفورية عذر
الى حين العلم بهما قوله ولا يسقط اه اطلاق العبارة يشمل ما لو كان المتصرف الغابن فيما وصل اليه من العوض والمغبون في العين المغبون فيها ومقتضى
قوله اذا لم يخرج عن الملك انه مع الخروج يسقط الخيار وهو بين اذا كان التصرف المخرج من ذي الخيار فانه لا يمكنه رد العين المنتقلة عنه واما الاخر فيمكنه
الفسخ والرجوع بالمثل او القيمة على من نقل العين وبهذا صرح جمع من الاصحاب وتحرير اقسام المسئلة ان التصرف اما ان يكون في المبيع خاصة او في الثمن
خاصة او فيهما وعلى التقادير الثلثة فالمغبون اما البايع او المشتري او هما وعلى التقادير التسعة فالتصرف اما ان يخرج عن الملك او ما في حكمه وهو
المانع من الرد او لا ثم المخرج وما في حكمه اما ان يزول بحيث يعود الملك الى الناقل بغير مانع او يستمر ثم التصرف المانع من الرد اما ان يرد على العين المنقلة
كالاجارة وزوال المانع من الرد اما ان يكون قبل العلم بالغبن او بعده فاقسام المسئلة خمسة واربعون قسما وتحقيق الحكم فيها جملة ان المغبون ان كان
هو البايع لم يسقط خياره بتصرف المشتري سواء اخرج المبيع عن الملك ام لا لاصالة بقاء الخيار وعدم الدليل الدال على سقوطه فان تضرر البايع لا
يسقط اعتباره بتصرف من لا ضرر عليه فان فسخ ووجد العين باقية على ملك المشتري لم يتغير بفعل تغيرا يوجب زيادة القيمة ولا مانع من ردها
اخذها فان وجدها متغيرة بان وجد الثوب مقصورا او مصبوغا او الحنطة مطحونة او البستان محروثا ونحو ذلك فان كان العمل صفة محضة اخذ
العين وبقي استحقاق المشتري اجرة عمله وجهان قويهما ان كان عينا كالصبغ كان شريكا بنسبته ولو وجد العين ناقصة فان لم يكن النقص بفعل
المشتري اخذها ان شاء ولا شيء له وان كان بفعله فالظاهر انه كذلك لانه تصرف في ملكه تصرفا ماذونا فيه فلا يتعقبه ضمان ولو وجدها ممتزجة بغيرها

والخيار: الثالث خيار الشرط وهو بحسب ما يشترطانه او احدهما لكن يجب ان يكون مدة مضبوطة ولا يجوز ان يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج ولو شرط كذلك بطل البيع ولكل منهما ان يشترط الخيار لنفسه ولاجنبي وله مع الاجنبي ويجوز اشتراط مدة يرد البايع فيها الثمن اذا اشترط المؤامرة واشتراط و... الرابع من اشترى شيئا ولم يكن من اهل الخبرة وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به كان له فسخ العقد اذا شاء ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن الملك او يمنع مانع من رده كالاستيلاد في الامة والعتق متن

١٠٥ فان كان مبعضا او اوردى حا شريكا ولو كان بالجود ففي سقوط خياره او كونه شريكا بالنسبة او الرجوع الى الصلح ونحوه احتمالات والثالث لا يخ من قوة لبقاء
ماله واصالة بقاء خياره ولو خرج بالبيع الجنس بحيث لا يتميز فكالمعدوم وان وجدها منتقلة بعقد لازم كالبيع او ما في حكمه كالعتق رجع الى المثل او القيمة و
كذا لو وجدها على ملكه مع عدم امكان ردها كما لو حبل الامة او امرام ولد ولو زال المانع من الرد قبل الحكم بالعوض بان رجع الى ملكه او مات الولد احتمل الحكم بالعين
والعدم لبطلان حقه بالخروج فلا يعود ويحتمل الفرق بين انتقالها بالبيع ونحوه ومانع الاستيلاد فيبطل في الاول دون الثاني لزوال الملك في الاول
المبطل للرجوع في العين بخلاف الثاني فان الملك باق وانما منع من الرد مانع وقد زال وهذا الوجه لا يخ من قوة ولو كان العود بعد الحكم بالعوض سواء
قبضه ام لا لم يرجع الى العين مع احتماله لو كان قبل اخذ العوض ولو كان العقد الناقل مما يمكن ابطاله كالبيع بخيار للمشتري والهبة قبل القبض احتمل قويا
الزامه بالفسخ فان امتنع فسخ الحاكم فان تعذر قيل يفسخ المغبون بل قيل ان له الفسخ مط وهو بعيد وان وجد المانع من الرد ونقل المنافع على وجه اللزوم
كالاجارة والتحبيس جاز له الفسخ وانتظار انقضاء المدة وتصير ملكه من حينه وتظهر الفائدة في ملك ما لا يدخل في تلك المنفعة المنقولة من حمل او ثمرة واستخدام
وعتق ونحوها وهل يرد العوض عاجلا بجملته لعود الملك اليه بالفسخ ودخوله على تحمل الصبر عليه نظرا الى المانع من الانتفاع التام والاول اقوى ومثله يأتي
في الشفيع اذا اخذ بها ووجد العين مشغولة بنظائر ذلك ولو لم يمكن النقل الا رضا كالاعارة فللمغبون الفسخ واعادة العين [illegible] اذا لم يكن قد تصرف
في الثمن تصرفا يمنع من رده ولو تصرف كذلك احتمل قويا سقوط خياره كما لو تصرف المشتري المغبون في العين واطلق جماعة من الاصحاب الحكم ببطلان رجوع
المغبون ولو هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع في الثمن مطلقا فيرجع الى العين او المثل او القيمة وما تقدم من التفصيل آت هنا واما تصرفه فيما غبن
فيه قبل علمه بالغبن فان كان ناقلا للملك لازما او مانعا من الرد كالاستيلاد سقط خياره اللهم الا ان يعود الى ملكه بحيث لا ينافي الفورية او يموت
الولد كذلك ولم يحصل تغير في العين او ينقضي مدة الاجارة كذلك فيحتمل قويا جواز الرد وما تقدم من الاحتمالات آت هنا ولو كان غير لازم فسخ العقد
وردها ولو نقصت العين او تغيرت قبل العلم بالغبن او قبل الفورية ففي منعه من الرد احتمال ومما ذكرناه يعلم حكم ما لو كانا مغبونين وما لو تصرفا معا بوجوه التصرفات
واعلم ان هذه المسألة من المهمات وفروعها منتشرة والاصحاب لم يحرروها على وجهها وفي كثير من فروعها اشكال ناش من عدم النص والفتوى قوله ولا يثبت به
ارش بمعنى ان اللازم من الغبن الخيار لا التفاوت بين الثمن والقيمة الموجب للغبن سواء بذله الغابن ام لا وقد استشكل في كره في ثبوت الخيار للمغبون اذا بذل الغابن
التفاوت مع دعواه الاجماع على عدم ثبوت الارش به ووجه التردد من انتفاء موجب الغبن وهو النقص مع بذله ومن ثبوت الخيار فلا يزول الا بدليل ولم يثبت
ان زوال الضرر يقتضي زوال الخيار الاصح بقاء الخيار نعم لو اوجب اصلا كون التفاوت في مقابلة الفسخ صح وكان معاوضة اخرى قوله من باع اه هذا النوع
من الخيار مما اطبق اصحابنا على ثبوته واخبارهم به متظافرة وخبر الضرار يرشد اليه وهو مشروط بثلاثة شروط الاول عدم قبض الثمن الثاني عدم تقبيض المبيع
الثالث عدم اشتراط التأجيل في الثمن والمثمن وبعض كل واحد منهما ولو ساعة اقتصارا فيما خالف الاصل على موضع [illegible] ويقبض بعض كل واحد منهما كان [illegible] مجتمعا
ومنفردا لصدق عدم قبض الثمن واما من المثمن فبنا ولا النص ولو قبض الجميع فلا خيار وان عاد بعد ذلك اليه وشرط القبض المانع من الخيار كونه باذن المالك
فلو وقع بدونه فلا اثر له وكذا لو ظهر مستحقا اليه الى المشتري او بعضه ولا يسقط هذا الخيار بمطالبة البائع بالثمن بعد الثلاثة وان كان قرينة الرضا بالعقد
عملا بالاستصحاب ولو بذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ احتمل سقوط الخيار وهو الذي قطع به العلامة في كتبه محتجا بزوال المقتضي لثبوته وهو الضرر بالتأخير
ويحتمل بقاؤه عملا بالاستصحاب وزوال مقتضيه بعد ثبوته لا يؤثر في نظائره واعلم ان الشيخ ره قوى جواز الفسخ متى تعذر الثمن وقواه الشهيد في الدروس وكان
مستنده خبر الضرار اذ لا نص فيه بخصوصه وليس ببعيد الا ان التمسك بلزوم العقد ووجوب الوفاء به اقوى واخذه مقاصة يرفع الضرر ان يمكن من جنس
العين والا فلا يدفع بالفسخ قوله ولو تلف كان اه الخلاف في تلفه قبل الثلاثة فقد قال المفيد ره ومن تبعه انه من المشتري لان المبيع انتقل اليه والتأخير لمصلحته
وذهب الاكثر الى انه من ضمان البائع لعموم الدليل الدال على ان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه وهو الاقوى قوله ولو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء با
لثمن قبل الليل والا فلا بيع له مستند ذلك ما روي عن الصادق او الكاظم في من اشترى ما يفسد من يومه [illegible] بالثمن قال ان جاء فيما بينه وبين الليل والا
فلا بيع له وعبارة المص اجود عبارات الاصحاب مثل الشهيد ره وانسب بمدلول الرواية واكثرهم عبر عن ذلك بعبارة رديئة ولا تؤدي المطلوب بل ضده فقالوا
الخيار فيما يفسد ليومه الى الليل والغرض كما علم من الرواية ان البيع لازم الى الليل ثم يثبت للبائع الخيار ويبقى في المسألة اشكال عام وهو ان الغرض من اثبات هذا
الخيار تلافي ضرر البائع قبل تلف المبيع بان يفسخ البيع ويبيعه لغيره قبل تلفه وهذا المعنى يقتضي ان الفسخ يكون قبل التلف واذا كان مبدء الخيار دخول
الليل فليس المبيع ما يفسد ليومه الذي هو بياض نهار البيع فانه بمضيه يثبت الخيار والحال ان المسألة مفروضة فيما يفسد ليومه والرواية ايضا دالة عليه
فثبوت الخيار بعد فساده لا وجه له وانما ينبغي ثبوته اذا خيف فساده بحيث يتلافى امره قبله واجود ما اتفق هنا عبارة س فانه فرض المسألة فيما يفسده
المبيت واثبت الخيار عند انقضاء النهار ثم استقرب تعديته الى كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوف ذلك فانه لا يتقيد بالليل واكتفى في الفساد بنقص
الوصف وفوت الرغبة كما في الخضراوات واللحم والعنب وكثير من الفواكه واستشكل فيما لو استلزم التأخير فوات السوق وهذا التفريع كله حسن الا ان فيه
خروجا عن موضع النص نعم يمكن استفادته من ايمائه ومن خبر الضرار المنفي مع ان السند مرسل لكنه لا راد له وعلى هذا لو كان مما يفسد في يومين تأخر الخيار
عن الليل الى حين خوف الفساد واحتمل في كره ثبوته من الليل وهو بعيد قوله وخيار العيب انما افرده في باب عن باقي انواع الخيار لكثرة مباحثه وتشعب مسائله
فحسن جعله فصلا برأسه بخلاف غيره فان مباحثه متقاربة قوله خيار المجلس اه هذا مما لا خلاف فيه بين علمائنا ويدل عليه قوله ص في الحديث السابق
البيعان بالخيار ما لم يفترقا والاصل في غيره اللزوم ووجوب الوفاء بالعقد وينبه بذلك على خلاف الشافعي حيث اثبته فيما شابه البيع من عقود المعاوضات
كصلح المعاوضة والاجارة والمزارعة والمساقاة على خلاف في ذلك عندهم واما الشيخ ره فاثبته في ط في عقود جائزة مثل الوكالة والمضاربة ونحو

مع تعذر رفع المانع وتسليم بتمامه وان كان المغبون

ولا يثبت به ارش ولو بذل الغابن التفاوت [illegible] من باع ولم يقبض الثمن ولا سلم المبيع ولا اشترط التأخير لزمه البيع ثلاثة ايام فان جاء المشتري بالثمن والا كان البائع اولى بالمبيع ولو تلف كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها على الاشبه وان اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن قبل الليل والا فلا بيع له وخيار العيب [illegible] واما احكامه فمسائل الاولى خيار المجلس يختص بالبيع دون غيره من العقود

١٨١ وهو غير جيد لان عقود جايزة يصح فسخها في المجلس وبعده فلا معنى لاثبات خيار المجلس فيها قوله وخيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف وكذا
الابراء والطلاق والعتق الا على رواية شاذة اما جواز الشرط في العقود فلعموم الاخبار الدالة على جواز الاشتراط ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث
نفاه في كثير من العقود ويستثنى من البيع ما ينعتق على المشتري كشراء القريب فانه لا يثبت فيه خيار الشرط ولا المجلس وكذا شراء العبد نفسه ان جوزناه لانه
مناف لمقتضاه واما استثناء ما ذكر فلان النكاح لا يقصد فيه المعاوضة والوقف ازالة ملك على جهة القربة ومثله العتق وقريب منه الابراء وهذه
المواضع محل وفاق وهو الحجة واما التعليل فلا يصلح لتخصيص النص العام وكذا القول في الطلاق وفي معناه الخلع والمبارات وفي معنى العتق التدبير
وان كان جايزا في حال الحيوة والمكاتبة المطلقة اما المشروطة فجوز جماعة فيها خيار الشرط للمولى وللعبد عند الشيخ واستثنى الشيخ ره ايضا من
العقود الصرف مدعيا الاجماع والاكثر المتأخرون على ثبوته فيه ومنع الاجماع وهو حسن لعموم الخبر واعلم ان استثناء المص الطلاق والعتق من العقود
اما منقطع لانهما من باب الايقاع او محمول على اطلاق العقد على ما يعم الايقاع تجوزا وكذا القول في الابراء وان لم يشترط فيه القبول قوله التصرف
قد تقدم الكلام في التصرف وضابطه ما يعد تصرفا عرفا كلبس الثوب للانتفاع وركوب الدابة له واستخدام العبد وحلب الشاة ونقله عن
الملك وان لم يكن لازما وقد استثني من ذلك ركوبها لدفع الجموح اذا عسر قودها وسوقها في طريق الرد وعلف الدابة وسقيها وفيه قبل التمكن
من الرد واستعمال المبيع للاختبار فقد يظهر بها حاله فلو زاد ولو حلبه منع ولو وضع على الدابة سرجا ونحوه وركبها للاختبار بادر بعد تحصيل الغرض
الخبر عرفا فان ابطاه منع لانه انتفاع واستعمال ويغتفر ترك العذار واللجام لخفتهما والحاجة اليهما في قودها وكذا نعلها مع حاجتها اليه بحيث
يضرها المشي الى المالك بغير نعل والا كان تصرفا ولو وقع التصرف نسيانا ففي منعه من الرد نظر من صدقه وعدم قصده قوله ولو كان اه هذا في طرف المشتري والبيع
فان تصرفه يوجب البيع له ويسقط خياره واما في طرف البائع فهو فسخ للبيع فان الضابط ان كان اجازة من المشتري كان فسخا من البائع واطلاق سقوط الخيار
متكلف نعم يمكن ثبوت الحكم في طرف البائع اذا تصرف في الثمن فانه يسقط خياره في المبيع ومعه يصح الحكم قوله ولو اذن اه اما خيار المتصرف فواضح واما الاذن ففي
سقوط خياره دلالة الاذن على الرضا بالتصرف فيكون التزاما من البائع بالبيع واما من المشتري فلان تصرف البائع يبطل البيع فلا يبقى لخيار المشتري اثر
ولو لم يتصرف المأذون لم يبطل خياره وفي بطلان خيار الاذن نظر من دلالته على الرضا المزيل لحقه ومن عدم منافاة الرضا بالتصرف زوال الخيار لان غايته
قبل وقوعه ان يكون ازالة بسببه وهي لا يقتضي الزوال بالفعل واطلق جماعة كونه مبطلا وعدم البطلان اوضح ولو كان التصرف غير ناقل للملك ففي ابطاله
لخيار الاذن ايضا نظر لعين ما ذكر قوله اذا مات اه لا شبهة في كون الخيار مط موروثا لانه حق من الحقوق كالشفعة والقصاص ثم ان كان الخيار خيار شرط ثبت
للوارث في بقية المدة المضروبة فلو كان غائبا او حاضرا ولم يبلغه الخبر حتى انقضت المدة فيسقط خياره بانقضائها كالمورث وان كان خيار غبن اعتبرت
الفورية فيه حين بلوغ الخبر وعلمه بالفورية وان طالت المدة وان كان خيار مجلس وكان الوارث حاضرا في مجلس البيع قام مقامه في الخيار وهل يقوم في اعتبار
التفرق او يبقى الحكم معلقا بمفارقة الميت او الآخر وجهان اجودهما الثاني عملا بظاهر النص فان ضمير يتفرقا عائد الى المتبايعين والتفرق هنا يصدق
بانتقال الحي وبنقل الميت مع عدم المصاحبة ومعها يبقى الى ان يتفرقا وربما احتمل هنا سقوط الخيار بالموت لان مفارقة الدنيا ابعد من مفارقة المجلس
وفي الاولوية منع فان المتبادر من التفرق التباعد بالمكان كما سبق وانما هو ظاهر في الجسم لا في الروح مع ان الروح لا يعلم مفارقتها للمجلس فيستصحب الحكم ولو
كان الوارث غائبا عن المجلس ففي ثبوته له حين بلوغه الخبر فوريا او امتداده بامتداد مجلس الخبر او سقوط الخيار بالنسبة الى الميت وجه ولو قيل بثبوت الخيار
للوارث اذا بلغه الخبر وامتداده الى ان يتفرق الميت ومبايعه كان وجها هذا كله مع اتحاد الوارث فلو تعدد فكك الا ان ثبوت الخيار لكل واحد بمجلسه
اذا كان غائبا بعيد ولو اختلفا في الفسخ والاجازة قدم الفاسخ وفي انفساخ الجميع او في حصته خاصة ثم يتخير الآخر لتبعض الصفقة وجهان اجودهما
الاول ولو اعتبرنا تفرق الوارث والآخر ففارق احد الورثة لم يؤثر لعدم صدق الافتراق بين المتبايعين نظرا الى قيام الجميع مقام المورث وفي هذه
الفروع كلها اشكال قوله ولو جن اه الكلام هنا كالموت بالنظر الى حضور الولي وغيبته لو كان خيار المجلس ومثله الاخرس ولم يمكنه الاشارة المفهمة
والا اعتبرت اشارته كاللفظ قوله كالمبيع اه ما اختاره المص هو مذهب الاكثر وعليه العمل والمشهور ان القول المحكي للشيخ ره الا انه صرح بان ذلك مع كون
الخيار للبائع او لهما فلو كان للمشتري ملكه من حين العقد فلا يصلح نسبة اطلاق القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار اليه ويظهر من ابن الجنيد
اطلاق القول بذلك فلعل القول المحكي اشارة اليه ثم على القول به مطلقا او مقيدا هل يكون انقضاء الخيار مع عدم الفسخ كاشفا من حين العقد
ام ناقلا له كل محتمل ويظهر من الشيخ اختيار الاول وتظهر الفائدة في النماء المنفصل كاللبن والحمل والثمرة المتجددة زمن الخيار فعلى المشهور للمشتري وكذا على
الكشف اذا لم يفسخ وعلى الآخر للبائع وفي الاخذ بالشفعة زمنه وفي جريانه في حول الزكوة لو كان زكويا وفيما لو اشترى زوجته فانه يبطل النكاح على الاول
بالانتقال وعلى الآخر لا يبطل حتى ينقضي الخيار ثم ان كان الخيار له جاز له وطؤها وبطل خياره وكان النكاح الذي يتحقق به التصرف واقعا بالزوجية
على الثاني وبالملك على الآخرين وتظهر الفائدة فيما لو رتب على احدهما حكما من الاحكام ولو كان الخيار لهما او للبائع ففي جواز وطيه وجهان وعلى الآخرين
يترتب عليه اثره من حكم الاستيلاد وغيره ولو طلقها في زمن الخيار قبل الوطي وقع على القول بعدم الملك وكون انقضاء الخيار ناقلا له من حينه وعلى القولين
الآخرين لا يقع لعدم مصادفة الزوجية قوله اذا تلف اه المراد انه ينفسخ العقد بتلفه من حينه ويرجع الثمن الى ملك المشتري فلو كان قد تجدد له نماء بعد
العقد وقبل التلف فهو للمشتري وليس للمشتري مطالبة البائع بالمثل او القيمة وان كان الحكم بكونه من مال البائع يوهم ذلك وانما عبروا بذلك تبعا
للنص والمراد منه ما ذكرناه مع فيقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آنا ما ويكون التلف كاشفا عنه ومثله دخول الدية في ملك الميت والعبد
المأمور بعتقه في ملك المعتوق عنه وحكى في كره وجها بان الفسخ هنا يكون من اصله وعليه فلا يحتاج الى التقدير وهذا كله اذا كان تلفه من الله تعالى

وخيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف وكذا الابراء والطلاق والعتق الا على رواية شاذة التصرف يسقط خيار الشرط [illegible] ولو كان الخيار لهما وتصرف احدهما سقط خياره ولو اذن احدهما وتصرف الآخر سقط خيارهما الثالثة اذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من اي انواع الخيار كان ولو جن قام وليه مقامه ولو زال العذر لم ينقض تصرف الولي [illegible] الرابعة المبيع يملك بالعقد وقيل به وبانقضاء الخيار والاول اظهر ولو تجدد له نماء كان للمشتري ولو فسخ العقد رجع على البائع بالثمن ولم يرجع البائع بالنماء الخامسة اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه وان تلف بعد قبضه وبعد انقضاء الخيار فهو من مال المشتري وان كان في زمن الخيار من غير تفريط وكان الخيار للبائع فالتلف من المشتري وان كان الخيار للمشتري فالتلف من البائع متن

اما لو كان من اجنبي او من البايع تخير المشتري بين الرجوع بالثمن وبين مطالبة المتلف بالمثل او القيمة ولو كان التلف من المشتري لو بتفريطه فهو بمنزلة القبض فيكون التلف منه قوله وان كان تاه اذا تلف المبيع بعد القبض في زمن الخيار سواء كان خيار الحيوان ام المجلس ام الشرط فلا يخ اما ان يكون التلف من المشتري او من البايع او من الاجنبي وعلى التقادير الثلثة فاما ان يكون الخيار للبايع خاصة او للمشتري خاصة او للاجنبي او الثلثة او للمتبايعين او للبايع والاجنبي او للمشتري خاصة او والاجنبي او الثلثة فجملة اقسام المسئلة احد وعشرون وضابط حكمها ان المتلف ان كان المشتري فلا ضمان على البايع مطلقا لكن ان كان له خيار او للاجنبي واختار الفسخ رجع على المشتري بالمثل او القيمة وان كان التلف من البايع او من اجنبي تخير المشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين مطالبة المتلف بالمثل او القيمة ان كان له خيار وان كان الخيار للبايع والمتلف اجنبي تخير كما مر ورجع على المشتري او الاجنبي وان كان التلف بافة من عند الله تع فان كان الخيار للمشتري او له وللاجنبي فالتلف من البايع والا فمن المشتري قوله خيار الشرط آه القول الاول للشيخ ره ومن تبعه نظرا الى ان اجماع الخيارين يوجب تاكيد الحكم والحكمة التي هي مناط الخيار وهي الارتفاق والتاسيس خير منه واجتماع المثلين وان كان الخيار بعد ثبوت العقد فلا يثبت الا بعد التفرق والاقوى الثاني لانه قضية اللفظ ولعدم العلم بغاية المجلس فيحصل الشك في مبدء خيار الشرط واحتمال الزيادة والنقصان وهو يوجب الغرر واجيب عن حجة الشيخ بان الخيار امر واحد غايته في المجلس ان كان له جهتان ولا بعد فيه كما انه قد يجتمع خيار المجلس و... عند الشيخ ايض ومثله القول في مبدء خيار الحيوان ولو كان الشرط للمشتري في حيوان فلازم دليلهم ان مبدء خيار الشرط انقضاء الثلثة بعد التفرق ولكن لم يصرح به والاقوى ان مبدءه من حين العقد فقد يجتمع للخيار جهات كثيرة بحسب تعدد الخيار فعلى ما اخترناه لو شرطا كونه من حين التفرق لم يصح الشرط لانه مجهول ويبطل معه العقد ولو شرطاه بعد الثلثة في الحيوان صح لانه معلوم وعلى قول الشيخ لو شرطاه من حين العقد صح لعموم المؤمنون عند شروطهم وهو شرط مضبوط ويحتمل البطلان نظرا الى ما ذكره في بعض امثلته من اجتماع المثلين وتوقفه على ثبوت العقد قوله وشرطا آه فيثبت الخيار فيه دون الاخر فان فسخ البيع فيه لم يكن للاخر الفسخ لتبعض الصفقة لانه قدم على ذلك وخياره مشروط بالجهالة قوله ... آه شبه بقوله هيهنا على ان الجنس المصطلح عليه عند الفقهاء ليس هو الجنس المنطقي بل اللفظ الدال على الحقيقة النوعية وبالوصف اللفظ الدال على اصناف ذلك النوع ولا مشاحة في الاصطلاح قوله كالصرابة والحنطة الصرابة فيهما خلوها من الخليط المعتبر كالشعير وانما يعتبر وصفه اذا كان النوعان موجودين متغايرين بين المتبايعين فلو لم يتغاير بينهما غير الصرب كما يتفق في بعض البلاد لم يفتقر الى ذكره قوله والحرارة آه الحرارة تقابل الدقة وانما يعتبر وهما ويعتبرهما من يعلم معناهما فلو جهلاه او احدهما لم يكف بل لو وقع في نفس العقد ابطله للجهالة قوله ويجب آه المراد بالجهالة التي توجب اختلاف اثمان تلك الاصناف المشتركة بحيث لا يتسامح عادة بذلك التفاوت لا مطلق الجهالة والضابط في ذلك الاوصاف المعتبرة في السلم وسيأتي مفصلة ان شاء الله تع قوله والا كان المشتري بالخيار اي اذا ظهر ناقصا عن تلك الاوصاف والا لم يكن له خيار وكذا القول في البايع لو ظهر المبيع زايدا من وجه وناقصا من اخر كما لو وصف لهما الثوب بان طوله عشرون ذراعا وعرضه ذراع فظهر خمسة عشر طولا في عرض ذراع ونصف مثلا او وصف لهما العبد بانه كاتب خاصة فظهر خياطا خاصة فيتخيران اما لو ظهر زايدا خاصة او ناقصا كذلك تخير البايع او المشتري خاصة وانما ترك المص التقييد بالزيادة والنقصان في الاقسام الثلثة اتكالا على ظهورها قوله ولو اشترى آه اراد بسايرها باقيها وهو الذي لم يكن راه واطلاق لفظ ساير على الباقي هو الموافق للوضع اللغوي واما اطلاقه على الجميع فقد نسبه في درة الغواص الى اوهام الخواص ومنه قول النبي صلى الله عليه وآله لغيلان حين اسلم وعنده عشر نسوة اختر اربعا منهن وفارق سايرهن اي من بقي بعد الاربع التي تختارهن ومن شواهد كتاب سيبويه ترى الثور فيها مدخل الظل راسه وسايره باد الى الشمس اجمع وعلى تقدير اطلاقه على الجميع ايض كما ادعاه بعضهم فالمراد هنا الاول والضيعة العقار بالفتح قاله الجوهري قوله لم يره اه اي الذي راه والذي وصف له وليس له الفسخ فيما ظهر مخالفا خاصة وهو الذي لم يره لانه مبيع واحد وهذا الخيار اعني خيار الرؤية على الفور في احد القولين وثبوته لدفع الغرر فلو شرطا اسقاطه لم يصح

الفصل الرابع

في احكام العقود قوله في النقد والنسيئة النقد ماخوذ من قولك نقدته الدراهم ونقدت له اي اعطيته فانتقدها اي قبضها والمراد به البيع بثمن حال فكانه مقبوض بالفعل او القوة والنسيئة ماخوذة من النسئ وهو تاخير الشئ قال الهروي سمعت الازهري يقول انسات الشئ انساء ونسا اسم وضع موضع المصدر الحقيقي والمراد بها البيع مع تاجيل الثمن وتاخيره واعلم ان البيع بالنسبة الى تعجيل الثمن والمثمن وتاخيرهما والتفريق اربعة اقسام فالاول بيع النقد والثاني بيع الكالي بالكالي ومع حلول الثمن وتاجيل الثمن هو النسيئة وبالعكس السلف كلها صحيحة عدا الثاني فقد ورد النهي عنه في الاخبار وهو بالهمز بيع النسيئة بالنسيئة على ما فسره جماعة من اهل اللغة اسم فاعل من المراقبة كان كل واحد من المتبايعين يكلا صاحبه اي يراقبه لاجل ماله الذي في ذمته وفيه حينئذ اضمار اي بيع مال الكالي بمال الكالي او اسم مفعول كالدافق فلا اضمار قوله من ابتاع مطلقا آه اشتراط التعجيل مطلقا يفيد تاكيده لحصوله بدونه نعم لو عين زمانه واخل به المشتري ولم يمكن اجباره عليه افاد تسلط البايع على الفسخ وفاقا للدروس ويحتمل قويا جوازه مع الاطلاق كغيره من الشروط واعلم ان اشتراط التاجيل في الثمن من المشتري كما يقتضيه العبارة خال عن التاكيد في الاغلب فكان نسبته الى البايع او الاطلاق اولى قوله وان لا فرق في المدة المعينة بين الطويلة والقصيرة فلو شرطاها الف سنة ونحوها صح وان علم انهما لا يعيشان اليها عادة للعموم ولان الوارث يقوم مقامهما لكن يحل بموت المشتري وفي ثبوت الخيار للوارث نظرا الى ان للاجل قسطا من الثمن وقد فات نظر ولا فرق في ذلك بين تسليم البايع المبيع في المدة وعدمه فلو منعه منه ظلما حتى انقضت المدة جاز له اخذ الثمن وانقطع الاجل قوله ولو باع آه الرواية المذكورة عن علي وفي سندها جهالة او ضعف وقد عمل بها جماعة من الاصحاب وعدوها الى ما لو باع الى وقتين متاخرين والاقوى البطلان وقول المص ابعد الاجلين تبع به الرواية وسمى الحال اجلا باعتبار ضمه الى الاجل في التثنية وهو قاعدة مطردة ومنه الابوان والقمران وتثنيتهما بالاجلين لانه اخف كالحسنين والقمرين والمراد بابعدهما الاجل وفيه تجوز اخر من حيث ثبوت افعل التفضيل مع عدم الاشتراك في المصدر

لان الحال لا بعد فيه قوله اذا آه لا فرق في البطلان مع الاشتراط بين المؤجل وغيره والمراد بشرطه في حال البيع شرطه في متن العقد فلو كان في نفسهما ذلك ولم يشترطاه لم يضر ولو شرطاه قبل العقد لفظا فان كانا يعلمان بان الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له والا اتجه بطلان العقد كما لو ذكراه في متنه لانهما لم يقدما الا على الشرط ولم يتم لهما فيبطل العقد واختلف كلامهم في تعليل البطلان مع الشرط المذكور فعلله في كره باستلزامه الدور لان بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه ورد بان الموقوف على حصول الشرط هو اللزوم لا الانتقال ويمنع توقف تملك المشتري على تملك البايع بل ملكه موقوف على العقد المتاخر عن ملك المشتري ولانه وارد في باقي الشروط كشرط العتق والبيع للغير مع صحته اجماعا وعلل ايض بعدم حصول القصد الى نقله عن البايع ويضعف بان الغرض حصوله وارادة شرائه بعد ذلك لا ينافي حصول قصد النقل والا لم يصح اذا قصد ذلك وان لم يشترطا وقد صرحوا بصحته قوله وان ابتاعه آه الجواز مط قوي والرواية المستدل بها على المنع قاصرة عن الدلالة لو سلم سندها قوله فان حل آه هذا هو الاقوى لكن يشترط تعذر الوصول الى الحاكم والا دفع امره اليه فان اخل به لم يبرء من ضمانه قيل ويجوز للمشتري التصرف فيه بعد تعيينه فيرجع الى ذمته ولو تجدد له نماء فهو له ومقتضى ذلك انه لا يخرج عن ملكه وانما يكون تلفه من البايع عقوبة له وفيه نظر قوله ويجوز آه مقتضى الشرط انه لو لم يكن عارفا بالقيمة لا يصح البيع وليس بجيد بل يجوز شراؤه مط وان ثبت له خيار الغبن ويمكن ان يريد بالجواز اللزوم مجازا ومع الجهل لا يلزم حيث يثبت الغبن ولا بد من تقييد الصحة مع الزيادة بعدم استلزامه السفه بان يتعلق بالزيادة غرض صحيح عند العقلاء اما العلم بها او لانه يتعرض اخر يقابل الزيادة كالصبر عليه بدين حال ونحو ذلك قوله ويجوز آه ابراء او صلح وهو المسمى بصلح الحطيطة ونحوهما وبدون ذلك لا يلزم الوفاء قوله واراد آه وكذا لو اراد بيعه تولية او مواضعة لان للاجل قسطا من الثمن وانما خص المرابحة لانها مورد النص والخلاف الاتي قوله والمروي آه روى ذلك هشام بن الحكم في الحسن عن الصادق عليه السلام وفي معناها روايات اخر وعمل بها جماعة من الاصحاب والاقوى ما اختاره المص من تخييره بين اخذه حالا بالثمن لانه الذي وقع عليه العقد وبين الفسخ للتدليس قوله والضابط ينبغي ان يراد بالعرف ما يعم الخاص والعام ويمكن ان يدخل فيه عرف الشرع فانه من افراد العرف الخاص فان لم يدخل فالامر من ادخاله ايض بلفظ يدل عليه بل هو مقدم على العرف كما ان العرف مقدم على اللغة وان كان في العبارة مؤخرا وقد حقق العلامة قطب الدين الرازي ره بان المراد بتناول اللفظ بالدلالة المطابقية والتضمنية لا الالتزامية فلا يدخل الحايط لو باع السقف وهو حسن قوله قمرا آه لا اشكال في دخول الشجر فيه لانه داخل في مفهومه لغة وشرعا وكذا الارض اما البناء فان كان حايطا لم يدخل ايض لما ذكر وان كان غيره ففي دخوله وجهان من انه من توابعه واطلاق البستان عليه عرفا اذ يقال باع فلان بستانه وفيه بناء ومن عدم دخوله في مسماه لغة ولهذا يسمى بستانا وان لم يكن فيه بناء بخلاف ما لو لم يكن فيه شجر فينتفي دلالة المطابقة والتضمن اما انتفاء دلالة الالتزام فلعدم كونه لازما له بحيث يلزم من تصوره تصوره والاولى في ذلك الرجوع الى العرف فان عد فيه جزء منه او تابعا له دخل والا فلا ويختلف ذلك باختلاف البقاع والازمان واوضاع البناء واعلم ان البستان اعم من الكرم في اللغة والعرف العام فلو باع الكرم بلفظ البستان دخل فيه الشجر والارض كما ذكر والبناء على التفصيل والعريش الذي يوضع عليه القضبان ونحوها اذا كانت مثبتة دائما او اكثريا ولو كانت مما ينقل في اكثر الاحيان الى غيره رجع فيه الى العرف وكذا يدخل الطريق والشرب لدلالة العرف على ذلك كله وان لم يدخل في مفهومه وان باعه بلفظ الكرم دخل شجر العنب قطعا لدلالة الكرم عليه لغة مطابقة واما الارض والعريش والطريق والشرب والبناء فيرجع فيها الى العرف فان افاد دخولها في مسماه دخل والا فلا ولو افاد دخول بعضها خاصة اختص به وكذا القول في باقي الاشجار النابتة معه ومع الشك في تناول العرف لها لا يدخل قوله ويدخل آه الوجه في دخول جميع هذه اقتضاء العرف كونها من اجزاء الدار او توابعها ومرافقها ولو كان في الدار حمام معد لها او حوض او بئر دخل ايض وحكمها الخوابي المثبتة في الارض او الحيطان بحيث تصير من اجزائها وتوابعها عرفا وقد قيل في كثير من ذلك بعدم الدخول ففي كره نفي دخول السلالم المستقرة والرفوف والاوتاد المثبتة لخروجها عن اسم الدار والاول اولى لاقتضاء العرف وفي اكثر كتبه نفي دخول الخوابي مط وهو بين في المنقولة دون المثبتة المداول على حمله في العرف ولو كان السلم غير مثبت لم يدخل قطعا قوله وفي دخول آه وجه التردد من خروجها عن اسم الدار وكونها منقولة فيكون كالالات المنتفع بها مع انها من توابع الدار وكالجزء من الاغلاق المحكوم بدخولها والاقوى الدخول الان يشهد العرف بغيره كمفاتيح الاقفال ونحوها كما لا يدخل القفل نفسه ومثلها في الاشكال الالواح الدكاكين المجعولة ابوابا منقولة للارتفاق لحصة الباب والاقوى دخولها ايض قوله ولا تدخل الرحى آه اي التي ثبتت حجرها الاسفل وانما لم يدخل لانها لا تعد من الدار لغة ولا عرفا وانما اثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال وللشيخ قول بدخول الرحى المثبتة لصيرورتها من اجزاء الدار وتوابعها بالتثبيت والاعلى تابع للاسفل قوله ولو كان آه القول للشيخ ره بل يفهم منه انها تدخل وان لم يقل بحقوقها محتجا بانها من حقوقها والمنع متوجه الى الامرين والاقوى عدم الدخول مط الامع دلالة اللفظ او القراين عليه كقوله وما اشتملت او اغلق عليه بابها او ما ستره على الشجر ايضا او بذل ثمنا لا يصلح الا لها ونحو ذلك ولو كثر الشجر بحيث يطلق عليه اسم البستان ونحوه فاولى بعدم الدخول مع الاطلاق قوله وان استثنى آه اذا استثنى شجرة من البستان ونحوه او اشتراها من مالكها خاصة لم يدخل الارض في البيع لكن يستحق من منفعتها ما يتوقف عليه الانتفاع بالشجرة وثمرتها من الدخول اليها وسقيها وحرثها وجمع ثمرتها ووضعه في المكان المعتاد له ويستحق ايض مكان جرايدها في الهواء وعروقها في الارض وليس لمالك الارض قطع شيء منها ولا قطعه ولا العمل في الارض بما يضر بالعروق ولا الانتفاع بما يستحقه زمن بقائها بالزرع ونحوه ان اضر بها ولو لم يضر ففي جوازه احتمال وجيه لانه مالك للارض وانما استحق مالك الشجرة ما يحتاج اليه بطريق الاستتباع لتوقف الانتفاع عليه لا الملك فيقتصر فيه على موضع اليقين وكذا لا يجوز لمالك الشجرة الانتفاع بما يخرج عن متعلقاتها من الزرع تحتها والاقامة عندها زيادة على المعتاد في امثالها مع احتمال الرايض قوله ولو باع آه اي لا يدخل في بيع الارض مع الاطلاق كما لا يدخل في بيع الدار وان قال بحقوقها الاعلى قول الشيخ ره

١٠٨٤ ولو قال وما دار عليه حائطها او ما اشتملت عليه او ما اغلق عليه بابها ونحوه دخلت والظاهر انه لا يعتبر هنا كون الارض ذات حائط او باب بل هذه الالفاظ دالة على دخول ما اشتملت عليه بطريق الحقيقة ان كان لها ذلك والا فبطريق الكناية وقد ذكر ذلك جماعة من الاصحاب ولا باس به قوله ولو باع اه التابير تشقيق طلع الاناث وذر طلع الذكور فيه ليجيء رطبها اجود مما لم يؤبر والعادة الاكتفاء بتابير البعض والباقي يتشقق بنفسه وينبث ريح الذكور اليه وقد لا يؤبر شيء ويتشقق الكل ويتابر بالرياح خصوصا اذا كانت الذكور في ناحية الصبا فهب الصبا وقت التابير ومستند الحكم النص عن النبي والائمة و اجماع المسلمين عليه الا من شذ من العامة قوله ويجب ظاهر العبارة ان النظر الى العرف دليل وجوب التبقية على المشتري وليس ببعيد فان الثمرة المقطوعة قبل اوانها لا قيمة لها في الاغلب خصوصا ثمرة النخل فالعادة تقتضي ابقائه للبائع اذا باع الشجر ويمكن ان يريد به وجوب تبقيته بما دل العرف عليه بحسب تلك الشجرة في ذلك المحل فما كانت عادته ان يؤخذ بسرا يبقى الى ان يتناهى حلاوته وما يؤخذ رطبا اذا تناهى ترطيبه وما يؤخذ تمرا اذا انتهى نشافه وهذا المعنى هو المقصود في اكثر العبارات الا ان تفصيله ياتي في عبارة المص عن قريب فهو اما تفصيل بعد الاجمال او تاسيس لمعنى اخر اذا اريد الاول قوله فلو باع اه انما نسب القول الى فتوى الاصحاب لقصور المستند النقلي عن افادة الحكم المذكور فانه انما دل على ان النخل المؤبر ثمرته للبائع لا على ان ما لم يؤبر للمشتري الا من حيث المفهوم الضعيف والاصل يقتضي بقاء الملك لبائعه وعدم انتقاله الى المشتري اذ العقد انما وقع على الاصول وهي مغايرة للثمرة والنص الوارد في ذلك من طريق العامة قول النبي من باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن طريق الخاصة قول الصادق من باع نخلا قد لقح فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع قضى رسول الله بذلك وعنه قال قال امير المؤمنين من باع نخلا قد ابره فثمرته للذي باع الا ان يشترط المبتاع وعنه قال قضى رسول الله ان ثمرة النخل للذي ابرها الا ان يشترط المبتاع وهذه الاحاديث كلها كما ترى انما تدل على ان الثمرة قبل التابير للمشتري من حيث المفهوم ودلالته ضعيفة فمن ثم اسندها المص الى فتوى الاصحاب وهو يؤذن بدعوى الاجماع عليه وفي لف قال العلامة انه بعضهم بضعف دلالة الاخبار لكن الاجماع مع انه نقل عن ابن حمزة ان الاعتبار في دخول الثمرة وعدمه ببدو الصلاح وعدمه فمتى باعها بعده فالثمرة للبائع وقبله للمشتري الا مع الشرط فكانه لم يعتبر خلافه قوله ولو انتقل اه لا خلاف في ذلك عندنا ولان هذا الحكم وهو كون الثمرة بعد ظهورها للمشتري على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع النص وهو البيع ونبه به على خلاف الشافعي حيث الحق بالبيع ما شابهه من عقود المعاوضات قياسا عليه قوله ولا اه لما تقدم من ان الحكم معلق على التابير ولا يتحقق في الذكور لانه على ما عرفت ذر طلع الفحل في كمام الاناث بعد تشققه والعكس وان كان ممكنا الا ان الغالب خلافه والاطلاق محمول على الغالب مع انه عليه فطلع هذا انما لم يظهر اكثر الفحول فهي للبائع وان لم يتشقق قوله ولا اه هذا شرط لكونها للبائع والمراد ان ثمرة غير النخل متى ظهرت اى وجدت عند العقد سواء كانت بارزة كالتين ام مستترة في كمام كالجوز ام في ورد كالتفاح قبل تناثر ورده فان جميع ذلك لا يدخل في بيع الاصل متى كانت الثمرة موجودة وكذا القول فيما يكون المقصود منه الورد او الورق ولو كان موجودا على الشجر فالموجود منه حال البيع للبائع والمتجدد للمشتري فمع الامتزاج يرجع الى الصلح قوله اذا باع المؤبر وغيره اه اطلاق الحكم يشمل ما لو كان المؤبر بعض البستان كشجرات معينة وغير المؤبر الباقي وما لو كان التبعيض في الشجرة الواحدة بان يؤبر بعض النخل ويترك الباقي فيكون المؤبر فيهما للبائع والاخر للمشتري عملا بظاهر النص فان تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية فيكون التابير هو العلة فمتى وجد ترتب عليه حكمه ويتخلف عن الباقي وبهذا الاطلاق افتى الشهيد ره في س وفرق في كرة بين تابير بعض النخلة وتابير بعض النخلات فحكم في الاول بكون الجميع للبائع محتجا عليه بانه يصدق بانه قد باع نخلا قد ابر فيدخل تحت نص انه للبائع وبما في افرادهما في الحكم من العسر وعدم الضبط وفي الثاني بتفريق الحكم كما ذكر هنا ويحتمل هنا ثالث وهو دخول الجميع في البيع لصدق عدم التابير في المجموع الذي هو مورد النص والاقوى الاول قوله تبقيته اه الاخترف اجتناء الثمرة ومنه سمي فصل الخريف لان الثمر يخترف فيه وهذا الحكم مع اتفاق العادة واضح فلو اضطربت عمل على الاغلب ومع التساوي يحتمل الحمل على الاقل اقتصارا فيما خالف الاصل عليه فان الاصل تسلط المشتري على ملكه ومنع غيره من الانتفاع به والاكثر لثبوت اصل الحق فيستصحب الى ان يثبت المزيل ووجوب التعيين للاختلاف المؤدي الى الجهالة فيبطل العقد بدونه قوله يجوز اه انما رجحت مصلحته لان البايع هو الذي ادخل الضرر على نفسه ببيع الاصل وتسلط المشتري عليه واحتمل في س تقديم البايع وجهان لحقه اسبق وكان يقتضي الاستمرار كيف شاء واذا باع الاصل وكان بقاء الثمرة لم يخرج ما كان له من الحق وذهب بعض الاصحاب الى جواز فسخ العقد بينهما مع التشاح والاشهر الاول لكن انه يشكل فيما لو كان نقض الاصول يحيط بقيمة الثمرة وزيادة فانه ينبغي تقديم مصلحته مع ضمانه لقيمة الثمرة جمعا بين الحقين قوله لا الاحجار اه وجه التردد في الحجارة من كونها من اجزاء الارض لغة ومن عدم صدق اسمها عليها عرفا وفي المعادن من كونها كالحجارة وخروجها عن حقيقة الارض وعدم دلالتها عليها باحدى الدلالات والاقوى دخول الحجارة دون المعادن والفرق ان الحجارة من اجزاء الارض بخلاف المعادن لخروجها عن حقيقتها وطبيعتها ثم ان كانت الحجارة مضرة بالزرع او الغرس ولم يعلم بها المشتري تخير والا فلا ولو اشتملت على منفعة زائدة على وضعها كما لو ظهرت مصنعا او معصرة للزبيب والعنب ونحوهما فان علم بها البايع والا تخير ايضا واحترز بالمخلوقة عن الموضوعة فيها المدفونة فانها لا تدخل بل هي كالمتاع فيما يجب على البايع تفريغها منه قبل التسليم وتسوية الحفر ان كانت ثم ان علم المشتري بها فلا خيار له والا فان استلزم التفريغ فوات شيء من المنافع معتد به تخير ولا يجب على المشتري قبول تملكها ولو بذلك له بل على المالك المبادرة الى النقل ولا اجرة للمشتري عن زمانه قوله اطلاق العقد اه احترز بالاطلاق عما لو شرط تاجيل احدهما او تسليمه قبل الاخر فانه يختص وجوب التسليم بالحال ومن شرط تقديمه اولا ولو شرط تاجيلهما وكانا عينين صح ايضا وكان خارجا من الاطلاق ولو كانا في الذمة بطل لانه بيع الكالي بالكالي كما مر قوله وقيل اه القول للشيخ ره محتجا بان الثمن تابع للمبيع وفيه منع لاستواء العقد في افادة الملك لكل منهما فيجبرهما الحاكم معا مع امكانه كما يجبر الممتنع منهما من قبض ما لم يقبضه

فالظاهر

١٠٨٥ فالظاهر انه كالدين اذا بذله المديون فامتنع من قبوله قوله والقبض اه اعلم ان القبض من المعاني المعتبرة شرعا المترتب عليها احكام فمن احكامها في البيع انتقال ضمان المبيع الى المشتري بعده ان لم يكن له خيار وكونه على البائع قبله وجواز بيع ما اشتراه بعد القبض مط وتحريمه او كراهته قبله على بعض الوجوه ولمنافاة في البايع بتاخير الثمن كاملا ولم يرد له تعريف من قبل الشارع شامل لجميع افراد المبيع نعم ذكر معوية بن وهب في الصحيح قال سئلت ابا عبد الله عن الرجل يبيع المبيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل او وزن فلا يبيعه حتى يكيله او يزنه الا ان توليه فجعل قبض المكيل والموزون كيله او وزنه بالنسبة الى جواز بيعه وروى عقبة بن خالد عنه في رجل اشترى متاعا من اخر واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه فجعل النقل هو القبض بالنسبة الى نقل الضمان وهذان الخبران حجة على من اكتفى فيه بالتخلية مط والثاني حجة على من اكتفى بها في نقل الضمان لا في زوال التحريم او الكراهة قبل القبض كالشهيد ره حيث نفى عنه الباس فان الخبر مصرح بانه لا يخرج من ضمان البايع حتى ينقل ثم يمكن رده نظرا الى سنده فيبقى الكلام في تسميتها قبضا والاجود الرجوع في معناه الى العرف في غير المنصوص وهو المكيل والموزون لان القاعدة في مثل ذلك انه حيث لم يرد له تحديد شرعي فالعرف يدل على ان اقباض غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع يد البايع عنه وعدم مانع للمشتري من قبضه واما المنقول فلا يتحقق الا باستقلال يد المشتري به سواء نقله ام لا وكذا في طرف البايع بالنسبة الى الثمن وهذا مطرد في المكيل والموزون وغيرهما الا انهما اخرجا عنه بالنص الصحيح فيبقى الباقي وهو الاقوى وتنقيح ذلك يتم بمباحث الاول المراد بالتخلية حيث يعتبر رفع المانع للمشتري من قبض المبيع ان كان والاذن له فيه ولا يختص ذلك بلفظ بل كل ما دل عليه كاف فيه وقد لا يكتفى فيها باللفظ الصريح مع وجود المانع منها الثاني لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتياع فان كان بغير اذن البائع فلا بد من تجديد الاذن في تحققه بالنسبة الى رفع التحريم او الكراهة واما بالنسبة الى نقل الضمان فيحتمل قويا تحققه بدونه كما لو قبضه بعده بغير اذن البايع ويحتمل توقف الامرين على تجديده لفساد الاول شرعا فلا يترتب عليه اثر ولو كان باذنه كالوديعة والعارية لم يفتقر الى تجديد اذن ولا تخلية الثالث ما يكتفى فيه بالتخلية ان كان عقارا فقبضه رفع يد البايع عنه مع تمكين المشتري كما مر ولا يشترط مع ذلك مضي زمان يمكن فيه وصول المشتري اليه او وكيله لان ذلك لا مدخل له في القبض عرفا نعم لو كان بعيدا بحيث يدل العرف على عدم قبضه بالتخلية كما لو كان ببلاد اخرى اتجه اعتبار مضي الزمان والحاصل ان مرجع الامر الى العرف حيث لم يضبطه الشرع وان كان منقولا كالحيوان فعلى ما اخترناه من اشتراط نقله او وضع اليد عليه الحكم واضح وعلى الاكتفاء بالتخلية يحتمل كونه كالعقار لما مر واعتبار مضي زمان يتمكن من قبضه ونقله لامكان ذلك فيه بخلاف العقار الرابع لو كان المبيع مشغولا باملاك البايع فان كان منقولا كالصندوق المشتمل على امتعة البايع واعتبرنا نقله فنقله المشتري بالامتعة كفى في نقل الضمان مط ويحتمل توقفه على اذن البايع في نقل الامتعة وان كان عقارا كالدار ففي الاكتفاء بالتخلية قبل نقل المتاع وجهان لوجودها ذلك وهو خيرة كرة الخامس لو كان مشتركا بين البايع وغيره فعلى ما اخترناه ان كان منقولا فلا بد من اذن الشريك في تحقق القبض لتوقفه على اثبات اليد والتصرف في حصة الشريك وان كان غير منقول ففي توقفه عليه قولان اجودهما العدم لان حقيقة قبض ما هذا شانه رفع يد المالك عنه وتخلية المشتري بينه وبينه وهذا لا يقتضي التصرف في مال الشريك عدة ووجه الاشتراط ان وضع اليد والتسلط على التصرف لا يمكن بدون التصرف في حصة الشريك وعلى تقدير التوقف على اذنه بوجه فان اذن الشريك فيه والا نصب الحاكم من يقبضه اجمع بعضه امانة وبعضه لاجل البيع واختار العلامة في لف الاكتفاء بالتخلية لان المانع الشرعي من النقل كالمانع العقلي في العقار ذكر ذلك في باب الهبة والحكم واحد بل فيها اقوى السادس لو كان المبيع في مكان لا يختص بالبايع كفى في المنقول نقله من حيز الى اخر وان كان في موضع يختص به فان نقله فيه من مكان الى اخر باذنه كفى ايضا وان كان بغير اذنه كفى في نقل الضمان خاصة كما مر ولو اشترى المحل معه كفت التخلية في البقعة وفيه وجهان اصحهما الافتقار الى النقل كما لو باع ولو احضره البايع فقال له المشتري ضعه فوضعه تم القبض لان البايع حينئذ كالوكيل فيه وان لم يقل شيئا او قال لا اريده ففي حصول القبض بذلك وجهان وينبغي الاكتفاء به في نقل الضمان كما لو وضع المغصوب بين يدي المالك دون غيره السابع لو كان المبيع مكيلا او موزونا فلا يخلو اما ان يكون قد كيل قبل البيع ووزن اولا بان اخبر البايع المشتري بكيله او وزنه او باعه قدرا منه معينا من صبرة مشتملة عليه فان كان الاخر فلا بد في تحقق قبضه من كيله او وزنه للنص المتقدم وان كان الاول ففي الافتقار الى اعتباره ثانيا لاجل القبض او الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان من اطلاق توقف الحكم على الكيل او الوزن وقد حصلا وقوله لا تبعه حتى تكيله او تزنه لا يدل على ازيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع ومن كون الظاهر ان ذلك لاجل القبض لا لاجل صحة البيع فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد وبه صرح العلامة والشهيد وجماعة وهو الاقوى ويدل عليه قوله في الخبر السابق الا ان توليه فان الكيل السابق شرط لصحة البيع او ما قام مقامه فلا بد منه في التولية وغيرها ومقتضى قوله الا ان توليه انه معها لا يتوقف على كيل او وزن فدل ذلك على انها لاجل القبض لا لاجل صحة البيع واما الثاني فان اكتفينا بالاعتبار الاول في الاول كفى الاخبار فيه واختاره في كرة وان لم يكتف بالسابق في الاول لم يكتف بالاخبار في الثاني بطريق اولى وقد روى محمد بن حمران قال قلت لابي عبد الله اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه واخذناه بكيله فقال لا باس فقلت ايجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل قال لا اما انت فلا تبعه حتى تكيله الثامن الحق في الدروس المعدود بالمكيل والموزون فاعتبر في قبضه عده بعد البيع ولم يكتف بعده السابق وفيه نظر لعدم النص وتحقق القبض فيه عرفا مع نقل المشتري له كغيره من المنقولات والحاقه بهما نظرا الى اشتراط اعتباره في صحة بيعه لا يوجب ذلك عندنا واكتفى فيه ايضا عن اعتبار المكيل والموزون والمعدود بنقله والخبر الصحيح حجة عليه وقريب منه مختار العلامة في لف فانه اكتفى فيهما باحد امور ثلثة النقل والقبض باليد والاعتبار بالكيل او الوزن وفي النقل ما مر وفي القبض باليد ما دل عليه خبر عقبة بن خالد من اعتبار النقل وما في رواية الا ان التخلية كافية مط في نقل الضمان لا في زوال التحريم او الكراهة عن البيع قبل القبض وفي خبر عقبة حجة عليه ان اعتبره وتحقق

في القبض

والقبض هو التخلية سوا كان المبيع مما لا ينقل كالعقار او مما ينقل ويحول كالثوب والجوهر والدابة وقيل فيما ينقل القبض باليد او بالكيل فيما يكال او الانتقال به في الحيوان والاول اشبه واذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري كان من مال البايع

متن

هنا

هذا ان الخبر الصحيح دال على المنع من بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما الا على ان القبض لا يتحقق بدونهما وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك لانه لا اعتبار بما يعبر به السائل فالقول بالاكتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بمقتضى العرف والخبر الاخر ويتوقف البيع ثانيا على الكيل او الوزن امكن ان لم يكن احداث قول وهذه المسئلة من المهمات وما يتم به البلوى في كثير من ابواب الفقه كالرهن والهبة والوصية ونحوها فلذلك خرجنا فيها عن موضع التعليق ونوقش فيها مباحث اخر مهمة قوله وكذا اه موضع التردد ما لو كان التعيب من قبل الله تعالى ومنشأه من تعيبه على ملك المشتري لا من قبل احد لكن انه مضمون على البائع لجملته فضمان اجزائه اولى والاولى ان له الارش ان لم يفسخ ولو كان التعيب من اجنبي او من البائع تخير المشتري بين الرجوع على المتلف بالارش وبين فسخ العقد فان فسخ رجع البائع على الاجنبي بالارش فلو انما حصل لان التلف انما يبطل البيع من حينه فيكون النماء السابق وما في حكمه كلقطة العبد الذي يمكن تملكها ولو بعد التعريف للمشتري فيكون هذا النماء في يد البائع امانة اقتصارا فيما خالف الاصل وهو ضمان مال الغير مع عدم العدوان على ما دلت عليه الدليل قوله اذا اختلط اه ما اختاره المص هو الاولى لان التسليم ممكن كما في بيع الجزء المشاع وثبوت الخيار بعيب ما مركزه ولا فرق بين ان يختلط بمثله او اجود او ادون باختيار البائع وبغير اختياره وينبغي فيما لو مزجه بالاجود بغير اختياره ثبوت الخيار للبائع ايضا للتضرر بنقصه مع اختيار المشتري الشركة وحيث يفسخ القيمة الى موته فهي على البائع لان هذا العيب مضمون عليه والتخليص واجب عليه لوجوب تسليم المبيع الى المشتري بعينه ولا يسقط الخيار ببذل البائع له ما امتزج قوله ولو باع جملة فتلف بعضها فان كان للتالف قسط من الثمن كان للمشتري فسخ العقد وله الرضا بحصته من الثمن وان لم يكن له قسط كان للمشتري الرد او اخذه بجملة الثمن ضابط الاول ما يمكن افراده بالبيع كاحد العبدين والقفيزين والثاني ما لا يمكن افراده به كيد العبد والفرق بينهما الموجب لاختلاف الحكم ان الاول لا يبقى مع فواته اصل المبيع بل بعضه والارش جزء من الثمن والثمن موزع على اجزاء المبيع والثاني يبقى معه اصل المبيع والجزء التالف بمنزلة الوصف كيد العبد ونحوها من اعضائه التي فواتها لا يخل ببقاء العبد فاذا فات لم يكن قسط من الثمن فلا ارش له لان الارش هو مقدار حصته من الثمن هذا وجه ما اختاره المص والاولى ثبوت الارش فيه كالاول لان القيمة تزيد بوجوده وينقص بعدمه وفواته من اظهر العيوب ولان المبيع هو المجموع وقد فات بعضه فيتخير المشتري بين الرد لتبعض الصفقة في الموضعين والارش هذا كله اذا كانت الفائت جزءا من المبيع اما لو كان وصفا محضا كما لو كان العبد كاتبا فنسي الكتابة قبل القبض فللمشتري الرد خاصة او الامساك بجميع الثمن لان الفائت ليس جزءا من المبيع ومن ثم لو شرط كونه كاتبا فظهر بخلافه لم يتحقق وعا الرد قوله عيبا اه المراد وجوب كل واحد من التسليم والتفريغ ولكن لا يتوقف [illegible] عليه من تسليمه مشغولا وبتسليمه حصل القبض عندنا ويجب التفريغ مع ذلك واحترز بقوله قد حصد عما لو لم يكن قد بلغ ذلك فانه يجب [illegible] عليه الى اوان حصاده ان اختار البائع ابقاءه ثم ان كان المشتري عالما بالحال لا تخير بين الفسخ والصبر ان احتاج الى مضي زمان يفوت فيه شيء من النفع معتد به قوله ولو كان اه لا ريب في وجوب الاخراج والتفريغ لتوقف التسليم عليه ثم ان استلزم نقصا في المبيع كان على البائع ارشه لانه اتلاف لبعض المبيع حق يجب عليه ومع جهل المشتري بالحال فله الفسخ قوله ولو باع اه المراد هنا بالبيع ما لا يشتمل على منفعة مقصودة بحيث يستلزم فواتها نقصا معتبرا او فوات غرض ومقصود هو فاعل المشتري في الكثير بمقابله ويجب على البائع استعادته مع الامكان مطلقا لان التسليم واجب ولا يتم الواجب الا به وشمل قوله والا كان له ذلك ما لو تعذر استعادته اصلا وما لو امكن لكن بعد مضي زمان كثير فان المشتري يتخير بين الفسخ والرجوع الى الثمن وبين الرضا بالمبيع وانتظار حصوله ولو رجى الانتفاع به الا بتوقف على القبض كعتق العبد ونحوه ثم ان تلف في يد الغاصب فهو تالف قبل قبضه فيبطل البيع وان رضي بالصبر مع احتمال كون الرضا قبضا وكذا لو رضي بكونه في يد البائع قوله ولا يلزم اه انما لا يلزم الاجرة مع كون العين مضمونة عليه لانها بمنزلة النماء وقد تقدم انه غير مضمون ووجه الالزام نص دخل على المبيع قبل القبض فيكون في ضمان البائع ولان المنفعة كالنماء المتصل وقد قيل انه مضمون كالوسمن في يد المشتري ثم هزل فالاول قوي ووجه مخصوص بها بالغاصب قوله اما لو منعه اه ينبغي تقييده بما اذا كان الحبس بغير حق فلو حبسه ليقبض الثمن لو يتقابضا معا ونحو ذلك فلا اجرة عليه لاذن الشارع له فيه فلا يتعقبه الضمان وحيث يكون الحبس بحق فالنفقة على المشتري لانه ملكه فان امتنع منها رفع البائع امره الى الحاكم فان تعذر انفق بنية الرجوع ورجع عليه بها كما في نظائره قوله من ابتاع شيئا اه انما كان اشبه لان فيه جمعا بين الاخبار المختلفة التي دل بعضها على الجواز كرواية جميل والحجاج الكرخي عن الص وبعضها على المنع مطلقا كصحيحة الحلبي ومنصور بن حازم عنه ع وبعضها على المنع الا تولية كصحيحة معوية بن وهب عنه ع بحمل على الكراهة لئلا يسقط اخبار الجواز وهذا الجمع انما يتم لو كانت الاخبار متكافئة في وجوب العمل بها لكن الامر هنا ليس كذلك لان اخبار المنع صحيحة متظافرة وخبر التسويغ في طريقها علي بن حديد وهو ضعيف والاخر مجهول فالقول بالمنع اوضح وهو خيرة العلامة في كره والارشاد والشيخ في ط بل ادعى عليه الاجماع وجماعة من الاصحاب نعم بقي الاخبار الدالة على النهي مطلقا مقيدة بغير التولية جمعا بينها وبين ما قيد به مع صحة الجميع ثم على القول بالمنع مطلقا كما اختاره جماعة او على بعض الوجوه وهو في غير التولية او ما الحق بها لو باع هل يقع باطلا او يأثم خاصة صرح ابن عقيل بالاول فانه قال وبالبطلان وردت السنة عن رسول الله ص ويؤيده ان النهي هنا راجع الى نفس البيع فيبطل كبيع المجهول ونحوه ولتعلق النهي فيه بمصلحة لا تتم الا بابطاله وبالثاني قطع العلامة في لف قال فيه ولو قلنا فيه بالتحريم لم يلزم بطلان البيع ولم يذكر دليله وكانه نظر الى ان النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد ويشكل بما مر واعلم ان اكثر الاصحاب جعلوا موضع الخلاف هو الطعام واكثر الاخبار المانعة مصرحة به واطلق في صحيحة منصور بن حازم ومعوية بن وهب النهي عن بيع المكيل والموزون الا تولية وبه صرح ابن ابي عقيل وهو الظاهر لعدم التنافي بين المطلق والمقيد حتى يجمع بينهما بالحمل على المقيد كما حمل ما اطلق في النهي على غير التولية لتحقق المنافاة ثم على القول باختصاص النهي بالطعام فهل يعم كل ما اعد للاكل كما هو موضوعه لغة او يختص بالحنطة والشعير لانه معناه شرعا كما نبه عليه في موارده منها في حل طعام اهل الكتاب في الاية الشريفة كل محتمل وبالثاني صرح الفاضل فخر المحققين في بعض فوائده ولعله

الاجود اقتصارا في الحكم بما خالف الاصل على المتيقن قوله وفي رواية تخصيص التحريم بمن يبيعه بربح اما التولية فلا هي رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى ع سألته عن الرجل يشتري الطعام ايصلح بيعه قبل ان يقبضه قال اذا ربح لم يصلح حتى يقبض وان كان تولية فلا بأس وهذه الرواية ذكرها في التهذيب بغير اسناد لكن في معناها اخبار كثيرة الا انها مصرحة بالمنع ما عدا التولية وهذه جعل المنع فيها المرابحة وبينهما واسطة قوله ولو ملك اه المنع على القول به مشروط بامرين انتقاله بالبيع ونقله به فلو انتقل بغيره او نقله بغيره لم يحرم اما الاول فلا نعلم فيه خلافا واما الثاني فهو المشهور وعن الشيخ ره تحريم الاجارة محتجا بانها ضرب من البيوع وهو ممنوع وكذلك منع من الكتابة بناء على انها بيع العبد من نفسه وهو مع تسليمه لا يستلزم المنع لان العبد ليس مما يكال او يوزن وغاية المنع عندنا ان يكون المبيع مقدرا بهما وقد استثنى بعض العامة من الميراث ما لو كان الموزون مبيعا للمورث قبل قبضه له فانه يجوز للوارث بيعه وفيه نظر لان انتقاله الى الوارث بالارث واسطة بين المتبايعين وكذا القول في الصداق اذا كان المصدق قد اشتراه ولم يقبضه ثم اصدقه واراد المرأة ان تبيعه قبل القبض ومثله عوض الخلع من جانب المرأة المشتري له قبل القبض اذا اراد الزوج بيعه والاستثناء في الجميع غير واضح لثبوت الواسطة قوله ولو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فامر غريمه ان يكتال لنفسه من الاخر فعلى ما قلناه يكره وعلى ما قالوه يحرم لانه قبضه عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه قد عرفت ان المنع او الكراهة مشروط بشرطين انتقاله بالبيع ونقله به وما ذكر في هذا الفرض وان كان بيعا لجانب السلم فرد من افراده الا ان الواقع من المسلم الحوالة لغريمه في القبض او وكالة له فيه وكلاهما ليس ببيع الا ان الشيخ ره ذكر هذا الحكم في ط وف وقطع بعدم صحته وتبعه عليه جماعة ويظهر من المص وجماعة اختيار صحته تحريما على القول به او كراهة على القول الاخر وفيه نظر واضح والجواب بان الواقع حوالة والحوالة ملحقة بالبيع في جريان المنع واجاب الشهيد في بعض تحقيقاته عن الاشكال بان مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة منطبقة على افراد لا نهاية لها فاي فرد عينه المسلم اليه تشخص لذلك الفرد وانصب العقد عليه فكانه لما قال الغريم اكتل من غريمي فلان قد جعل عقد السلم معه واردا على ما في ذمة غريمه المسلف منه وما يقبضه بعد ولا ريب انه مملوك له بالبيع واذا جعل مورد السلم الذي هو بيع يكون بيعا للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان ويلحق بالباب قال وهذا من لطائف الفقه وهذا التحقيق غاية ما يقال في توجيه كلام الشيخ ومن تبعه الا انه مع ذلك لا يخلو من نظر لان مورد السلم ونظائره من الحقوق الثابتة في الذمة لما كان امرا كليا كان المبيع المتحقق به هو الامر الكلي وما يتعين لذلك من الاعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع وان كان الامر الكلي انما يتحقق في ضمن الافراد الخاصة فانها ليست عينه ومن ثم لو ظهر المدفوع مستحقا او معيبا رجع الحق الى الذمة والمبيع المعين ليس كذلك ونظيره للشيء ما حققه الاصوليون من ان الامر بالكلي ليس امرا بشيء من جزئياته الخاصة وان كان لا يتحقق الا بها وحينئذ فانصباب العقد على ما قبض وكونه مبيعا غير واضح فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره غير متوجه نعم لا بأس بالكراهة خروجا من خلاف الشيخ والجماعة وتحرزا مما هو مظنة التحريم قوله وكذا لو دفع اه منشأ التردد من منع الشيخ تولي الواحد طرفي القبض محتجا عليه بانه لا يجوز ان يكون وكيلا لغيره في قبض حق نفسه من نفسه وتبعه عليه ابن البراج ومن انتفاء المجوز ولانه وكله في الاقباض والمغايرة الاعتبارية في القابض والمقبض منه كافية ومثله تولي طرفي العقد وهو الاقوى قوله ولو قال اشتر اه لان مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه ما دام على ملك الغير وهذا هو الفارق بين هذه والسابقة واستقرب في لف جواز ذلك وجعله قبضا للطعام بجنس الدراهم او قرضا للدراهم والاقوى ما هنا لعدم وجود ما يدل على مدعاه نعم لو علم من الدافع ارادة احد الامرين وقبل القابض ذلك صح وكذا لو علم منه ارادة معنى غيرهما يصح كما لو كان التعبير بكون الشراء له لكونه آيلا الى ذلك والقصد استيفاؤه بعد الشراء وقبضه له ونحو ذلك قوله ولو كان المال قرضا او المال المحال به قرضا صح ذلك قطعا لانتفاء الشرطين معا في الاول والثاني في الثاني ولا وجه لتخصيص الفرض بالمحال به بل متى كان احدهما قرضا صح لعين ما ذكر قوله اذا قبض اه انما كان القول قول البائع في الثانية مع ان الاصل عدم وصول حق المشتري اليه في الصورتين عملا بالظاهر من ان صاحب الحق اذا حضر استيفاء حقه يحتاط لنفسه ويعتبر مقدار حقه فيكون هذا الظاهر مرجحا لقول البائع ومقويا لجانبه ومعارضا للاصل فيقدم قوله بيمينه وهذه مما رجح فيها الظاهر على الاصل وهو قليل ويمكن توجيهه بوجه لا يحصل به التعارض بان يقال انه عند قبضه للحق وقبل دعواه الاختبار المؤدي الى النقصان كان يعترف بوصول حقه اليه وقبضه له كملا فاذا ادعى بعد ذلك النقصان كان مدعيا لما يخالف الاصل اذ الاصل براءة ذمة البائع من حقه بعد قبضه ويخالف الظاهر ايضا كما قلناه فيبقى الاصل والظاهر على خلاف دعواه فان قيل هذا يستلزم قبول قول البائع مطلقا لعين ما ذكرتم من التعليل قلنا اذا لم يحضر المشتري الاعتبار لا يكون معترفا بوصول حقه اليه لعدم اطلاعه عليه حتى لو فرض حصول ما يقتضي الاعتراف يكون مبنيا على ظاهر الحال ومعتمدا على قول غيره الذي يمكن تطرق الخلل اليه كثيرا بخلاف ما لو حضر وايضا فان البناء على ظاهر الحال لا يقتضي الاقرار بوصول حقه اليه بوجه حتى لو صرح بانه قد وصل الى تسلمه على انه مجموع المبيع بناء على الظاهر وركونا الى قول الغير لم يكن اقرارا بوصول جميع حقه اليه بخلاف ما لو اقر بقبض الجميع بناء على حضوره الاعتبار فانه يكون اقرارا صحيحا فيتحقق الفرق ولو انه مع فرض حضوره ادعى عدم قبض جميع حقه محمولا لها عن دعوى الغلط قبل قوله ايضا لاصالة عدم قبض الجميع وما ذكرناه من الاصل الاخر والظاهر منتف هنا اذ لا يلزم من حضور المشتري الاعتبار قبضه لجميع حقه وهو واضح وهذه من الجمل التي يترتب عليها الحكم الشرعي فانه مبني على القواعد الظاهرة المنضبطة قوله اذا اسلفه اه انما لم يكن عليه دفعه في غير بلده لان مال السلم يتعين دفعه في بلده عند الاطلاق وفي موضع التعيين ان عين على ما يأتي من التفصيل وعلى كل حال فدفعه في غير بلد يتعين دفعه فيه غير واجب سواء كانت قيمته في بلد المطالبة مخالفة لقيمته في بلده او مساوية ولم يحصل ضمن وهذا لا شبهة فيه انما الكلام فيما لو طالبه بقيمته في البلد التي يجب عليه دفعه فيها فان البحث فيها ح في موضعين احدهما ان يرضى المسلم اليه بدفعها وفي جوازه قولان احدهما العدم نظرا الى ان القيمة عوض عن مال السلم قبل قبضه وبيع له وهو غير جائز لان المفروض كونه طعاما والثاني وهو الاقوى الجواز لمنع كون ذلك بيعا بل استيفاء للحق غايته بغير جنسه وفي مثل هذا لا يسمى بيعا فلا تحريم

١٠٤٨ نعم ربما قيل بكراهته وجماً من خلاف الشيخ وتخلصاً من عرضة التحريم والثاني ان يطلب القيمة ولا يرضى المسلم اليه بدفعها فهل يجبر عليه بناء على الجواز
في الاول الاكثر على العدم لان الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة وما في ذمته لا يجب دفعه في البلد المذكور فاولى ان لا يجب دفع ما لم يجر عليه المعاوضة
ولم يقبضه عند السلم وذهب بعض الاصحاب فيما نسبه العلامة في كرة الى وجوب دفع القيمة محتجاً بان الطعام الذي يلزمه دفعه معدوم فكان كما لو عدم الطعام
في بلد يلزمه التسليم فيه وفيه منع ظاهر اذ ليس ثم طعام يلزمه دفعه حتى ينتقل الى القيمة وعلل ايضاً بان منع المالك من المطالبة بحق حال وجعله متوقفاً على
الوصول الى بلد التسليم ضرر ظاهر فانه ربما لم يكن له عزم العود الى تلك البلد اصلاً وان الوصول اليه يحتاج الى اضعاف المسلم فيه من المؤن او ان المسلم
اليه قد لا يظفر به بعد ذلك فيفوت حقه بالكلية وما يقتضيه العقد من ارتفاق المسلم اليه بالتسليم في البلد المعين قد يحله المسلم اليه فلولا الانتقال
الى القيمة لضاع حقه اذ ليس له المطالبة بالعين فلو لم يحصل له المطالبة بالقيمة على الوجه الذي ينتفي به ضرر المسلم لادى الى ضياع حقه رأساً وانت
خبير بان هذه العلل لا توجب الانتقال الى القيمة متى طلبها المسلم بل مع تخوف ضياع حقه بدونه للعلم بانه يختلف الضرر في موارد كثيرة غير ما ذكر
كما لو كان المسلم اليه مصاحباً له في الطريق الى البلد المعين للتسليم او وكل في تسليمه فيه ونحو ذلك فان ذلك هو الذي اقتضاه الامر الشرعي فالعدول
عنه الى القيمة مطلقاً غير جيد نعم لو فرض الضرر في بعض موارده كما لو علم بالقرائن ان المديون لا يرجع الى تلك البلد ولم يوكل في الايفاء توكيلاً يوجب تحصيل
الحق وان الحق يفوت بالتاخير اتجه رفع الامر الى الحاكم ليجبره على احد الامرين دفع العين او القيمة في بلد التسليم او دفع العين فيهما بوجه ممكن وربما قيل
بجواز المطالبة بالعين ان كانت القيمة في تلك البلد مثل قيمته في بلد التسليم او ادون وبالقيمة في بلد التسليم ان كانت اكثر اما الاول فلان المفروض
كون الحق حالاً والاستحقاق له ثابت وتعين بلد التسليم انما كان للارتفاق ومع تساوي القيمة في البلدين او نقصانها في بلد المطالبة لا يزول الارتفاق
بل يزيد في بعض صوره فلا وجه لتاخيره واما الثاني فلوجوب التسليم لما ذكر مع تعذر المثل شرعاً بسبب الزيادة وهذا القول ليس بعيداً من الصواب الا ان فيه
منع حصول الارتفاق فيما ذكر مطلقاً لجواز ان يكون المديون قادراً على عين الحق في بلد التسليم عاجزاً عنها في الاخر وان كان انقص قيمة فيحصل الضرر عليه بذلك
مع مخالفته ما شرطه من الارتفاق او دل عليه الاطلاق والمؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله فالقول بالمنع من المطالبة عيناً وقيمة اوجه وهو الاشهر
قوله ولو كان قرضاً لا شبهة في جواز اخذ عوض القرض اذا تراضيا عليه لانتفاء المانع منه وهو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه وانما الكلام في وجوب دفع
العوض في غير بلد القرض لان اطلاقه منزل على قبضه في بلده فليس المقرض المطالبة به في غيره كما انه لو بذله المقترض لم يجب عليه قبضه فيه لما في نقله الى
ما عينه الشارع موضعاً للقبض من المؤنة واذا لم يجب عليه دفع عين الحق وكذا قيمته لعدم وقوع المعاوضة عليها وقد تقدم تحرير المقام فيما سبق و
الحكم واحد واختار في ف وجوب دفع المثل وقت المطالبة فان تعذر فالقيمة ببلد القرض وفيهما معاً نظر قوله فان كان غصباً القول الاول للشيخ ره وساوى
بينه وبين القرض في الحكم وما اختاره المص هو الاقوى لانه حق ثبت عليه بعدوانه فيلزم كل مكان وهو مؤاخذ باسوء الاحوال ووجه وجوب القيمة
عند الاعواز انه وقت الانتقال من المثل الى القيمة في المثلي واستقرب في لف في القيمة قول الشيخ وهو قيمة بلد القرض لانه غصبه هناك فان تعذر
المثل وجب عليه قيمته فيه ونقل ما اختاره المص هنا عن والده ويشكل بما قلناه ويجيء وجوباً على القيم من حين الغصب لحين الدفع قوله ولو اشترى عبداً
انما لم ينفسخ البيع الثاني لان العين المبيعة كانت ملكاً خالصاً للبائع وانما طرء البطلان على العقد بعد انتقال العين فلا يؤثر فيما سبق من التصرفات بل
يلزم البائع الثاني دفع المثل ان كانت العين مثلية والقيمة ان كانت قيمية كما لو تلفت وهل المعتبر قيمته يوم البيع او يوم تلف العين الاخرى يحتمل الاول لانه
وقت تعذر المثل والثاني لان الفسخ لم يكن في ذمته للبائع وانما لزمت بتلف العين الاخرى الموجب لبطلان البيع وهو الاجود ويستفاد من ذلك انه لو تلف
البيع قبل قبضه اذا بطل العقد من حينه لا من اصله والا لاسترد العين ويظهر الفائدة في ذلك وفي النماء قوله فان كان آه اذا تعدد النقد في البلد
كان بمنزلة المشترك لا يحمل على احد معانيه الا بقرينة فان غلب احد النقود حمل عليه لان الاغلبية تكون قرينة احد افراد المشترك وان تساوت ولم يعين
بطل العقد لعدم الترجيح واختلاف الغرض ثم الغلبة قد تكون في الاستعمال وقد تكون في الاطلاق بمعنى ان الاسم يطلق على احدهما وان كان غيره اكثر
استعمالاً كما يتفق ذلك في زماننا في بعض اسماء النقود فان اتفقت الغلبة فيهما فلا اشكال في الحمل عليه وان اختلفت بان كان احدهما اغلب استعمالاً والاخر
اغلب اطلاقاً ففي ترجيح احدهما او يكون بمنزلة التساوي نظراً الى تعارض المرجحين نظر وان كان ترجيح اغلبية المتعارف اوجه وكذا القول في الكيل والوزن قوله
اذا اختلفا آه هذا هو المشهور بين الاصحاب بل ادعى عليه الشيخ الاجماع وبه رواية ابن مرسلة عن الصادق في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري هو بكذا وكذا باقل
ما قال البائع قال القول قول البائع اذا كان الشيء قائماً بعينه مع يمينه وهذه الرواية تدل بمنطوقها على وهو تقديم قول البائع مع قيام عين المبيع
واستفيد الثاني من مفهومها ولانه موافق للاصل لانه لا قائل فيه بخلافه مع القول في الشق الاخر بما دلت عليه ومرسلها احمد بن ابي نصر وقد
استثناه بعض الاصحاب من المنع من المراسيل مع من استثنى وعلى تقدير عدمه فهو منجبر بالشهرة بين الاصحاب وعملهم بمضمونها واحتجوا له ايضاً بان
المشتري مع قيام السلعة يدعي تملكها وانتقالها اليه بما ادعاه من العوض والبائع ينكره فيقدم قوله لانه منكر واما مع تلفها فان البائع يدعي
زائداً في ذمة المشتري وهو ينكره فيكون القول قوله وفيه نظر لاتفاقهما على انتقال العين الى المشتري وملكه لها وانما الخلاف بينهما فيما يستحق في ذمة
المشتري فلا وجه لتقديم قول البائع بل المشتري هو المنكر في الموضعين فالمعتبر هو النص وفي المسألة اقوال اخر منها ان القول قول من هي في يده الا ان
يحدث المشتري فيه حدثاً فيكون قوله مطلقاً وهو خيرة ابن الجنيد ونفى عنه الباس في كرة ووجه الاول انه من ليس في يده يدعي انتزاعه بما يزيد من الثمن
وذو اليد ينكر ذلك فيكون القول قوله ترجيحاً لذي اليد فان الخارج هو المدعي واما مع احداث المشتري فهو دليل اليد وفيه ما مر ومنها ان القول
قول المشتري مع قيام السلعة او تلفها في يده او في يد البائع بعد الاقباض والثمن معين والاقل لا يغاير اجزاء الاكثر ولو كان مغايراً تحالفا وفسخ

البيع اختاره

١٠٤٩ البيع اختاره في لف واحتج على الاول بان المشتري منكر وعلى الثاني بان التحالف في عين الثمن وكل منهما ينكر ما يدعيه الاخر فيتحالفان ومن هذا القول يرجع الى تقديم
قول المشتري مطلقاً حيث يكون الاختلاف في كمية الثمن وسببا وتغايره مع عدم تعين الثمن خاصة وظاهر ان مدخليته ضعيفة ومنها انهما يتحالفان مطلقاً
لان كلاً منهما مدع ومنكر وذلك لان العقد الذي تضمن الاقل وتشخص به ينكره البائع والعقد الذي تضمن الثمن الاكثر وتشخص به ينكره المشتري فيكون
هذا النزاع في قوة ادعاء كل منهما عقداً ينكره الاخر فيتحالفان ويبطل البيع وفيه منع المغايرة الموجبة لما ذكر لاتفاقهما على عقد واحد وعلى انتقال المبيع
الى المشتري به وثبوت الثمن الاقل في ذمته وانما يختلفان في الزائد واحدهما يدعيه والاخر ينكره فلا وجه للتحالف وهذا القول احتمله العلامة في كثير من كتبه
وصححه ولده في الايضاح ونسبه س الى الندور مع انه اختاره في قواعده ومنها ان القول قول المشتري مطلقاً لاتفاقهما على وقوع البيع وانتقال المبيع الى المشتري
وانما الخلاف بينهما فيما يستحق في ذمته فيكون القول قوله في نفي الزائد مطلقاً لانه منكر وهذا القول لم يذكره احد من اصحابنا في كتب الخلاف وذكره العلامة في
احتمالاً ونقله في كرة عن بعض العامة دونا والذي يظهر انه اقوى الاقوال ان لم يتعين العمل بالاول نظراً الى الخبر او الاجماع غير ان فيهما ما قد عرفت وتنقيح
المسئلة يتم بامور الاول هذا البحث كله اذا وقع النزاع بعد قبض المشتري او قبله مع بقاء عين المبيع اما لو وقع بعد تلفه في يد البائع فان العقد ينفسخ ولا
يظهر للنزاع اثر ان لم يكن البائع قد قبض الثمن ولو كان قبضه كان كالدين في ذمته او الامانة عنده فيقدم قوله في قدره ومثله ما لو اختلفا في قدر الثمن
بعد قبض البائع له والاقالة او الفسخ باحد وجوهه الثاني موضع الخلاف ايضاً ما لو كان الثمن في الذمة ليمكن جريان الاقوال فلو كان معيناً كما لو قال البائع
بعتك بهذا العبد او الدينار فقال بل بهذه الامة او الدراهم فانه يتعين التحالف قطعاً لان كلاً منهما مدع ومنكر وهو ضابط التحالف وهذا لا
يطلق عليه اختلاف في القدر نعم قد يتفق الاختلاف في القدر كما لو قال بعتك بهذين الدينارين او الثوبين مثلاً فقال بل باحدهما معيناً فان الحكم
فيه كالذمي والاقوال جارية فيه وبهذين الامرين يظهر ان ما فصله العلامة في لف يرجع الى تقديم قول المشتري مطلقاً فيكون موافقاً لما قواه في كرة الثالث
على القول المشهور الفارق بين قيام العين وتلفها لو كانت العين باقية لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالاً لازماً كالبيع والعتق والوقف والهبة
اللازمة فهل ينزل منزلة التلف ام لا يحتمل الاول لما تقدم من التعليل وقد عرفت ما فيه لمساواته التلف في الخروج عن حد الانتفاع بالنسبة الى المشتري
فيكون تلفاً حكمياً ويشكل بمنع ذلك وكونه علة الحكم فان من الجائز كون التلف الحقيقي علة لقبول قول المشتري نظراً الى امتناع الرجوع اليها
في اغتنام ما يدعيه وصيرورته منكراً ولكل وجه مع ان الحكم انما تعلق في تقديم قول البائع على قيام العين من غير اعتبار بالعلة وهو متحقق مع انتقالها
عن ملكه باي وجه فرض ولو انتقلت انتقالاً غير لازم كالبيع في زمن الخيار للبائع والهبة قبل القبض او بعده حيث يجوز له الفسخ ففي قيامه مقام التلف
احتمالان والاولى العدم الرابع لو تلف بعض المبيع خاصة او انتقل عن ملكه ففي تنزيله منزلة تلف الجميع او بقاء الجميع او الحاق كل جزء باصله احتمالات
وان كان الاول لا وجه نظراً الى عدم صدق قيام عين المبيع الذي هو مناط تقديم قول البائع كما صرح به في الخبر ولان هذا الحكم على خلاف الاصل
فيقتصر فيه على موضع اليقين وهو قيام جميع العين ويبقى فيما عداه على الاصل من قبول قول المنكر وهو المشتري ولا يرد المعارضة بان تقديم قوله
مخصوص بتلف المبيع وهو غير متحقق لانا قد بينا ان هذا الحكم انما اخذ من مفهوم الخبر لا من منطوقه والتحقيق انه اخص من المفهوم وموضع النزاع
داخل فيه فان ضابطه على ما اقتضاه المنطوق انه متى لم تكن عين الشيء قائمة لا يكون القول قول البائع وهو مفهوم الشرط المعتبر عند المحققين فيدخل
فيه ما لو تلف البعض مضافاً الى ما حققناه من موافقته للاصل الخامس لو امتزج المبيع بغيره فان بقي التميز فهو قائم وان لم يتميز احتمل بقاؤه كذلك
لانه موجود في نفسه وانما عرض له عدم التميز من غيره والمفهوم من قيام عينه وجوده خصوصاً عند من جعل التلف في مقابلته فانه ليس بتالف قطعاً ويحتمل
عدمه نظراً الى ثبوت الواسطة وعدم ظهور عينه في الحس ويمنع ارادة الوجود من قيام العين وهذا كله مع مزجه بجنسه كالزيت يخلط بمثله والنوع الاخر
من الحنطة كالصفراء تخلط بالبيضاء اما لو خلط بغير جنسه بحيث صار حقيقة اخرى كالزيت يعمل صابوناً فانه بمنزلة التالف واما تغيره وصفاً بزيادة و
نقصان فلا يقدح في قيام عينه بوجه السادس حيث حكمنا بالتحالف اما مطلقاً او مع الاختلاف في عين الثمن حلف كل منهما يميناً واحدة على نفي ما يدعيه الاخر
لا على اثبات ما يدعيه ولا جامعة بين الامرين فاذا حلفا انفسخ العقد ورجع كل منهما الى عين ماله ان كانت موجودة ومثلها او قيمتها ان كانت تالفة
والبادي باليمين منهما من ادعي عليه اولاً على سبيل الاستحقاق فان حلف الاول ونكل الثاني عن اليمين فان قضينا بالنكول ثبت ما يدعيه الحالف والا
حلف يميناً ثانية على اثبات ما يدعيه وانما لم يكتف باليمين الجامعة مع تحقق فائدتها في مثل ذلك لان يمين الاثبات بعد النكول فلا يتقدم عليه
السابع اذا وقع الفسخ بالتحالف فهل يبطل من اصله وينزل البيع منزلة المعدوم ام من حين التحالف والفسخ وجهان اختار اولهما العلامة في كرة محتجاً عليه
بان اليمين اسقطت الدعوى من راس فكانه لم يبع كما لو ادعى على الغير بيع شيء او شراء فانكر وحلف فان الدعوى تسقط ويكون الملك باقياً على حاله
ولم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه ويشكل باتفاقهما على وقوع عقد ناقل للملك اما في الثمن الموصوف فظاهر واما في العين الذي اوجب التحالف
لاختلافهما فالمبيع ايضاً متفق على انتقاله من البائع الى المشتري وانما الاختلاف في انتقال الثمن المعين فيمكن ان يتوجه ذلك في هذا الثمن دون المثمن في
الموضعين واختار ثانيهما في عد وبعده في س والتحقيق ما اشرنا اليه من ان البيع لا يبطل الا من حينه واما الثمن فيبقى على حكم الملك بالحلف كما تقدم في كرة
فالاطلاق في الموضعين غير جيد ويظهر فائدة القولين فيما لو وقع التحالف بعد انتقال العين من المشتري بعقد لازم كالبيع وشبهه او خرج عن ملكه بعتق
او وقف ونحوهما فعلى الاول يبطل العقود وغيرها ويرجع العين الى البائع وبه قطع في كرة تفريعاً على اصله وعلى الثاني يرجع الى القيمة يوم الانتقال
الثامن وبه قطع في عد تفريعاً على اصله ولو تلف يرجع بقيمته على القولين ولو تلف البعض او انتقل عن ملك المشتري انتقالاً لازماً رجع البائع في الموجود
قطعاً وبقيمة التالف وفي المنتقل الوجهان وهذا بخلاف ما تقدم في البحث الرابع والفرق ان الحكم هناك معلق في النص على قيام العين وهو غير

يتحقق مع تلف البعض وهنا يرجع بالتحالف الى ما لو فيأخذ منه الموجود كيف كان وقيمة الذاهب ولو امتزج كان شريكا بالنسبة ولو تعيب يرجع بارش المعيب ولو وجد العين مستأجرة او مرهونة انتظر انقضاء المدة او الفك وفي تخيره بينه وبين القيمة معجلة وجه ظاهر لو اختلفا في قيمة التالف فالذي يقتضيه اصول المذهب قبول قول منكر الزائد مع يمينه كما في نظائره من الغصب وفيه قول آخر بتقديم قول المالك وقد اغرب العلامة هنا فحكم بالرجوع الى القيمة مثله موصوفا بصفاته وهو باصول العامة اليق نظرا الى ان الوصف يفيد اهل الخبرة ظن القيمة فيكون مناسبا لرفع النزاع العاشر الظاهر ان العقد يبطل بمجرد التحالف وان لم يفسخه وبه قطع في كره محتجا بما اسلفناه عنه من ان يمين كل منهما يسقط دعوى الآخر فيكون الملك باقيا على حاله ولم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه وهذا على القول ببطلانه من جهته فالظاهر انه كذلك لانتفاء دعوى كل منهما بيمين صاحبه فينفسخ ح ولان امضائه على دعوى الثمن متعذر وعلى دعوى احدهما تحكم وهو ظاهر فتوى القواعد وحكى في كره عن الشافعي للقائل بالتحالف وجهين في انفساخه به او توقفه على الفسخ وتوقف في سره الوجهين فعلى الثاني يفسخه المتعاقدان او احدهما او برضى احدهما بدعوى الآخر او يفسخه الحاكم اذا يئس من توافقهما فامتناعهما من فسخه لئلا يطول النزاع ثم ان توافقا على الفسخ او فسخه الحاكم انفسخ ظاهرا او باطنا وان بدا احدهما فان كان المحق ... الا انفسخ ظاهرا قوله اذا اختلفا في تأخير الثمن وتعجيله او في قدر الاجل او في اشتراط رهن او ضمين فالقول قول البائع مع يمينه لانه في هذه المواضع كلها منكر وذلك لانهما اتفقا على صدور العقد وحصول الملك والثمن المعين وانما اختلفا في قدر زائد والبائع ينكره فيقدم قوله في نفيه وربما قيل بالتحالف هنا بناء على القول في المسألة السابقة لاشتراكهما في الوجه الذي اقتضاه وهو دعوى امتناع العمل بالمتفق عليه او ليس هناك متفق عليه لان احدهما يسند الملك الى سبب مخصوص والآخر ينفيه ويسنده الى سبب آخر ففي الحقيقة الملك لاحدهما غير الملك بقول الآخر فكل منهما مدع ومدعى عليه فيتحالفان وليس بواضح لان السبب الناقل للملك وهو العقد لا نزاع بينهما فيه ولا تعدد وانما الخلاف فيما صاحبه من الامور المذكورة وهو امر خارج عن السبب نعم هو مقيد بما يذكر فيه منهما فما ثبت منها كان قيدا له ولا يلزم من ذلك اختلافه فنزاعهما يرجع الى وجود تلك القيود وعدمه فيقدم المنكر وهذا بعينه آت في المسألة السابقة قوله لو اختلفا في المبيع اه هذا النزاع نظير النزاع في قدر الثمن ووجه تقديم قول البائع فيه من حيث انه منكر لبيع الزائد مع اتفاقهما على امر مشترك وهو بيع الثوب الواحد واحتمال التحالف آت هنا بوجهه السابق وجوابه ولا يخفى ان ذلك كله حيث لا يكون المتنازع معينا كهذا الثوب فيقول المشتري بل هذان لغير المذكور فانه يتعين القول بالتحالف لو كان الاول احدهما فالقول قول البائع كالاول وحيث لا يكون ذلك مسلما للاختلاف في الثمن كبعتك ثوبا بالف فقال المشتري بل ثوبين بالفين فانه يقوى التحالف ايضا اذ لا مشترك هنا يمكن الاخذ به قوله فلو قال بعتك هذا الثوب فقال بل هذا فهنا دعويان الحكم هنا واضح بعد الاحاطة بما سلف فاذا حلف البائع على نفي ما يدعيه المشتري بقي على ملكه فان كان الثوب المذكور في يده والا انتزعه من يد المشتري واذا حلف المشتري على نفي ما يدعيه البائع وكان الثوب في يده لم يكن للبائع مطالبته به لانه لا يدعيه وان كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه لانه معترف بانه للمشتري وله ثمنه في ذمته فان كان البائع قد قبض الثمن رده على المشتري ويأخذ الثوب قصاصا وان لم يكن قبضه اخذ الثوب قصاصا ايضا بدل الثمن ولو زاد فهو مال لا يدعيه احد كذا في كره وعلى ما تقدم من التفصيل في الفسخ ظاهرا او باطنا على بعض الوجوه ينتفي ذلك واعلم ان ظاهر التحالف المقطوع به ادعاء كل منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر بحيث لا يتفقان على امر كما هنا ومثله ما لو اختلفا في الثمن المعين او فيهما معا ومثله ما لو ادعى احدهما البيع والآخر الصلح ولو اتفقا على امر واحد واختلفا في وصف زائد او قدر بحيث كانت الدعوى من طرف واحد حلف المنكر ويتعدى ذلك الى غير البيع من العقود اللازمة كالصلح والاجارة قوله ولو اختلف اه اي لو اختلفا في قدر الثمن او المثمن فالقول قول ورثة البائع في قدر المبيع كما ان القول فيه قول مورثهم وقول ورثة المشتري في الثمن وان لم يقل به في مورثهم لانهم منكرون واقتضائه لمخالفة الاصل على مورده وذهب جماعة من الاصحاب الى ان حكمهم حكم المورث في جميع الاحكام وهو حسن ولو قلنا بالتحالف بين المورثين ثبت للورثة قطعا ولو اختلف الورثة في عين المبيع او عين الثمن حيث يثبت التحالف فالحكم فيهم كذلك فاطلاق المص تقديم قول ورثة البائع في المبيع وورثة المشتري في الثمن منزل على ما ذكرناه قوله اذا قال اه شبه بقوله فالقول قول مدعي الصحة على علة الحكم وهو اصالة الصحة في العقود فان الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة فيكون قول مدعي الصحة موافقا للاصل وهذا بين في المسألة الاولى واما الثانية فمدعي الفسخ لا ينكر صحة العقد بل يعترف به ويدعي امرا آخر لكن لما كان الاصل عدم طرو المبطل الموجب لاستمرار الصحة اطلق عليه الصحة مجازا او اراد به بقائها وربما استشكل الحكم في الاول مع التعيين كبعتك بهذا العبد فيقول بل بهذا الحر فان منكر نقل العبد ان كان هو المشتري فهو ينفي انتقال عبده عنه فالاصل في الموضعين ولانه يرجع الى انكار البيع فيقدم قول منكره نعم لو لم يعينا في الصورتين توجه ما ذكر قوله وضابطه اه ضمير ضابطه يعود الى الشرط المدلول عليه بالشروط تضمنا والمراد منه ما هو اخص من ذلك وهو الشرط السائغ وح في العبارة لانه فان الشروط المعقود لها الباب اعم من الصحيحة والباطلة والضابط مختص بالصحيح والمراد ان ضابط ما يصح اشتراطه ما لم يكن مؤديا الى جهالة المبيع او الثمن وذلك كاشتراط تأجيل احدهما مدة مجهولة فان للاجل قسطا من الثمن وهو مجهول فيتجهل العوضان وقوله ولا مخالفا للكتاب والسنة كان مغنيا عن ذكر المؤدي الى جهالة العوضين لانه من الغرر المنهي عنه في السنة المطهرة ومثال ما خالف الكتاب والسنة مع ما ذكر اشتراط ان لا يبيعه او لا يعتقه او لا يطأ او لا يهب وضابطه ما بناني مقتضى العقد بان يقتضي عدم ترتب الاثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه ونبه كذا حققه جماعة ويشكل باشتراط عدم الانتفاع زمانا معينا فان مقتضى العقد اطلاق التصرف في كل وقت وباشتراط اسقاط خيار المجلس والحيوان وما شاكل ذلك مما اجمع على صحة اشتراطه وعبارة المص لا تنافي ذلك لان كل ما صح اشتراطه فليس منافيا للكتاب والسنة قوله ويجوز اي يشترط ذلك على البائع فان اطلاق العقد وان لم يقتضه الا انه شرط سائغ مقدور وغير مناف لمقتضى العقد فيدخل تحت عموم الامر بالوفاء بالشرط ومثله ما لو شرط البائع على المشتري ضمانه ثوب معين

او خياطته والمراد من الشرط المذكور تحصيل تلك المنفعة بنفسه او بغيره ليصح اطلاقه كونه مقدورا فلو شرط فعله بنفسه اعتبر في صحته قدرته عليه بان يكون عالما بالصنعة قادرا عليها فان عين زمانا لا يمكن فيه تحصيل الشرط فهو باطل لانه غير مقدور قوله ولا اه فان ذلك غير مقدور للبايع بل لله تعالى ولا فرق في البطلان بين ان يشترط عليه ان يجعله هو او الله تعالى لاشتراكهما في عدم المقدورية وفي بعض حواشي الشهيد ره ان المراد به اشتراط ان يجعل الله الزرع سنبلا لا اشتراط ان يجعله البايع سنبلا فان ذلك وان كان باطلا ايضا الا انه غير مراد هنا لانهم انما تعرضوا لما يجوز ان يتوهم عاقل الا ما يمنعه وهذا حسن اذا اراده وان اشتراكهما في البطلان قوله ولا اه لان ذلك مقدور له وهل يشترط تعيين المدة ام يحمل على المتعارف من البلوغ لانه مضبوط عرفا الظاهر الاكتفاء بالثاني واطلاقهم يدل عليه قوله ويجوز اه اطلاق الحكم يشمل ما لو شرط اعتقه من المشتري واطلقه وشرطه عن البايع وعن كفارة تبرعا وبعوض والحكم في الاولين اجماعي واما الثالث فقال في كره انه يجوز ايضا عندنا لانه شرط لا ينافي الكتاب والسنة وفي ع يجوز اشتراطه مط او من المشتري ومنهم من عدم الجواز عن البايع وبه قطع في س ويؤيده قوله لا عتق الا في ملك والبايع ليس مالكا واما عتقه عن الكفارة فان كانت عن المشتري في شرط البايع عتقه عنه صح وفائدة الشرط التخصيص لهذا العبد بالاعتاق وان لم يشترط بني على ان العتق هل هو حق لله تعالى او للبايع او للعبد او للجميع فانه من حيث ان فيه معنى القربة والعبادة يرجح الاول ومن حيث الاشتراط من البايع وتعلق غرضه به وان الشروط من جملة العوضين يدل على الثاني ومن استلزامه زوال الحجر عن العبد وتحريره يكون حقا له ولا تحقق انه لا منافاة بين هذه الحقوق فيجوز اجتماعها فيه ويتفرع على ذلك المطالبة بالعتق فمن كان له الحق فله المطالبة واما عتقه عن الكفارة فان قلنا الحق فيه لله لم يجز كالمنذور وان قلنا انه للبايع فكذلك ان لم يسقط حقه وان اسقطه جاز لسقوط وجوب العتق وكذا ان قلنا انه للعبد وعلى ما اخترناه لا يصح مط وشرط العتق مستثنى من الشروط القابلة لاسقاط مستحقها واولى بالمنع لو كانت على البايع او غيره واما عتقه تبرعا فلا شبهة في جوازه بشرط ان يكون بسبب صاح فلو نكل به فانعتق لم يات بالشرط ويكون بمنزلة التالف وظاهر الشرط يقتضي ايقاعه مباشرة اختيارا ايمانا فلو شرط عليه عوضا من خدمة وغيرها لم يات به وحيث يفوت الشرط يتخير البايع بين فسخ البيع والامضاء كما في الشروط لكن لو فسخ هنا رجع الى القيمة كالتالف ايضا لبناء العتق على التغليب مع احتمال فساده بوقوعه على خلاف ما وجب ويحتمل ضعيفا سقوط الشرط مط ونفوذ العتق وهل يشترط وقوعه من المشتري مباشرة لم يكف وقوعه مط وجهان وتظهر الفائدة فيما لو باعه بشرط العتق فعلى الاول يحتمل بطلان البيع لان شرط العتق مستحق عليه فلا يجوز نقله الى غيره وصحته مع تخير البايع ثم ان اعتق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ وقدر كالتالف والا اخذه وعلى الثاني يصح كما لو اعتقه بوكيله والذي يدل عليه الاطلاق والحكم في باقي الشروط انه لا يقتضي مباشرتها بنفسه الا مع التعيين وهذا الشرط لا يزيد على غيره قوله او يدبره فان شرط تدبيرا مطلقا او معينا تعين وان اطلق تخير بين المطلق والمقيد فان اختار الثاني كتعليقه بوفاته في هذه السنة ولم يتفق الشرط وجب عليه التدبير ثانيا لان الغرض ترتب العتق ولم يحصل مع احتمال العدم لقيامه بالشرط المطلق وهل يجوز للمشتري الرجوع في هذا التدبير يحتمله نظرا الى اصله وعدمه التفاتا الى وجوب الوفاء بالشرط وعدم حصول غرض البايع والرجوع به ابطال له وهو ينافي صحة الشرط ولو اخل المشتري بالتدبير تخير البايع بين فسخ البيع والامضاء وفي التفاوت كما سيأتي في شرط العتق قوله او يكاتبه فيتخير المشتري مع الاطلاق بين الكتابة المطلقة والمشروطة ومع التعيين يتعين ما شرط وكذا القول في الاجل والقدر ولو تشاح المشتري والعبد فيه رجع الى القيمة السوقية فلا يجب على المشتري النقصان عنها ولو طلب الزيادة اجبر على القيمة ان امكن والا تخير البايع بين الفسخ والامضاء وفي جواز رجوعه في المشروطة عند عجزه وجهان نظرا الى الاصل والوفاء بالشرط مع احتمال براءة المشتري من الشرط لو فاتته به والفسخ طار سائغ شرعا قوله ولو شرطه اه اي شرط الخسارة على المشتري لو باع المبيع فخسر هل يكون على البايع فان هذا الشرط باطل لمنافاته لمقتضى العقد وثبوت الملك وكذا القول في شرط البايع عدم عتق المشتري او وطئه وهل يبطل البيع ايضا بمحض البطلان بالشرط قولان اجودهما الاول لان التراضي لم يقع الا على المجموع من حيث هو مجموع فاذا ابطل بعضه وامتنع نفوذه شرعا انتفى متعلق التراضي فيكون الباقي تجارة لا عن تراض ووجه صحة البيع ان التراضي قد تعلق بكليهما فاذا امتنع احدهما بقي الآخر وهو مذهب الشيخ رحمه الله والقولان آتيان في كل بيع تضمن شرطا فاسدا ومثله ما شابهه من العقود اللازمة قوله ولو شرط في البيع ان يضمن انسان بعض الثمن او كله صح البيع والشرط لان ذلك وان لم يقتضه العقد لكنه شرط يعود على المتعاقدين فيه مصلحة كالاجل فيصح اشتراطه للعموم ومثله اشتراط ضمين للبايع على بعض المبيع او كله لو كان سلما بل غير حاضر مط ويشترط على تعيين الضامن بالمشاهدة او الوصف كرجل موسر ثقة ونحو ذلك او بمبيزه بنسبته فلو اطلق بطل على الاقوى ويحتمل الجواز ويحمل ما دل عليه الوصف ومثله ما لو شرط رهنا على احدهما ولو هلك المعين منهما او مات فان كان بعد الرهن والضمان لم يؤثر ولو كان قبله ثبت الفسخ لمن شرط له لفوات الشرط قوله اذا اشترط العتق اه ظاهره ثبوت الخيار بمجرد امتناع المشروط عليه وان قدر المشروط له على اجباره على الوفاء وهو احد القولين في المسألة ووجهه اصالة عدم وجوب الوفاء للمشروط له وسيلة الى التخلص بالفسخ وفائدة الشرط جعل البيع اللازم عرضة للزوال عند فقد الشرط ولزومه عند الاتيان به والقول الآخر وجوب الوفاء بالشرط وعدم تسلط المشروط له الا مع تعذر تحصيله لعموم الامر بالوفاء بالعقد والمؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله وهذا هو الاجود فعلى هذا لو امتنع من الوفاء ولم يمكن اجباره رفع امره الى الحاكم ليجبره ان كان مذهبه ذلك فان تعذر فسخ ولشيخنا الشهيد ره في بعض تحقيقاته تفصيل ثالث وهو ان الشرط الواقع في العقد اللازم ان كان العقد كافيا في تحققه ولا يحتاج بعده الى صيغة فهو لازم لا يجوز الاخلال به كشرط الوكالة في عقد الرهن ونحوه وان لم يكن كافيا في تحققه بل يحتاج الى امر آخر وراء ذكره في العقد فليس بلازم بل يقلب العقد اللازم المشروط فيه جائزا كشرط رهن شيء على الثمن فانه لا يصير رهنا بمجرد الشرط بل لو جعله رهنا لم يصح لعدم لزوم الثمن لذمة المشتري ح الذي هو شرط صحة الرهن بل لا بد له من صيغة اخرى بعد البيع وجعل السر فيه ان اشتراط ما العقد كاف في تحققه كجزء من الايجاب والقبول فهو تابع لهما في الجواز واللزوم واشتراط ما سيوجد امر منفصل عن

العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن ممكن وبذلك يندفع التعجب من ان اشتراط الجائز فى اللازم يجعل الجائز لازما واشتراط اللازم فى اللازم يجعل
اللازم جائزا وهذا التفصيل حسن وهو اجود من القول بجوازه مط لكن القول باللزوم مط اجود لما اسلفناه واعلم ان الخيار المذكور حيث ثبت فهل هو
على الفور او التراخى وجهان تقدم مثلهما ووجههما واصالة عدم الفورية بعد ثبوت اصل الخيار يرجح الثانى قوله وان مات اه لا اشكال فى ثبوت الخيار
مع موته فان اختار الفسخ رجع بجميع القيمة ورد الثمن ان كان قبضه انما الكلام فيما لو اختار الامضاء هل يرجع الى المشترى بما يقتضيه شرط العتق من القيمة
فانه يقتضى نقصانا من الثمن ام يلزم مع الاجازة ما عين من الثمن خاصة ذهب العلامة وجماعة الى الاول لاقتضاء الشرط نقصانا ولم يحصل ويظهر من
الثانى محتجا عليه بان الشروط لا يوزع عليها الثمن ورد بان الثمن لم يوزع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلا وانما الشرط محبوس مع الثمن وقد حصل
باعتباره نقصان فى القيمة وطريق تداركه ما ذكر وطريق معرفة ما يقتضيه الشرط ان يقوم العبد بدون الشرط ويقوم معه وينظر التفاوت بين
القيمتين وينسب الى القيمة التى هى مع شرط العتق ويوخذ من المشترى مضافا الى الثمن بمقدار تلك النسبة من الثمن فلو كانت قيمته بدون الشرط مائة ومعه
ثمانين فالتفاوت بعشرين نسبتها الى الثمانين الربع فيوخذ من المشترى مقدار ربع الثمن مضافا اليه وذلك هو الذى تسامح به البايع فى مقابلة شرط
العتق وان اختار الفسخ والرجوع بالقيمة ففى اعتبارها وقتها اوجه اجودها يوم التلف لانه وقت الانتقال الى القيمة اذ قبلها كان الحكم متعلقا بالعين
ولان ضمان العين لا يقتضى ضمان القيمة مع وجودها فلا ينتقل الى القيمة الا وقت القيمة وثانيها يوم القبض لانه اول دخوله فى ضمان المشترى وثالثها اعلى
القيم من حين القبض الى التلف لانه فى جميع ذلك مضمون عليه وقد ظهر وجه الاول وجواب الاخرين قوله وكذا اه وجه البطلان فى الاول واضح لعدم العلم بقدر
المبيع مط لان مرجع هذا العقد الى تخيير المشترى فى اخذ ما شاء منها بحيث يكون ضابط سعر ما ياخذه ان كل قفيز منه بدرهم فان اخذ قفيزا لزمه درهم
وان اخذ قفيزين لزمه درهمان وهكذا ولا فرق فى البطلان بهذا الوجه بين كون الصبرة معلومة ومجهولة واما الثانى فوجه بطلانه مع الجهالة بقدر الصبرة
انه لا يعلم قدر ما يشتمل عليه من المقادير المذكورة فيكون غررا حال البيع وان علم بعد ذلك وللشيخ ره قول بجواز البيع لان التقدير المذكور يزيل الغرر والمشهور
خلافه نعم لو باعه عددا معينا من المكيل كعشرة اقفزة منها مع علمها باشتمالها عليه صح ولا فرق حينئذ بين المعلومة القدر والمجهولة ولو كانت معلومة القدر وباعها
كل قفيز بدرهم صح ايضا والحاصل ان المعلومة يصح بيعها جملة وجزء منها مشاعا ومعينا وبيعها كل قفيز بكذا والمجهولة لا يصح بيع شيء مما ذكر سوى الجزء المعين
الذى علم اشتمالها عليه وان يبيع كل قفيز من الصبرة بكذا باطل مط قوله وبيع ما يكفى اه نبه بالمثال على ان الارض يكفى فيها المشاهدة وان لم يمسح وهو
اشهر القولين والاقرب ومثلها الثوب ويظهر من الخلاف المنع فيهما ونقل بعض تلامذة المص ان السلجة فى العبارة بالجيم قال ولا يجوز بالحاء المهملة قوله
ولو قال بعتكها اه لما يكفى فى الارض بالمشاهدة امكن كونها مجهولة الاذرع حال البيع فاذا باعها كل ذراع بدرهم ولا يعلم قدر ذرعانها لم يصح من حيث
الجهل بكمية الثمن وان كانت هى معلومة على وجه يصح البيع وهذا هو الفارق بينها وبين الصبرة المعلومة حيث صح بيعها كل قفيز بدرهم لان معلوميتها
انما تكون من جهة الكيل فيستلزم العلم بقدر الثمن ولو اكتفينا بالمشاهدة فيها كما ذهب اليه ابن الجنيد اشترط فى بيعها كل قفيز بدرهم معرفة ما تشتمل
عليه منه قوله ولو قال اه يمكن ان يريد بتعيين الموضع تعيين المبدء والمنتهى والجوانب موضع وفاق ويمكن ان يريد به تعيين مبدء البيع سواء اضاف اليه
تعيين المنتهى ام لا لارتفاع الجهالة فى الجملة بسبب التعيين المذكور وضبط الاذرع وفى صحيح خلاف والاجود الصحة ومثله القول فى الثوب وقد تقدم و
يجب تقييد الصحة بتساوى الارض او تقاربها والا فالبطلان اجود قوله ولو باعه اه القول الاول مذهب الاكثر ووجهه ان المبيع مقدر بقدر معين ولم
يحصل ذلك القدر فيقسط الثمن عليه وعلى الفائت ان اختار المشترى الامضاء وله الفسخ لفوات بعض المبيع وهو لا يقصر عن فوات وصف ويشكل التقسيط
بان الفائت لا يعلم قسطه من الثمن لان المبيع مختلف الاجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجربان ووجه الثانى ان المبيع الذى تناولته الاشارة هو الارض المعينة
لا غير فان رضى بها اخذها بما وقع عليه عقدها من الثمن لان العقد وقع عليه وعلى الاول لو لم يعلم البايع بالنقصان هل يثبت له الخيار ايضا بحمله لانه لم يرض
الا ببيعها بالثمن اجمع ولم يسلم له وعلى تقدير الثبوت هل يسقط ببذل المشترى جميع الثمن بحيلة لحصول ما رضى به وبه قطع فى التذكرة وعدمه لثبوت الخيار
فلا يزول بذلك كالغبن لو بذل الغابن التفاوت وللشيخ قول ثالث بان البايع ان كان له ارض تفى بالناقص يجب الارض المبيعة وجب عليه الاكمال منها والا
اخذه المشترى بجميع الثمن او فسخ واستند فى ذلك الى رواية لا تنهض حجة فى ذلك قوله ولو زادت كان الخيار للبايع اه وجهه ان المبيع هو العين المشخصة
موصوفة بكونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعين وفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعا نعم يتخير البايع لفوات الوصف ويحتمل كون الزيادة للبايع
فيتخير المشترى بين الفسخ والرضا فى الباقى بجميع الثمن واستقرب فى لف تخير البايع بين تسليم المبيع زائدا وبين تسليم القدر المشروط فان رضى بالجميع فلا
خيار للمشترى لانه زاده خيرا وان اختار الثانى تخير المشترى بين الفسخ والاخذ بجميع الثمن المسمى فان رضى بالاخذ فالبايع شريك له ثم احتمل تخيره لتضرره
بالشركة لانه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن فى بعض كان اولى ولان الضرر حصل بتقريره ويحتمل بطلان البيع من راس لان البايع لم يقصد
بيع الزائد والمشترى لم يقصد شراء البعض وهذه ابنية فى متساوى الاجزاء كالحنطة قوله ولو نقص اه وجه ذلك قد علم ما سبق فى مختلف الاجزاء ويزيد
هنا ان التقسيط ممكن بسبب تساوى الاجزاء ويشكل بما مر ايضا من ان مجموع الثمن المقابل لمجموع الثمن هو ذلك الموجود غايته ما فى الباب انه لم يعلم النقصان
واختار العلامة فى عدم تساوى المسئلتين فى طرفى الزيادة والنقصان فى الحكم بتخيير البايع او المشترى بين الفسخ والامضاء بالجميع وهو متجه قوله ولو
جمع اه لا خلاف عندنا فى صحة ذلك كله لان الجميع بمنزلة عقد واحد والعوض فيه معلوم بالاضافة الى الجملة وهو كاف فى انتفاء الغرر والجهالة وان كان
عوض كل منها بخصوصه غير معلوم حال العقد وكون كل واحد بخصوصه بيعا فى المعنى او بعضه اجارة او غيرها الموجب لعوض معلوم لا يقدح لان هذا
العقد جنس بحسب الصورة هو عقد واحد فيكفى العلم بالنسبة اليه ثم ان احتيج الى التقسيط قسط على ما ذكر لان العوض المبذول فى مقابلة المتعدد

انما بذل فى مقابلة كل واحد كالرابع امتعة متعددة فى عقد واحد بثمن واحد واعتبارا ثمن المثل واجرة المثل موضع وفاق اما مهر المثل فربما استشكل بما سبق فى الالفية
من ان المفوضة ترجع الى مهر السنة لو زاد مهر المثل عنه وهنا المال بتعين مهر بعقد وابتداء اشبهت المفوضة فيحتمل كونها كذلك ولا يتم اطلاق مهر المثل و
الاصح اعتباره مط لانها ليست مفوضة بل مسماة المهر غايته عدم العلم بقدر ما يخصه ابتداء وعلى تقدير التفويض فالرجوع الى مهر السنة على تقدير زيادة
مهر المثل فى موضع المنع قوله وكذا يجوز اه لا بد فى المسئلتين من معرفة وزن الظرف والمظروف جملة وانما يمتازان بان تقسيط الثمن عليهما فى الاولى على
ثمن مثلهما وفى الثانية عليهما باعتبار الوزن وتظهر الفائدة لو كان كل واحد منهما لواحد او ظهر احدهما مستحقا واريد معرفة ما يخص كل واحد منهما
فعلى الاول يقسط الثمن على ثمن مثلهما بان يقال قيمة الظرف مثلا درهم وقيمة السمن تسعة فيختص الظرف بعشر الثمن كائنا ما كان وعلى الثانى يوزن الظرف
منفردا وينسب الى الجملة ويوخذ له من الثمن بتلك النسبة **الفصل الخامس فى احكام العيوب** قوله من اشترى اه اشتراط الصحة يفيد مجرد التاكيد لان
الاطلاق يقتضى السلامة لانها الاصل فى الاعيان فاذا ظهر عيب تخير كما ياتى وربما قيل ان فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ وان تصرف لو ظهر عيب فيفيد
فائدة زائدة على الاطلاق كاشتراط الحلول قوله ويسقط اه لا فرق فى ذلك بين علم البايع والمشترى بالعيوب وجهلهما والتفريق ولا بين الحيوان وغيره ولا
بين العيوب الباطنة وغيرها عندنا ولا بين الموجودة حالة العقد والمتجددة التى توجب ردا او ارشا ولا يقدح فى الثانى كون البرائة مما لم يجب بعد لان
التبرى انما هو من الخيار الثابت بسببها بمقتضى العقد لا بالعيب وهل يدخل المتجدد بعد العقد وقبل القبض او فى زمن خيار المشترى فى البرائة السابقة المطلقة
وجهان من العموم ومن ان مفهوم التبرى من الموجود حال العقد قوله وبالعلم اه اى علم المشترى به قبله فانه قدوم عليه رضاء بالعيب قوله وباسقاطه اى
اسقاط المشترى خيار العيب لا يختص بلفظ بل كل ما دل عليه من الالفاظ كاف فيه وبه يسقط الرد والارش لانهما متعلق الخيار ولانه فاذا اسقط الملزوم
تبعه اللازم ولو قيدت الاسقاط باحدهما اختص به قوله وكذا الارش عطف على قوله ويسقط الرد الشامل للمواضع الثلثة والحكم فى الاولين مطلق اما الاخيرة
فانما يتفقان مع الاطلاق او التصريح بالتعميم اما لو خص احدهما اختص بالحكم كما قلناه قوله ويسقط اه نبه بالمثالين على انه لا فرق فى الحدث بين الناقل عن
الملك وغيره وقد تقدم تفصيله فى باب الخيار ومنه ركوب الدابة ولو فى طريق الرد وحلبها ونقلها الى بلدة البعيدة دون سقيها وعلفها ولو توقف
ردها على ركوبها لجماحها بحيث يعسر قودها وسوقها لم يقدح ركوبها ونبه بقوله سواء كان قبل العلم او بعده على خلاف ابن حمزة حيث جعل التصرف بعد العلم
مانعا من الارش كما يمنع من الرد وهو ضعيف اذ لا دلالة للتصرف على اسقاطه والاصل يقتضى بقائه نعم يدل على الالتزام بالعقد فيسقط الرد قوله ويحدث
عيب بعد القبض فانه مانع من الرد بالعيب السابق دون الارش ولا فرق فى العيب الحادث بين كونه من جهة المشترى وغير جهته ويستثنى منه ما لو كان المبيع حيوانا وحدث
فيه العيب فى الثلثة من غير جهة المشترى فانه لا يمنع من الرد ولا الارش لانه مضمون على البايع والظاهر ان كل خيار مختص بالمشترى كذلك قوله ويثبت الارش
فى الصورتين ويثبت ايضا فى صورتين اخريين احدهما اذا اشترى من ينعتق عليه فانه ينعتق بنفس الملك ويتعين الارش لو ظهر معيبا وفى رده الى صورة
التصرف تكلف والثانية ما تقدم من اسقاطه الرد دون الارش وقد ينعكس الحكم فى بعض الموارد فيثبت الرد دون الارش كما لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح
او نقصت القيمة كما لو ظهر العيب خصيا فان المشترى يتخير بين الرد والامساك مجانا ولو حصل مانع من الرد كحدوث عيب او تصرف سقط الامران معا و
يشكل الصبر على العيب والرد فانهما اضرار ويمكن ترجيح البقاء اعتبارا بالمالية وهى باقية وكما لو اشترى ربويا بجنسه وظهر عيب من الجنس فله الرد دون الارش
حذرا من الربا ومع التصرف يسقط كما مر على الاشكال قوله ولو كان اه لان ضمان البايع الجملة قبل القبض يقتضى ضمان الاجزاء وشرط الشيخ فى رجوع المشترى
بالارش رضاء البايع به مدعيا فيه الاجماع وهما ممنوعان وحمل على انه اراد به اجماع العامة وهو حمل بعيد قوله واذا اراد اه الاصل فى الاولى ان يكون على وجه
الاستحباب وهو مبهم فى العيب الظاهر وهو الذى يمكن المشترى ان يطلع عليه اما الخفى كشوب اللبن بالماء فالاقوى وجوب الاعلام به وقد تقدم تحريمه ومقتضى جعله
التبرى مسقطا للاعلام انه لو تبرى من العيب الخفى مجملا او مفصلا يسقط وجوب الاعلام ايضا وتبرى به وبه صرح فى س وان كان قد فعل محرما ويشكل فى
مزج اللبن بالماء فان الماء ليس من جنس اللبن وقد باعه على انه لبن فينبغى بطلان البيع فضلا عن البرائة لان المبيع المقصود غير معلوم القدر للمشترى ولو قيل بالصحة
نظرا الى ان الجملة معلومة القدر كما لو باع ماله ومال غيره فينبغى عدم سقوط الخيار قوله ولو اجمل جاز المراد بالاجمال ذكرها مطلقة او عامة كبرئت
من عيبه او من جميع العيوب فانه يتناول كل عيب نظرا الى العموم وخالف فيه بعض الاصحاب فحكم بانه لا يبرء باجمال العيوب لانه بيع مجهول وهو ضعيف اذ لا بد
مع المشاهدة واعتبار ما يجب اعتباره فى صحة البيع والعيب الحاصل فيه غير مانع من صحة البيع قوله واذا ابتاع اه لما يتضمن رد احدهما من ضرر تبعض الصفقة
على البايع فلا يتبع الا برد بهما معا ان لم يتصرف فيهما ولا فى احدهما او ياخذ ارش المعيب متى تصرف فى احدهما وان كان الصحيح يسقط رد المعيب لانهما بمنزلة
مبيع قوله وكذا لو اشترى اه هذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ما تقدم من التعيب بالتشقيص مع انه عقد واحد وذهب الشيخ وجماعة الى جواز التفرق هنا
للعموم ولجريانه مجرى عقدين بسبب تعدد المشترى فان التعدد فى البيع يتحقق بتعدد البايع وبتعدد المشترى وبتفصيل العقد ولان التبعض جاء من قبله حيث باع
من اثنين وهذا انما يتم مع علمه بالتعدد ولو قيل بجواز التفرق مع علمه بالتعدد دون جهله كان وجها واختاره العلامة فى التحرير وان كان القول بجوازه مط متوجها وينبغى
على القول به ان يثبت للبايع الخيار فى الباقى لتبعض الصفقة مع جهله بالتعدد ولا فرق على القولين بين تعدد العين واتحادها ولا بين ان يقتسما قبل التفرق
وعدمه ولو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين واحدة معينة وعلم البايع بالحال وباعهما فى عقد واحد فجواز التفرق هنا اوضح وان امكن تمشى
الخلاف فيه نظرا الى اتحاد العقد هذا كله اذا ظهر العيب فى المبيع اما لو ظهر العيب فى الثمن فان كان فى جميعه فلا اشكال فى التخيير ان كان فى بعضه ففى جوازه
خاصة نظرا الى ما ادعى من ان العقد فى قوة المتعدد بسبب تعدد المشترى وجه وربما اختاره بعض الاصحاب ويضعف بان التعدد بالنسبة اليه غير واضح والفرق
بين المبيع والثمن ان المشترى انما يرد تمام حصته فيكون كانه رد تمام المبيع نظرا الى تعدده بالنسبة اليه وهذا لا ياتى فى الثمن لان البايع اذا رده

١٩٤ انما برده عليهما معا اذا فرض كونه مشتركا بينهما فاذا رد المعيب فقد رد على مستحقه بعض حقه وبقي البعض الاخر عنده وهو ممتنع نعم لو دفع كل من الشريكين جزء من الثمن متميزا واشترى بالمجموع شيئا مشتركا فظاهر بلاحدية اعتباره كان المعيب مبيعا وبالحصة صاحبه ايضا جواز رده خاصة للكل ليتحقق في التعدد واعلم ان هذا الحكم كله فيما لو تعدد المشتري اما لو تعدد المستحق للمبيع مع اتحاد المشتري ابتداء كما لو تعدد وارث المشتري الواحد فانه اعتبر لهم التفرق لاتحاد الصفقة و التعدد طارئ مع احتمال الرد قوله واذا وطئ ثم علم بعيبها اه هذه المسئلة يتوقف على مقدمات الاولى ان تصرف المشتري في المبيع المعيب يمنع من رده وان جاز له اخذ الارش الثانية ان الحمل في الامة عيب سواء شرط خلوها من الحمل ام لا لان ولادتها تشتمل على الخطر وهو نقص محض ان علمنا ان الحمل لا يدخل في بيع الامة كما هو المشهور والا كان نقصا من وجه وزيادة من وجه وهو كاف في ثبوت الخيار ايضا الثالثة ان الوطئ تصرف بل هو من اقوى انواع التصرف فالاصل فيه ان يكون مانعا من الرد الرابعة ان وطئ المالك حال الوطئ لا يستعقب له ضمان البضع لانه تصرف في ماله وان فسخ في المبيع بعد ذلك بوجه من الوجوه المجوزة له الخامسة ان المولى لو وطئ امته جاز له بيعها مع عدم تيقن الحمل ثم ان ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع لكونها ام ولد وهذه المقدمات كلها اجماعية السادسة ان وطئ امة الغير جهلا يوجب مهرها وهو على الواطئ عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف العشر ان كانت ثيبا لدلالة النصوص على هذا التقدير السابعة ان الفسخ بالعيب يبطل من حينه لا من اصله لتحقق الملك بالعقد وجواز الاستمرار عليه فلا معنى لرفع ما قد ثبت اذا تقررت هذه المقدمات فنقول اذا اشترى امة وتصرف فيها ثم علم فيها بعيب سابق لم يجز له ردها بل يتعين الارش لكن وردت النصوص هنا باستثناء مسئلة وهي ما لو كان العيب حبلا وكان التصرف بالوطئ فانه يردها ويرد معها نصف العشر لمكان الوطئ وهذا الحكم كما ترى مخالف لهذه المقدمات من حيث جواز الرد مع التصرف وفي وجوب شيء على المشتري مع انه وطئ امته في حال اطلاق ووجوب نصف العشر مع ان ذلك عقر الثيب والمسئلة مفروضة فيما هو اعم منها ولاجل هذه المخالفات الجأ بعض الاصحاب الى حملها على كون الحمل من المولى البائع فانها تكون ح ام ولد ويكون البيع باطلا والوطئ في ملك الغير جهلا فيلزم فيه العقر واطلاق نصف العشر مبني على الاغلب من كون الحمل مستلزما للثيبوبة فلو فرض على بعد كونها حاملا بكرا كان اللازم العشر وفي هذا الحمل دفع لهذه الاشكالات الا انه ينافي الاطلاق في النصوص بالحمل وبنصف العشر من غير تقييد بكونه من المولى وكونها ثيبا وفيه ايضا انه لا وجه لتقييد التصرف بكونه بالوطئ بل الاذن ح الرد على كل حال لبطلان البيع والحق ابقاء المطلق في النصوص الصحيحة وفتوى اكثر الاصحاب وكون المردود نصف العشر خاصة او الحكم باستثناء هذا النوع من التصرف من بين ساير التصرفات وكون المنفعة مضمونة على المشتري اما بناء على ان الفسخ يبطل العقد من اصله نظرا الى ان العيب يقتضي تزلزل العقد مع الخيار الرد ... لنا عن عدم الملك وان العقد موقوف على انقضاء الرضا بالعيب او ان ضمان المنفعة قد وجد في المصراة المردودة على ما سيأتي ويكفي في التخصيص بكون المردود ... العشر موافقة للغالب الاكثر من كون الحامل لا يكون بكرا وبالجملة فالعدول عن ظواهر هذه النصوص الكثيرة مع عمل اكثر الاصحاب بها لمناسبة الاصول غير واضح وعلى هذا فيكون الرد على وجه الجواز لا اللزوم ان لم يكن الحمل من المولى ويختص بالوطئ وهل يلحق به مقدماته من اللمس والقبلة والنظر بشهوة وجهان من الاولوية واستلزامه لها غالبا ومن الاقتصار فيما خالف الاصل على مورد النص وتوقف في ش ولو وجه ان كان وقوع تلك الاشياء على وجه الجمع بينها وبين الوطئ ولو اختص التصرف بها فالالحاق من باب مفهوم الموافقة اوجه وان كان استدناؤها مطلقا وجها للملازمة وهل يختص الحكم بالوطئ المتعارف في القبل ام يعم الدبر وجهان اجودهما الالحاق لانه وطئ في الجملة فيتناوله النص وهل الواجب مع البكر نصفه وجهان من صدق وطئ البكر الموجب للعشر ومن ان الظاهر المتبادر الى الفهم تعليله بازالة البكارة وهو الفارق بينها وبين الثيب والاجود الثاني عملا باطلاق الامر بالنصف في النص معلقا على الوطئ فيتناول صورة النزاع ولو كان العيب غير الحبل فلا رد مع الوطئ اقتصارا على موضع اليقين كما لو تصرف بغيره فلا رد وان كان العيب الحمل قوله والضابط اه المراد باصل الخلقة الموجود في خلقة اكثر النوع الذي يعتبر فيه ذلك بالنظر الى الذات والصفات ولا يعتبر مع ذلك كون الزائد او الناقص موجبا لنقصان المالية لاطلاق النصوص وللاتفاق على ان الخصاء عيب مع ايجابه زيادة المالية وكذا عدم الشعر على الركب هو وافقه ابن ابي ليلى مع محمد بن مسلم وزاد العلامة على الضابط فيكونه موجبا للرد مع موافقته على ما ذكرناه مما لا يوجبه فقدم القيد اجود قوله او عارضا ولو كحمى يوم المعروف من حمى يوم انها التي تأتي في يوم من الايام وتذهب فيه ثم لا تعود فلو عادت كل يوم لم تسم حمى يوم بل حمى الورد او حمى بعد يوم فحمى الغب الى اخر الاسبوع ومع ثبوت العيب بحمى اليوم يتحقق بان يشتريه فيجده محموما ويحم قبل القبض فانه يجوز له الفسخ وان ذهب عنه الحمى في ذلك اليوم وليس المراد بها ما ينوب يوما معينا من الاسبوع كما فسره بعضهم فان ذلك لا تسمى حمى يوم لانها تأتي كل يوم كامل قوله والتأشير اه في الصحاح تأشير الاسنان تحديدها وتحديد اطرافها والزجج دقة في الحاجبين وطول والمراد حاجبها دقته وطوله والمراد ان تأشير الهاء ذلك يقتضي كونه خلقيا لا متكلفا فانه لو شرط كونه طبيعيا فالمتكلف صح ويثبت له الخيار لو وجده على الخلاف قوله التصرية تدليس التصرية مصدر قولك صريت اذا جمعت من الصري وهو الجمع يقول صريت الماء في الحوض ونحوه اي جمعته وصريت الشاة تصرية اذا لم تحلبها اياما حتى يجتمع اللبن في ضرعها والشاة مصراة وتسمى المصراة محفلة ايضا وهو من الحفل وهو الجمع ومنه قيل للمجمع محفل والمراد هنا ان يربط اخلاف الشاة ونحوها ولا يحلبها يومين او اكثر فيجتمع اللبن في ضرعها ويظن الجاهل بحالها كثرة ما تحلبه كل يوم فيرغب في شرائها بزيادة والاصل في تحريمه مع الاجماع النص عن النبي وهو من طرق العامة وليس في اخبارنا تصريح به لكنه في الجملة موضع وفاق والتدليس تفعيل من الدلس محركا وهو الظلمة كان المدلس بمخادعته في الظلمة والمراد به اخفاء عيب السلعة قوله ويرد اه في المردود بسببه وهو المثل والقيمة اي يرد مثل اللبن مع تعذره لانه مثلي فان تعذر فقيمته وقت الدفع ومكانه فانه وقت الانتقال الى القيمة في المثلي والمراد باللبن الموجود حال البيع لانه جزء من المبيع فاذا فسخ البيع رده كما يرد المصراة اما المتجدد بعد العقد ففي وجوب رده وجهان من اطلاق الرد في الاخبار ومن انه نماء المبيع الذي هو ملكه والعقد انما ينفسخ من حينه وهو الاقوى فلهذا لو امتزج الموجود حال البيع بالمتجدد صار شريكا ووجها الى الصلح والمراد بتعذر رد اللبن عدمه اصلا اما لو تغير في ذاته او صفته بان عمل جبنا او حمض ونحو ذلك ففي الانتقال

الى بدله او رده مع الارش ان اوجب نقصا وجهان اجودهما الثاني ولو علم بالتصرية بعد حلابها العلم بالعيب كان شريكا بنسبته فالقول برد المثل او القيمة مع التعذر هو مقتضى ١٩٥ ضمان الاموال حيث لا دليل على ما يخالفه والقول برد ثلاثة امداد من طعام للشيخ رحمه الله استنادا الى رواية ولا قول بالخبر برد صاع من تمر او صاع من بر لان ذلك هو المنصوص عن النبي في حكم المصراة الا انه ليس من طرقنا فالرجوع الى الاصول المتفق عليها اولى قوله وتختبر بثلاثة ايام يريد انها اذا لم يعلم كونها مصراة تختبر بثلاثة ايام فان اتفقت فيها الحلبات اتفاقا تقريبيا لا يخرج عن العادة بحسب حالها في نفسها ومكانها فليست مصراة وان اختلفت الحلبات في الثلاثة بان كانت ما عدا الاولى اقل فهي مصراة وكذا لو كان بعضها ناقصا والاخر زائدا عن الاولى او مساويا وهذا كله اذا لم يثبت كونها مصراة بغير الاختبار فلو ثبت باقرار البائع او البينة جاز الفسخ قبل الثلاثة لكن بشرط النقصان فلو تساوت او زادت هبة من الله تعالى فالاشهر زوال الخيار لزوال الموجب له مع احتمال بقائه ومثله ما لو لم يعلم بالعيب حتى زال او لم يعلم الا بعد الفسخ حتى مات الزوج او طلق وحيث ثبت التصرية بالاختبار فالخيار بعد الثلاثة بلا فصل على الفور ... او البينة يمتد بامتداد الثلاثة بشرط عدم التصرف بغير الاختبار وفي كلام الاصحاب في هذا المقام اختلاف كثير والمحصل ما ذكرناه قوله ويثبت اه وجه التردد من عدم النص عندنا ظاهرا على هذا الحكم لكن الشاة محل وفاق فيحتمل الحاق الناقة والبقرة بها للمساواة وانهما هما في العلة الموجبة للخيار وهي كون اللبن مقصودا مع التدليس وادعى الشيخ الاجماع على الحاقهما بها فان ثبت فهو الحجة والا ففي اثبات الحكم المخالف للاصل بغير نص ولا اجماع اشكال وطرد ابن الجنيد الحكم في ساير الحيوانات حتى الادمي وفي بعض الاخبار من طرق العامة ما يدل عليه وهو مناسب لمقابلة التدليس وفي تدليس بذلك البعيد قوله ولو تصرف ... انه لم يثبت الخيار مع اطلاق العقد لعدم النص وكون التصرف مانعا منه نعم مع الشرط يثبت الخيار وان لم يتصرف ولو بالحلب فالارش ويفهم من العبارة ثبوته وان تصرف بغير حلب المصراة قوله وكذا لو صرى البائع اتانا هي بفتح الهمزة الحمارة ولا يقال فيها اتانة والحكم فيها كالامة من حيث عدم النص وكون زيادة اللبن غير مقصودة غالبا الا مع الشرط فيلزم حكمه قوله فلو زالت التصرية اه هذا يتوجه اذا كان ثبوت التصرية بغير الاختبار اما به فقد تقدم انها لا تعلم الا بمضي الثلاثة واما زوال التصرية بعد الثلاثة فيمكن فيه فرضها بالاختبار ايضا بان ينقص اللبن في الثلاثة ثم يزيد بعدها على الحد الذي كان اولا فانه لا يسقط الخيار السابق لسبق استقراره وقد تقدم ان الخيار يكون بعد الثلاثة بلا فصل على الفور فيجب ان يحمل بقاؤه في هذه الصورة على وجه لا ينافي الفورية بان يفسخ الفوري بعدها وان تحقق الزوال بعد ذلك بمعنى ان الزيادة المتجددة لا تكون كاشفة عن بطلان الاختيار ولا مبطلة له ويمكن مصاحبته لزمان يهمل في جاهل الفورية والخيار قوله الثيوبة ليست عيبا هكذا اطلق الاصحاب والاكثر علله غيرهم بنظر الى ان اكثر الاماء لا يوجدن الا ثيبات فكانت الثيوبة بمنزلة الخلقة الاصلية وان كانت عارضة ويشكل ذلك في الصغيرة التي ليست محل الوطئ فان اصل الخلقة والغالب في مثلها البكارة فينبغي ان يكون الثيوبة عيبا ونقل مثل ذلك في كره عن بعض الشافعية ونفى عنه الباس وهو كذلك بل يمكن القول بكونها عيبا مطلقا نظرا الى الاصل وهو ظ ابن البراج قوله نعم اه لان البكارة وصف مقصود للعقلاء فيصح اشتراطه ويثبت بمخالفته التخيير بين الرد والامساك لفوات الشرط ان ثبت انها كانت ثيبا حال البيع بالبينة او اقرار البائع او قرب زمان الاختبار لزمان البيع بحيث لا يمكن تجدد الثيوبة وهل يثبت له الارش مع اختيار الامساك الاقوى ذلك لان فواته مما يؤثر في نقصان القيمة تأثيرا بينا ويحتمل العدم لان الارش جزء من الثمن وهو لا يوزع على الشروط وذهب بعض الاصحاب الى عدم التخيير بفوات البكارة مط والمشهور الاول فلو انعكس الفرض بان شرط الثيوبة فظهرت بكرا فالاقوى تخييره ايضا بين الرد والامساك لكن بغير ارش لجواز تعلق غرضه بذلك كعجزه عن البكر وقيل لا رد هنا لزيادة قيمة البكر قوله الاباق الحادث عند المشتري لا يرد به العبد اه ظ العبارة الاكتفاء في عيب الاباق بوقوعه مرة عند البائع وبه صرح في كره وشرط بعض الاصحاب اعتياد ذلك وهو اقوى واقل ما يتحقق بمرتين ولا يشترط في جواز الرد به اباقه عند المشتري بل متى تحقق ذلك عند البائع جاز الرد ولو تجدد الاباق عند المشتري في الثلاثة من غير تصرف فهو كما لو وقع عند البائع قوله اذا اشترى امة لا تحيض اه الحكم بكون ذلك عيبا مذهب الاكثر وهو موافق للاصل من كون ذلك وصفا مطلوبا يترتب عليه قبول الحمل وصحة المزاج واستدلوا عليه بصحيحة داود بن فرقد عن الصادق قال سألت ابا عبد الله عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة اشهر وليس بها حمل قال ان كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد به وفي دلالته على اعتبار ستة اشهر نظر فانه انما علق الحكم على حيض مثلها واراد به نفي الصغر والياس وان كان ذلك مستفادا من اثباتها الادراك ونفي كونه عن كبر فان من المعلوم ان مثلها يحيض في تلك المدة واقل منها والسؤال وقع عن تأخر الحيض ستة اشهر والجواب لم يتقيد به فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة امثالها في تلك البلاد كان حسنا ويظهر من ابن ادريس نفي الحكم راسا والحق خلافه قوله من اشترى زيتا او بزرا اه البذر بكسر الباء فيهما زيت الكتان واصله محذوف المضاف اي دهن البذر والثفل بالضم والثافل ما استقر تحت الشيء من كدره والحكم باستثناء ما جرت العادة به لا شبهة فيه لان مثل ذلك ليس عيبا لاقتضاء طبيعة الدهن كون ذلك فيه غالبا وربما اشكل الحكم فيما لو كان كثيرا وعلم به باعتبار الجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر والمشاهدة في مثل ذلك غير كافية وربما اندفع بان معرفة مقدار الجميع كافية كما في معرفة مقدار السمن بظرفه فجملة من دون العلم بالتفصيل قوله تخير اه وجه ما القول بعدم الخيار في ذلك وشبهه للشيخ فيحتجا عليه بوجوب الوفاء بالعقد فيحتاج الخيار الى دليل ولم يثبت كون هذه الاشياء عيوبا والاكثر على ثبوت الخيار بذلك لانه تدليس ولان الاغراض تختلف في ذلك فربما رغب المشتري فيما شاع او لا ولم يسلم له وهو الاجود نعم لو شرط احدهما فظهر الخلاف تخير بين الرد والامساك اجماعا وكيف كان فلا ارش له لانه ليس عيبا قوله اذا قال اه الى قوله فالقول قوله اي قول البائع لاصالة عدم التبري ومثله ما لو ادعى علمه بالعيب وزاد في كره دعواه عليه التقصير في الرد وهو يتم في خيار فوري لا في خيار العيب قوله اذا قال المشتري اه الى قوله فالقول قوله اي قول البائع لاصالة عدم التقدم والمراد بشاهد الحال نحو زيادة الاصبع واندمال الجرح مع قصر زمان البيع بحيث لا يحتمل تأخره عادة ويعتبر كونه مفيدا للقطع فيقدم قول المشتري بغير يمين ولو شهد الحال للبائع كذلك كطراوة الجرح مع

١٩٦ تطاول زمان البيع فلا يمين عليه وحيث يفتقر البايع الى اليمين يحلف على القطع بعدم العيب لا على نفي العلم ان كان اختبر المبيع قبل البيع واطلع على خفايا امره كما يشهد بالقطع على الاعسار والعدالة ونحوهما مما يكتفى فيه بالاختبار الظاهر ولو لم يكن اختبره ففي جواز حلفه على القطع بانه بريء من العيب الى الآن اعتمادا على اصالة العدم واعتمادا على ظاهر السلامة نظر واستقرب في كرة هنا الاكتفاء بالحلف على نفي العلم وهو حسن لاعتضاده باصالة عدم التقدم فيحلف المشتري الى اثباته قوله يقوم آه اشار بذلك الى كيفية معرفة الارش حيث يثبت وهو تارة يكون للمشتري بان يجده معيبا وتارة يكون للبايع بان يفسخ بخياره بعد تعيبه في يد المشتري عيبا مضمونا وقوله ويؤخذ من الثمن بنسبتها يتم في الاول دون الثاني لان البايع لا يأخذ من الثمن بل يأخذ تفاوت ما بين القيمتين وفي قوله وينظر في نسبة النقيصة وقوله بنسبتها حذف تقديره الى القيمة صحيحا او الى قيمة الصحيح فان النسبة ممكنة الى القيمتين معا والمعتبر هو قيمة الصحيح وانما احتيج الى هذه النسبة لجواز اختلاف الثمن والقيمة فلو اخذ تفاوت ما بين القيمتين لامكن اخذ الثمن والمثمن كما اذا كان الثمن خمسين وقوم المبيع صحيحا بمائة ومعيبا بخمسين فعلى اعتبار النسبة يوخذ نصف الثمن وهو خمسة وعشرون ولو اخذ التفاوت كان مجموع الثمن وما اطلقه المتقدمون من اخذ تفاوت ما بين المعيب والصحيح مبني على الغالب من بيع الشيء بقيمته والامر الضابط ما ذكر من اعتبار النسبة والمعتبر في قيمته صحيحا حال العقد لانه حين الانتقال الى ملك المشتري ووقت استحقاق الارش ويحتمل حين القبض لانه حين استقرار الملك وانتقال الضمان اذ المبيع قبله معرض للانفساخ لو حصل التلف ويضعف بان ذلك لا دخل له في اعتبار القيمة مع كون استحقاق الارش قبله وقوى الشيخ اعتبار اقل الامرين من قيمته يوم العقد والقبض اخذا من العلتين وهو ضعيف قوله فان آه المراد بالاوسط قيمة منتزعة من مجموع القيم نسبتها اليه كنسبة الواحد الى عدد تلك القيم فمن القيمتين نصف مجموعهما ومن الثلث ثلثه وهكذا وانما اعتبر ذلك لانتفاء الترجيح لقيمة على اخرى ولانتفاء الوسط في نحو القيمتين والاربعة فلم يبق الا ان يراد بالوسط معنى آخر وهو انتزاع قيمة من المجموع بحيث لا يكون القيمة المنتزعة اقرب الى واحدة منها وطريقه ان يجمع القيم الصحيحة على حدة والمعيبة كذلك وينسب احدهما الى الاخرى ويؤخذ بتلك النسبة ولا فرق في ذلك بين اختلاف المقومين في القيمة الصحيحة والمعيبة معا او في احدهما ويوضح ذلك تمثيلها بصورة الاولى ان يختلف المقومون فيهما معا بان قالت احدى البينتين ان قيمته اثنا عشر صحيحا وعشرة معيبا والاخرى ثمانية صحيحا وخمسة معيبا فالتفاوت بين مجموع القيمتين الصحيحتين وهو مجموع المعيبتين الربع فيرجع بربع الثمن فلو كان الثمن اثني عشر فالارش ثلثة ويحتمل ان ينسب معيب كل قيمة الى صحيحها ويجمع قدر النسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبة القيم ففي المثال تفاوت ما بين المعيبة والصحيحة على قول الاولى السدس وعلى قول الثانية ثلثة اثمان ومجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف يوخذ نصفها ثلثة وربع ولو كانت البينات ثلثا فقالت احديهما كالاولى والثانية قيمته عشرة صحيحا وثمانية معيبا والثالثة ثمانية صحيحا وستة معيبا فالقيم الصحيحة ثلثون والمعيبة اربعة وعشرون والتفاوت بينهما ستة هي خمس الصحيحة فيرجع بخمس الثمن وعلى الاحتمال يجمع سدس الثمن وخمسه وربعه ويؤخذ ثلث المجموع وهو يزيد عن الاول في المثال بثلث خمس الثانية ان يتفق البينات على القيمة الصحيحة ويختلف في المعيبة كان اتفقت على ان قيمته اثنا عشر صحيحا وقالت احديهما عشرة معيبا وقالت الاخرى ستة فطريق اخذ التفاوت اما بتنصيف المعيبتين كنسبة النصف الى الصحيحة فيظهر الثلث او بجمع القيمتين وتكرير الصحيحة مرتين ونسبة المجموع الى المجموع وعلى الاحتمال بنسبة العشرة الى الاثني عشر واخذ السدس ثم الستة الى الاثني عشر واخذ النصف يوخذ نصف المجتمع وهو الثلث وهنا يتحد الوجهان ولو كانت البينات ثلثا واتفقت على الاثني عشر صحيحا وقالت الثالثة ان قيمته ثمانية معيبا كررت الصحيحة ثلثا وضممت الثمانية الى الاخريين او ضممت نسبة الثمانية الى الاثني عشر الى مجموع النسبتين واخذت ثلثه المجموع وهو الثلث على الوجهين ايضا وعلى هذا القياس الثالثة ان يتفق البينات على المعيبة دون الصحيحة كان اتفقت على ان قيمته ستة معيبا وقالت احديهما للبينتين قيمته ثمانية صحيحا والاخرى عشرة فان شئت جمعت الصحيحتين ثمانية عشر والمعيبتين اثني عشر والتفاوت بينهما الثلث وهو الارش وان شئت اخذت نصف الصحيحتين ونسبته الى المعيبة وهو الثلث ايضا وعلى الاحتمال يجمع التفاوت وهو ربع وخمسان وتاخذ نصفه ويحصل الاختلاف بين الامرين ولو كانت البينات ثلثا بان قالت ثالثة ان قيمته اثنا عشر صحيحا فان شئت جمعت الصحيحة ثلثين واخذت ثلثها وجعلته القيمة الصحيحة ونسبته الى المعيبة واخذت من الثمن بنسبة التفاوت وهو خمسان وان شئت ضاعفت المعيبة الى ثمانية عشر ونسبتها الى الثلثين وعلى الاحتمال يجمع ما بين الثمانية والستة وهو الربع وبينها وبين العشرة وهو الخمسان وبينها وبين الاثني عشر وهو النصف ويأخذ ثلث الجميع ويظهر بين الامرين تفاوت ايضا وقس على هذا ما شئت قوله اذا آه هذا هو المعروف في المذهب لا نعلم فيه خلافا ثم جعله في كرة اقرب وهو يشعر بالخلاف لكن لا نعلم قائله وانما خالف فيه الشافعي فجعله على الفور وهو محتمل ان لم يثبت الاجماع تمسكا بالدليل السابق في نظايره قوله سواء آه نبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث شرط حضور الغريم في جواز الفسخ قوله اذا احدث العيب مشاوه من ان ضمان الجملة يقتضي ضمان الاجزاء والاول ثابت في التلف قبل القبض فيكون الثاني كذلك ومن اصالة اللزوم وبراءة البايع خرج منه التلف فيبقى الباقي وهو خيرة الشيخ وابن ادريس والاول اصح وقد تقدم مثله قوله ولو قبض آه بمعنى انه لو تعيب يتخير المشتري بين اخذ ارشه ورد الجميع وليس له الاقتصار على رد المعيب خاصة وان كان ظاهر العبارة قد تدل عليه وهذا هو اصح القولين وربما قيل بجواز الاقتصار على رد المعيب نظرا الى ان سبب الرد هو العيب الحادث في البعض وقد حدث حين كان ذلك البعض مضمونا وحده فيتعلق بجواز الرد دون المقبوض واستلزام تبعض الصفقة بردّه قوله وما يحدث آه المفهوم من قوله لا يمنع الرد وجعل الثلثة ظرفا له ان الرد بخيار الثلثة لا بهذا العيب الحادث ووجه عدم منعه من ذلك ظاهر لان العيب الحادث في الثلثة من غير جهة المشتري مضمون على البايع كالسابق فلا يكون مؤثرا في رفع الخيار وهذا هو المنقول عن مذهب المص في المسئلة ونقل عن شيخه ابن نما ثبوت الخيار في المسئلة المفروضة بالعيب الحادث بناء على ما ذكر من التعليل فان العيب الحادث في الثلثة لما كان مضمونا على البايع كالسابق لزم التخيير بين الرد والاخذ بالارش ويظهر فائدة الخلاف في ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلثة وعدمه فعلى الاول يرتفع دون الثاني اذ لا يتقيد

خيار العيب بالثلثة غاية ما حصل الخياران معا بسببين وهو غير قادح اذ ليست علل الشرع علة حقيقة حتى يمتنع اجتماعها وانما هي معرفات كما في خيار المجلس والحيوان و ١٩٧ الشرط والغبن والعيب فانه يمكن اجتماعها على عين واحدة ويظهر الفائدة فيما لو شرط اسقاط بعضها وقول ابن نما هنا اوجه قوله روي آه المراد ان هذه الامراض اذا احدثت ما بين البيع وتمام السنة يرد بها المملوك وان لم يكن الرد في السنة لان خيار العيب ليس على الفور والعبارة قد تدل على خلاف ذلك والمشهور ثبوت الحكم للاربعة ولكن يبقى في حكم الجذام اشكال فانه يوجب العتق على المالك فهو كما سيأتي فان كان حدوثه في السنة دليلا على تقدمه على البيع صح ما قيل في تعليل الرد بهذه الاحداث ان وجود هذه في السنة دليل على حدوثها قبل البيع لانها تكون في البدن سنة ثم تخرج فيكون عتقه على البايع ويكشف ظهوره عن بطلان البيع فلا يتجه الخيار وان عمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجبا لعتقه قبل ان يختار الفسخ اذ ليس له اختيار الفسخ بعد تحقق حكم بعتقه شرعا قبل الفسخ فيشكل جوازه بعد العتق وقد تقدم نظيره ويمكن حمله بان الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل كما هو الظاهر ولا يكتفى بوجوده في نفس الامر فلا يعتق على البايع قبل بيعه لعدم ظهوره ولا بعده قبل الفسخ لعدم ملكه وعتقه على المشتري موقوف سابقه على ظهوره وهو متأخر عن سبب الخيار فيكون السابق مقدما فيتخير فان فسخ عتق على البايع وان اختار الامضاء عتق على المشتري بعده فينبغي تامل ذلك قوله فلو آه والاجود ان مطلق التصرف مانع من الرد كغيرها من العيوب وان لم يوجب تغيرا **الفصل السادس في المرابحة والمواضعة والتولية** المرابحة مفاعلة من الربح وهي تقتضي فعلا من الجانبين ووجهه هنا ان العقد لما توقف على الرضا والصيغة من الجانبين كان كل منهما فاعلا للربح وان اختص بملكه احدهما ومثله القول في المواضعة واعلم ان العقد باعتبار الاخبار برأس المال وعدمه اربعة اقسام لانه اما ان يخبر به اولا والثاني المساومة وهي افضل اقسامه والاول اما ان يبيع برأس المال او بزيادة عليه او نقصان عنه والاول التولية والثاني المرابحة والثالث المواضعة وقد يجتمع في عقد واحد الاقسام الاربعة بان يكون المبيع ملكا لاربعة اشترى احدهم ربعها بعشرين والاخر بخمسة عشر والثالث بعشرة والاخر وابن ثلث والرابع لم يبين احاد وباعوها بستين فان الثمن يقسط على اجزائها لا على ثمنها فالبيع بالنسبة الى الاول مواضعة والى الثاني تولية والى الثالث مرابحة والى الرابع مساومة قوله ولا بد آه اي معلوما للمتعاقدين معا حال البيع ولا يكفي علم احدهما ولا تجدد علمهما بعد العقد وان اقتضاه الحساب المنضبط كما لو علما بالثمن وجهلا ربح كل عشرة درهما ولا يعلمان ما يحصل من المجموع حال العقد قوله ولا بد آه هذا اذا تعددت النقود واختلف صرفها ووزنها بان كان صرف بعض الدنانير عشرة دراهم وبعضها اكثر وكذا الوزن اما لو اتحد النقد لم يفتقر الى احدهما قوله ولو اشترى آه لان الارش جزء من الثمن فلا بد من بيانه وان كان قوله اشتريته بكذا وهو الثمن الاصلي حقا لطرو النقصان الذي هو بمنزلة الجزء قوله ولو آه الفرق بين الجناية والعيب ان ارش العيب ثابت باصل العقد فكانه مستثنى من الثمن بخلاف الجناية الطارية فانها حق آخر كنتاج الدابة ولا يرد مثله في العيب الحادث بعد العقد وقبل القبض او بعده في زمن الخيار لان ذلك كله مستحق باصل العقد ومقتضاه فكان كالموجود حال نعم لو نقص بالجناية وجب عليه الاخبار بالنقص قوله ويكره آه لانه يصير بصورة الربا ولا يحرم للاصل خلافا للشيخ في احد قوليه استنادا الى رواية لا دلالة لها عليه مع امكان حملها على الكراهة قوله ويكره آه قد تقدم ان المنع اقوى قوله ولو كان آه قد تقدم الكلام في ذلك وفي علله وانها كلها مدخولة وضمير لم يجز ينبغي عوده الى البيع ليقع باطلا كما هو الواضح لا الى الشرط فان عدم جوازه قد لا يبطل العقد وانما يبطل لو كان المشروط ان يبيعه بعد العقد بلا فصل فلو شرط بيعه بعد مدة او قال انه فيه بعدها صح قوله وان كان آه اي لم يشترط في نفس العقد فلا عبرة بشرط قبله نعم لو توهم لزوم ذلك او نسي ذكره فيه مع ذكره قبله اتجه الفساد الجاهل كما لو شرط فيه وقيل عليه ان مخالفة اللفظ تقتضي بطلان العقد لان العقود تتبع القصود فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ للقصد واجيب بان القصد وان كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان لتوقف البطلان على اللفظ والقصد وكذا الصحة ولم يوجد في الفرض وفيه منع ظاهر فان اعتبارهما معا في الصحة يقتضي كون تخلف احدهما كافيا في البطلان ويرشد اليه عبارة الساهي والغالط والمكره وغيرها فان التخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة والا فاللفظ موجود والذي ينبغي فهمه انه لا بد من قصد الى البيع المرتب عليه اثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده وانما يتفق قصدهما لرده بعد ذلك بطريق الاختيار نظرا الى وثوق البايع بالمشتري انه لا يمتنع من رده اليه بعقد جديد بمحض اختياره ومروته قوله فلو باع آه المراد بغلام الحر ليتصور صحة بيعه ومع ذلك يشكل الجواز مع قصد زيادة الثمن بذلك ليربح فيه من حيث انه تدليس وغرور ومنهي عنه واستقرب الشهيد التحريم وهو حسن قوله ولو شرط لم يجز لانه خيانة تقتضي التحريم مع عدم الشرط ايضا اذا كان قصدهما ذلك لتحقق الخيانة ومجرد عدم لزوم الاعادة على تقدير عدم شرطها لا يرفع الخيانة مع اتفاقهما عليها بل ينبغي فرض التحريم في صورة عدم شرط الاعادة لان التحريم لا يتحقق الا مع صحة البيع ليمكن فرض الزيادة ومع شرط الاعادة يقع البيع باطلا كما سلف عن قرب فلا يتحقق الخيانة ولا التحريم ويمكن ان يقال بالتحريم وان قلنا بفساد العقد نظرا الى قصد الغرور والسعي على تحصيل المحرم كما يقال في النجش والربا لمن حرام ويفسد البيع وضابط التحريم قصد الحيلة بذلك على الزيادة فلو اشتريه منه ابتداء من غير مواطاة جاز وحيث يتحقق النهي وباع بالاخبار يتخير المشتري بين رده واخذه بالثمن كما سيجيء ولا فرق في تحريم الحيلة بين كون غريمه غلامه وولده واجنبي قوله لو بلغ آه ما اختاره المص هو الاقوى لان الثمن الذي وقع عليه العقد فلا يتشخص غيره وثبوت الكذب في الاخبار يجبر بثبوت الخيار والاقوى ان بقاءه على ملك المشتري غير شرط في الخيار فله الفسخ مع تلفه او خروجه عن ملكه مع رد مثله او قيمته لاصالة بقاء الخيار وعلى القول باسقاط الزيادة يسقط ربحها ايضا ولا خيار له لانه قد رضي بالاكثر فاولى ان يرضى بالاقل ويحتمل ثبوت الخيار ايضا لغروره وكذبه وقد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ لابرار قسم او انفاذ وصية قوله ولو قال آه انما لم يقبل منه لان قوله الثاني مناف للاول فيلغى ولا يقبل بينته على ذلك لانه كذبها باقراره الاول ويشكل بجواز الغلط والاستناد الى امر كاخبار الوكيل ثم يظهر خلافه فينبغي القبول ان اظهر لانكاره تاويلا محتملا بمعنى سماع بينته عليه لا توجه اليمين عليه بمجرد الدعوى وثبوت

مقتضاه ما لو ادعى على المشتري العلم بكون الثمن زائداً وجب عليه اليمين بغير سموعة دعوى الغلط ام لا وهو مقتضى اطلاق العبارة وربما قيل بسماع دعواه مطلقا نظرا الى امكان الغلط ولا باس به قوله لحظة اه القائل بذلك الشيخ نظرا الى ان الملك لما كان بعده لا ينتقل الا بانقضاء الخيار فالزيادة من قبله بحكمه ويضعف بمنع اللزوم فان الثمن ما وقع عليه العقد ولا نزاع انه وقت انتقاله في ذلك قوله ولو اشترى اه المستند مع النص ان المبيع المقابل بالثمن هو المجموع لا الافراد وان تقوم بها وقسط الثمن عليها في بعض الموارد كما لو تلف بعضها او ظهر مستحقا وهذا التعليل شامل للمتماثلة والمختلفة وورد التسوية على ابن الجنيد حيث جوزه في المتماثلة كقفيزي حنطة وهو ضعيف ومقتضى الاستثناء انه لو اخبر بالحال جاز بيعه مرابحة وليس كذلك ولعل المسامحة كونه بصورة المرابحة فاستثناؤه مجاز قوله وكذا لو اشترى اه لان الثمن مع وجود الحمل حالة البيع يقابل المجموع وليس للابعاض ثمن مجاز ما لو تجدد الحمل فانه يكون الثمن في مقابلة الام خاصة كالثمرة المتجددة قوله اذا قوم اه الكلام في هذا الاستثناء كما مر فان مفهومه جواز البيع مرابحة مع الاخبار وليس كذلك لعدم تحقق البيع بالتقويم بل هو بصورة المرابحة ومن ثم لا يجب على التاجر الوفاء قوله بل الربح اه انما كان له الاجرة في الموضعين لاستيفاء البيع منهما مع كونه مأمورا بعمل له اجرة في العادة فاذا فات الشرط رجع الى اجرة المثل وعبر بالتسوية بين الامرين على خلاف الشيخ ره حيث فرق بينهما فحكم بكون الزائد للدلال ان كان التاجر ابتداه بذلك وانه لو لم يزد شيئا فلا شيء له وان كان الدلال ابتدأ التاجر بذلك فالزيادة للتاجر ولا شيء للدلال استنادا الى اخبار صحيحة ويمكن تنزيلها على كون الواقع من التاجر على تقدير ابتدائه جعالة فيلزم ما عينه ولا يقدح فيها الجهالة كما اعترضه ابن ادريس لان الجهالة في مال الجعالة اذا لم تؤد الى النزاع غير قادح كما سيأتي وصحيحة محمد بن مسلم وزرارة يؤذنان به وهي مثله ما لو قال من رد عبدي فله نصفه ولو لم يحصل زيادة فلا شيء له كما لو لم يوجد على العبد ثياب وما اذا كان المبتدئ هو الدلال فيحمل على عدم وجوب شيء له على الملتزم لانه لم يشترط له شيئا والاقل عقد كلام الدلال بلفظ يدل على الرضا بما عينه كان كما لو ابتداه كما لو قال له ذهب عبدك فاردده عليك على ان لي نصفه او ثيابه فقال مولى العبد نعم لك ذلك فانه يستحق ما عين له فعلى هذا انه كلام الشيخ والروايات من غير منافاة لكلام الاصحاب نعم يبقى فيه البحث عن كون جعالة عوض الجعالة على هذا الوجه هل هو قادح ام لا ثم على تقدير قدحه يجب اجرة المثل في الموضعين قوله فنقول اه ان وقع بلفظ بعتك ونحوه من الالفاظ المعتبرة في مطلق البيع الحكمة بذكر الثمن او بما قام مقامه ونحوه وان وقع بلفظ ولينك جعل صفوة العقد واقتصر عليه ولو قال وليتك السلعة احتمل الاجزاء قوله فاذا اه لان الوضع من نفس العشرة يقتضي ذلك حملا لمن على الظاهر من التبعيض وذكر جماعة من الاصحاب احتمال كون الثمن احد وتسعين الاجزء من احد عشر جزء من درهم حملا لمن على ابتداء الغاية ويكون التقدير من كل عشرة يسلم لي منه ما لو قال لكل عشرة درهم لان الوضيعة العشرة غير العشرة فهو بمنزلة ما لو قال من كل احد عشر قوله وكذا اه حملا للاضافة على معنى من اي من كل عشرة ويحتمل كونها بمعنى اللام اي لكل عشرة فيكون الثمن احد وتسعين الاجزء من احد عشر كما مر وربما قيل ببطلان العقد لتكافؤ الاحتمالين الموجب لجهالة الثمن ورجح الاول بان وضيعة العشرة لا يكون الا من نفس العشرة دون ما عداها لان الموضوع من جنس الموضوع منه فيكون الاضافة بمعنى من والثاني بان المواضعة على حد المرابحة لتقابل بينهما فكما اقتضت المرابحة المعنى الثاني فكذا المواضعة ويضعف الاول بان اللفظ لا بد فيه من تقديره وكلا التقديرين محتمل والثاني بمنع الملازمة وبتسليم الاحتمال ان لم تدل القرينة على احدهما هذا غاية ما وجهوه في المسئلة وفيه بحث لان المراد من الجنس الذي يكون الاضافة المعنوية فيه بمعنى من ان يكون المضاف جزئيا من جزئيات المضاف اليه بحيث يصح اطلاقه على المضاف وعلى غيره ايضا والاخبار به عنه كخاتم فضة وباب ساج لا جزء من كل حيث لا يصح اطلاقه عليه كبعض القوم ويد زيد فانك تريد بالقوم الكل والكل لا يطلق على بعضه وكذا القول في يد زيد والحاصل ان من التي تضمنها الاضافة هي التبيينية لا التبعيضية كما في خاتم فضة واربعة دراهم وشرط من التبيينية ان يصح اطلاق المجرور بها على المبين كما في قوله فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد صرح بهذا التحقيق الشيخ الرضي وابن هشام وناهيك بهما وح فينبغي القول بجعل الاضافة في المسئلة على معنى من راسا لان الموضوع المضاف بعض العشرة ولا يصح الاخبار به عنه فيتعين كونها بمعنى اللام نعم يمكن مع ذلك كون الوضيعة من نفس العشرة كما يستفاد ذلك من اضافته الى الثمن وكذا نظائره من المرابحة وغيرها واعلم ان التعبير بالوضيعة هنا اولى من المواضعة لانها مفاعلة لا تدخل في الباب وانما الغرض وضع الدرهم من العشرة اولها والوضيعة تؤدي هذا المعنى بحمل الفعيل على المفعول

الفصل السابع في الربا

الربا لغة الزيادة قال الله تعالى فلا يربو عند الله وشرعا بيع احد المتماثلين المقدرين بالكيل والوزن في عهد صاحب الشرع او في العادة بالآخر مع زيادة في احدهما حقيقة او حكما او اقتراض احدهما مع الزيادة وان لم يكونا مقدرين بهما اذا لم يكن باذل الزيادة حربيا ولم يكن المتعاقدان والدا مع ولده ولا زوجا مع زوجته وعلى القول بثبوته في كل معاوضة يبدل البيع بالمعاوضة على احد المتماثلين اه وقد يعرف بانه زيادة احد العوضين المتماثلين اه نظرا الى مناسبة المنقول عنه وتحريمه ثابت بالنص والاجماع وهو من اعظم الكبائر الموبقات حتى ان الدرهم منه اعظم من سبعين زنية كلها بذات محرم رواه هشام بن سالم عن الصادق ع قوله وهو يثبت بالبيع ظاهره اختصاص الربا بالبيع وهو احد القولين في المسئلة الا ان المص قد صرح في باب الغصب بثبوته في كل معاوضة وهو ظاهر اختياره في الصلح ايضا وهو الاقوى عملا بالاطلاق قوله تع وحرم الربا قوله الجنس اه المراد باللفظ الخاص ما يكون مفهومه نوعا بالاضافة الى ما تحته فالجنس في هذا الباب هو المعبر عنه في المنطق بالنوع واهل اللغة يسمونه جنس الجنس ولا مشاحة في الاصطلاح والمراد بالشيئين الذين يجمعهما اللفظ افراد ذلك النوع كالصفراء والحمراء في الحنطة ويستثنى من ذلك الشعير فانه هنا من افراد الحنطة مع عدم تناول لفظها له وخروجها بالنص واما العلس والسلت على القول بانهما من افراد الحنطة والشعير فدخولها فيهما ظاهر وان اختصا باسم اخر والا فمقتضى الاسم عدم اللحاق قوله فيجوز اه هذا اذا كان اصلهما الوزن اما لو كان اصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزنا خاصة نظر من كون الوزن اضبط حتى قيل انه اصل الكيل ومن ورود الشرع والعرف بالكيل فلا يعتبر بغيره

وظاهر كلام المص اختيار الاول وهو متجه بل نقل بعضهم الاجماع على كونهما مكيلين في عهده ص قوله ولا اه هذا هو المشهور ولا نعلم فيه خلافا الا ما يظهر من الشيخ في ف و ط فانه بشعر بكراهة السلف ولا نعلم ماخذه وربما حمل على ارادة التحريم بانه بعض معاني المكروه وقد استعمل الشيخ في ذلك في غير موضع قوله وفي الكتبة تردد الجواز اقوى للاخبار الصحيحة والقول بالمنع للشيخ ره في احد قوليه استنادا الى خبر ظاهر في الكراهة ونحن نقول بها قوله والحنطة اه نبه بقوله في الربا على انهما في غيره كالزكوة جنسين اجماعا لاختلاف مفهومها لغة وعرفا وانما في الربا فالاظهر انهما جنس واحد لصحيحة الحلبي وابي بصير وهشام بن سالم وعبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الصادق ع بل ادعى الشيخ في ف عليه الاجماع وهي الحجة على من خالف نظرا الى اختلافهما صورة وشكلا ولونا وطعما وادراكا وحسا واسما فان ذلك كله غير مسموع في مقابلة النصوص الصحيحة وفي احتجاج المص هنا باسم الطعام لهما على الاتحاد نظر فانه لا يلزم منه اتحادهما مع تحقق الاختلاف المذكور وانما الموجب للاتحاد النص والاجماع قوله وكلما اه فلا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا اذا كانا مكيلين او موزونين ولو كان احدهما مكيلا والاخر موزونا كالحنطة ودقيقها والسمسم والشيرج فمتى اعتبر تساويهما بالوزن او بالكيل وجهان يأتيان قوله وما اه لا يشترط في جواز بيعهما مساواة جملة الثمن له قدرا لان كل جنس ينصرف الى ما يخالفه ولا يعتبر معرفة كل واحد من الجنسين بل يكفي معرفة المجموع واما اذا بيع باحدهما فانه يشترط زيادته على مجانسه زيادة متمولة بحيث يمكن فرض كونها عوضا في البيع منفردة وقد يفرض هنا البطلان بتعذر المجانس للثمن مع العلم بزيادة عليه بان يعلم ان المجانس لا يبلغ النصف فيبيعه بقدر ثلثي المجموع مثلا وفي حكم المعمول من جنسين ضم احدهما الى الاخر وبيعهما في عقد واحد وان تميز التساوي الفرضين في العلة المسوغة للبيع عندنا قوله واللحوم اه هذا الحكم محل وفاق والمراد اتحاد ما دخل منها تحت البقر لغة والا فالعرف بالحق ذلك مع انه مقدم على اللغة وقد تقدم ان مناط الاتحاد تناولهما للفظ الخاص لهما فلولا الاجماع على الحكم لكان فيه نظر وينبه عليه ما رواه المص في افراد الحمام المختص باسم كما سيأتي قوله عرابها وجواميسها هو بفتح الباء وتشديد الياء المثناة من تحت جمع بختي بضم الباء وتشديد الباء ايضا الابل الخراسانية قوله الحمام اه قد تقدم في الحج تعريف الحمام على الاختلاف فيه وان الفاخت والورشان من افراده ووجه الخلاف هنا الشك في ان مقولية الحمام على ما تحته مقولية النوع على الاصناف او الجنس على الانواع فعلى الاول يحرم بيع بعضها ببعض مطلقا وعلى الثاني يختص كل نوع بحكمه ولما كان الوقوف على ذلك لاثبات الحقائق عزيزا جدا ولم يكن من جهة الشرع قاطع بيني حصل الخلاف وبهذا يحصل الفرق بين افراد الحمام وافراد البقر بالنسبة الى الجاموس فانه قد ثبت شرعا انهما نوع واحد ومن ثم ضم احدهما الى الاخر في الزكوة وعموم قوله تع اوفوا بالعقود يقتضي جواز بيع بعضها ببعض كيف كان الى ان يتحقق المنع ويؤيده ان العرف ايضا لا يسمي هذين الفردين حماما ولا شك ان الحكم باتحاد النوع اولى واعلم ان الطير من حمام وغيره انما يتصور الربا فيه اذا بيع لحمه وزنا اما لو بيع جزافا فلا ولو بيع عددا كما هو الغالب ففي ثبوت الربا فيه خلاف يأتي والاقوى عدمه قوله وكذا السموك اه الحكم المشبه به المشار اليه بذا هو ما سبق في الطير اي هو جنس واحد ويقوى ان ما يختص باسم منه فهو جنس على انفراده ويحتمل كون المشار اليه هو كونه جنسا واحدا والحاصل ان في اتحاد جنس السمك وتعدده بتعدد اسمائه خلافا نظرا الى الشك في مقوليته كما تقدم في الحمام قوله ولا اه هذا الحكم محل وفاق نقله في كره عن علمائنا اجمع ولولا ذلك لانقدح فيه الاشكال السابق نظرا الى اختلاف الاسم والطبيعة قوله قد مر اه اضافته اليه لا يخرجه عن افراد نوع الدهن فانه ليس مركبا منه ومما يضاف اليه بل هو عين الدهن يكتسب باختلاطه بهما مدة خاصيته ثم ينزع منه قوله وخل العنب مخالف لخل الدبس اي خل دبس التمر وقد يطلق الدبس على ما يتخذ من دبس العنب في تخصيص خل العنب بخل الخمر قوله في النسية تردد هذا هو الخلاف المتقدم في بيع احد الربويين بالاخر المخالف متفاضلا نسية والاقوى جوازه قوله ولو كان معدودا كالثوب بالثوبين الى قوله نقدا وفي النسية تردد ظاهره ان الخلاف مختص بالنسية وليس كذلك بل قد ذهب جماعة الى ثبوته في المعدود مطلقا استنادا الى اطلاق رواية ظاهرة في الكراهة والاقوى اختصاصه بالمكيل والموزون مطلقا للاخبار الصحيحة الدالة على الحصر فيهما قوله ولا ربا اه لا فرق في ذلك بين بيعه جزافا او مكيلا او موزونا لانتفاء اعتبار ربا فيه وفي حكمه التراب والحجارة والحطب لا عبرة ببيعه موزونا في بعض البلاد قوله ولا يثبت اه الاقوى اتباع العادة فيه فان استقرت على كيله او وزنه كما هو الواقع ثبت فيه الربا والا فلا وكذا القول في غيره من التراب كالطين الخراساني قوله والاعتبار اه قد ثبت ان اربعة كانت مكيلة في عهده ص وهي الحنطة والشعير والتمر والملح فلا يباع بعضها ببعض الا كيلا وان اختلفت في الوزن واستثنى في كره ما يتجافى منه في المكيال كالقطع الكبار من الملح فيباع وزنا لذلك وما عداها ان ثبت له في عهده ص احد الامرين والا رجع فيه الى عادة البلد ولو عرف انه كان مقدرا في عهده ص وجهل اعتباره بايهما احتمل التخيير وتعين الوزن لانه اضبط واختاره في كره وهو حسن ولا فرق بين بلده ص وما اقر اهله عليه في غيره قوله ولو اه ما اختاره المص هو الاقوى لان المعتبر العرف عند عدم الشرع فكما ان عرف تلك البلد يقتضي حكمه فعرف الاخرى الجزاف فيلزم حكمه صرفا للخطاب الى المتعارف من الجانبين ووجه عموم التحريم صدق اسم المكيل والموزون على ذلك النوع في الجملة قوله والمراعى اه هذه المسئلة من جملة افراد منصوص العلة وقد اختلف الاصحاب في تعديته الى غير ما ذكر فيها والاخبار الصحيحة ظاهرة في التعدية وهو الاقوى قوله وفي بيع الرطب بالتمر تردد هذا هو مورد النص من منصوص العلة لما سئل النبي ص عن بيع الرطب بالتمر فقال اينقص اذا جف فقالوا نعم فقال لا اذن وعن الباقر ع قال قال امير المؤمنين ع وكره ان يباع التمر بالرطب عاجلا بمثل كيله من اجل ان التمر يبس فينقص من كيله وعن الص ع لا يصلح التمر بالرطب لان الرطب رطب والتمر يابس فاذا يبس الرطب نقص فاشار رواه الى ان علة المنع النقصان بالجفاف فمن الاصحاب من عداه الى المنع من بيع كل رطب بيابسه كالعنب بالزبيب ومنهم من اقتصر على المنصوص وبالغ ابن ادريس فجوز الجميع والى قوله اشار المص بقوله وفي بيع الرطب بالتمر تردد حيث جعله موضع التردد ثم حكم بتحريمه وعدم تعديته واشار المص في دليله باشهر الروايتين الى رواية سماعة قال سئل ابو عبد الله ع عن العنب بالزبيب فقال لا يصلح الا مثلا بمثل والتمر بالتمر مثلا بمثل وجواب القدح في سند الرواية والاقوى التحريم والتعدية الى كل ما فيه العلة المذكورة ومحل تحقيق المسئلة في الاصول قوله اذا كانا اه منشأ التردد من ان الكيل اصل

للحنطة فيستصحب في فروعها ومن ان الوزن اضبط وانه اصل المكيل لان من افراد هذه القاعدة ما لا يمكن فيه القول بالكيل كالحنطة والسمسم بالشيرج والحنا
الفاضل اعتبار الكيل فيما هو اصله واطلق وهو حسن لكن يشكل بنحو ما ذكره فان اعتباره بالوزن حينئذ احسن قوله بيع آه المنع اقوى وقد تقدم قوله وكذا الاجباه
لابد في الجواز من اشتراكهما في اصل الرطوبة فلو كان احد الخبزين رطبا والآخر يابسا لم يصح بناء على ما سلف من القاعدة وفي العبارة اشارة الى حيث
اثبت لكل واحد رطوبة جهل مقدارها ولو علم ان رطوبة احدهما اكثر من رطوبة الآخر مع اشتراكهما في الاصل ففي الجواز نظر من صدق الاسم في المثلين
ومن العلم بزيادة حقيقة لاحدهما على الآخر ولعل الاقوى الجواز لان الرطوبة غير مقصودة والحقيقة مطلقة عليهما وكذا لو علمت الرطوبة في احدهما وانتفت
في الآخر كخل الزبيب وخل العنب الخالص قوله ولا ربا آه هذا هو المشهور بين الاصحاب بل الاجماع فان المرتضى وان خالف فيه في بعض كتبه وحكم بثبوت
الربا بينهم حملا للخبر المنفي على النهي كقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج وعملا بعموم القرآن الوارد بتحريم الربا الا انه رجع عنه محتجا بوجود
الاجماع على خلافه ونبه بقوله ويجوز لكل واحد منهما اخذ الفضل على خلاف ابن الجنيد حيث نفى الربا بين الوالد وولده بشرط ان ياخذ الوالد
الفضل وان لا يكون للولد وارث ولا عليه دين واطلاق النص حجة عليه والحكم مختص بالولد النسبي بالنسبة الى الاب فلا يتعدى الحكم الى الام ولا
الى الجد مع ولد الولد ولا الى ولد الرضاع على اشكال فيهما اقتصارا بالرخصة على مورد اليقين ووجه العدم اطلاق اسم الولد عليهما ومن ثم
حرمت امرأته على الاب والجد مع انه حلائل الابناء ولا فرق في الزوجة بين الدائم والمنقطع على الظاهر لاطلاق النص خلافا للتذكرة حيث خصها
بالدائم معللا بان التفويض في مال الرجل انما يثبت في حق العقد الدائم بان للزوجة ان تاخذ من مال الرجل المادوم وفي معارضة مثل ذلك
للنص منع ظاهر والحكم بنفي الربا بين السيد ومملوكه اما لعدم صحة البيع بناء على انه لا يملك فيصدق عدم الربا واما بناء على انه يملك وكان
الاولى بالقائل بعدم ملكه ترك ذكره لكن لما ورد النص به تعرضوا له ويشترط مع القول بملكه ان لا يكون مشتركا فلو كان كذلك ثبت بينه وبين كل
من الشركاء والمدبر وام الولد في حكم القن اما المكاتب بقسميه فلا على الظاهر مع احتماله قوله ولا بين المسلم آه هذا اذا اخذ المسلم الفضل والا حرم
ولا فرق بين الحربي المعاهد وغيره ولا بين كونه في دار الحرب والاسلام واطلق جماعة نفي الربا هنا من غير فرق بين اخذ المسلم الزيادة والحربي والتفصيل
اقوى قوله ويثبت آه هذا هو المشهور لعموم الادلة وذهب السيد المرتضى وابنا بابويه وجماعة الى عدم ثبوته للروايات المخصصة له كما خصصت
غيره ممن سبق والاول اولى فان قلنا بعدم ثبوته لزم تقييده بما مر من اخذ المسلم الزيادة قوله لا يجوز آه هذا هو المشهور بين الاصحاب وخالف فيه
ابن ادريس فحكم بالجواز لان اللبن غير مقدر باحد الامرين وهو قوي مع كونه حيا والا فالمنع اقوى والظاهر انه موضع النزاع قوله ويجوز آه
الوجه في ذلك ان الدجاجة والشاة ليستا مقدرتين بالوزن حال حياتهما وما في بطنهما غير مقصود ايضا ما دام كذلك كالثمرة على الشجرة ولانه
تابع ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منع منه محتجا بان له قسطا من الثمن وهو ممنوع قوله او بلبن آه لا فرق بين كون الثمن زائدا عما فيهما من اللبن وناقصا لما
تقدم من التعليل وان كان الفرض بعيدا وقد يتصور فيما لو بيع نخلة فيها ثمر بتمر مثله قوله القسمة آه هذا موضع وفاق ونبه به على خلاف الشافعي في احد قوليه حيث جعلها
بيعا فيثبت فيه الربا كالبيع قوله ويجوز آه الى قوله لانه ما جرت العادة اشار بذلك الى اشتراط قلته بحيث يجري العادة بتبعه فلو زاد عن ذلك لم يجز ومثله
الدردي في الخل والدبس والتفل في البذر ونحو ذلك قوله ويجوز بيع آه هذا الحكم موضع وفاق بين اصحابنا وخالف فيه الشافعي محتجا بحصول التفاوت
عند المقابلة على بعض الوجوه كما لو بيع مد ودرهم بمدين والدرهم ثمن لمد ونصف بحسب القيمة الحاضرة وجوابه ان الزيادة ح بمقتضى التقسيط لا بالبيع فانه
انما وقع على المجموع بالمجموع ويشكل الحكم لو احتيج الى التقسيط شرعا كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض او ظهر مستحقا مطلقا وكان في مقابله ما يوجب
الزيادة المفضية الى الربا فانه ح يحتمل بطلان البيع من راس للزوم التفاوت في الجنس الواحد كما لو باع مدا ودرهما بمدين ودرهمين مثلا فان الدرهم التالف
اذا كان نصف المبيع بان كانت قيمة المد درهما بطل البيع في نصف الثمن فيبقى النصف الآخر وحيث كان منزلا على الاشاعة كان النصف في كل من الجنسين
فيكون نصف المدين ونصف الدرهمين في مقابلة المد فيلزم الزيادة الموجبة للبطلان ويحتمل البطلان في مخالف التالف خاصة والصحة في مخالف الباقي
لان كلا من الجنسين في المبيع قوبل به مخالفه في الثمن فاذا بطل احد الجزئين بطل فيما قوبل به لان صحة البيع منزلة على ذلك فكذا بطلانه والمرجح لذلك نظر الاصحاب
على ان كل جنس في مقابل ما يخالفه ويحتمل الصحة فيما بقي من الثمن وما قابله كائنا ما كان فيتقسط الثمن على التالف من المبيع والباقي ففي المثال السابق
يصح البيع في نصف المبيع بنصف الثمن ولا ينظر الى الزيادة لانها انما صارت بسبب التقسيط بعد وقبل التقسيط بيعا وفي حال البيع لم يكن زيادة ويشكل
بانه وان لم يكن بيعا فهو معاوضة وقد تقدم ان الربا يعم كل معاوضة ويندفع بانه لا معاوضة الا بالبيع السابق وقد كان في وقته جامعا للشرائط فيستصحب
حكم الصحة وربما نزل بعضهم التقسيط على وجه لا يلزم منه الربا كما اذا كانت قيمة المد مثلا درهمين فان الثمن يكون اثلاثا من الفضة والتمر وكذا المثمن
فيكون ثلث الدرهم بازاء ثلثي درهم وثلثا المد التمر بازاء ثلثي مد تمر ويبقى ثلث مد تمر بازاء درهم وثلثين وثلثا درهم بازاء مد وثلث تمر فاذا تلف المد
او الدرهم سقط ما ذكر بازائه ووجه التقسيط على هذا الوجه ان اجزاء الثمن لما قوبلت باجزاء المبيع على طريق الشيوع لم يجب ان يقع التقسيط على وجه
يلزم معه المحذور صيانة للعقد عن الفساد ما امكن السبيل اليه ويشكل بان التقسيط مقتضى مقابلة كل من الجنسين بمقابله على النسبة فالعدول عنه
بمجرد العناية تحكم والذي يوافق اصول الاصحاب هو الاحتمال الوسط فانه هو المصحح لاصل البيع والا كان مقتضى المقابلة لزوم الربا من راس قوله وقد يتخلص آه
ولا يقدح في ذلك كون هذه الامور غير مقصودة بالذات والعقود تابعة للقصود لان قصد التخلص من الربا انما يتم مع القصد الى بيع صحيح او قرض او غيرهما
من الانواع المذكورة وذلك كاف في القصد اذ لا يشترط في القصد الى عقد قصد جميع الغايات المترتبة عليه بل يكفي قصد غاية صحيحة من غاياته فان من اراد
شراء دار مثلا ليواجرها ويتكسب بها فان ذلك كاف في الصحة وان كان لشراء الدار غايات اخر اقوى من هذه واظهر في نظر العقلاء وكذا القول في غير ذلك

٢٠١ من افراد العقود وقد ورد في اخبار كثيرة ما يدل على جواز الحيلة على نحو ذلك قوله الصرف آه لغة الصوت وشرعا بيع الاثمان وهي الذهب والفضة بالاثمان
كانه سمي بذلك لما يشتمل عليه من الصوت عند تقليبهما في البيع والشراء وانما سمي الجنسان ثمنا لانهما يقعان عوضا عن الاشياء ويقترنان بباء العوض غالبا
بل نقل العلامة قطب الدين الرازي عن الفاضل انهما ثمن وان اقترنت الباء بغيرهما حتى لو باعه دينارا بحيوان ثبت للبائع الخيار مدعيا على ذلك الاتفاق
قوله ويشترط آه زيادة احكامها على الربويات باعتبار مجموع افراده بيع الربويات لا جميعها فان من جملتها بيع الذهب بالفضة وهذا لا يتعلق به ربا
بل حكم الصرف خاصة والحاصل ان بين حكم الربا والصرف عموما وخصوصا من وجه يجتمعان في بيع احد النقدين بجنسه ويختص الربا بغير الاثمان ويختص
الصرف ببيع احد الاثمان بالآخر والمراد بالمجلس محل الاجتماع وان نقل كما مر في خيار المجلس حتى لو فارقا مجلس العقد مصطحبين لم يبطل ولو قال المتعاقدان
قبل التفرق كان اولى ونبه بالاشهر على خلاف الصدوق بن بابويه حيث لم يعتبر المجلس استنادا الى روايات ضعيفة والاصحاب كلهم على خلافه فربما كان
الشرط اجماعيا واعلم انه على تقدير الحكم بالبطلان مع التفرق هل يجب تحصيل هذا الشرط بحيث ياثمان لو اخلا به اختيارا الظاهر في اعتبار الشرطية ما يدل عليه
بل غايته الحكم بالبطلان مع الاخلال به وفي التذكرة قطع بوجوب الوفاء به وبالتاثيم بتركه اختيارا وجعله بمنزلة الربا حتى اوجب عليهم التفاسخ قبل التفرق لو تعذر
عليهما التقابض وجعل تفرقهما قبله بمنزلة بيع الربوي نسيئة فان بطلانه لا يغني عن الاثم به وهو ظاهر عبارته هنا حيث حكم بوجوب التقابض قبل التفرق وان كان
الوجوب في هذا الباب قد يعبر به عن الشرط مجازا وفي الاخبار ما ينبه على التحريم لكن لم يتعرض له الاكثر قوله ولو قبض البعض صح فيما قبض خاصة ويتخير كل منهما في فسخ
الباقي وامضائه لتبعض الصفقة ان لم يكن حصل منهما تفريط في تاخير القبض والا فلا ولو اختص احدهما بعدم التفريط اختص بالخيار قوله ولو وكل آه الضابط
في ذلك ان المعتبر حصول التقابض قبل تفرق المتعاقدين فمتى كان الوكيل في القبض غير المتعاقدين اعتبر قبضه قبل تفرق المتعاقدين ولا اعتبار بتفرق
الوكيلين ومتى كان المتعاقدان وكيلين اعتبر تقابضهما في المجلس او تقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين قوله ولو اشترى آه انما لم يصح الثاني لان ملك العوض
في الصرف موقوف على التقابض ولم يحصل فيكون قد باع ثانيا ما لم يصر ملكا له ويجيء على القول بالمنع من بيع ما يكال او يوزن قبل قبضه وجه آخر لعدم الصحة
هنا وبذلك يظهر بطلان العقدين لو افترقا قبله هذا قول الاكثر وفصل ابن ادريس هنا فقال ان كان النقد المبتاع اولا معينا صح العقد الثاني اذا
تقابضا في المجلس وان كان في الذمة بطل الثاني لانه دين بدين وينبغي القول بالصحة مطلقا اذا تقابضا قبل التفرق وغاية ما يحصل في البيع الثاني ان يكون
فضوليا فاذا لحقه القبض صح وسيأتي ان بيع الدين بالدين على هذا الوجه غير ممتنع قوله ولو كان آه هذا التقرير مصحح لهذه المسألة لان ما في الذمة بمنزلة
المقبوض وهو وارد في المسألة السابقة ايضا الا ان هذه انفصلت عن تلك بان ما في الذمة اذا كان ثابتا مستقرا بخلاف السابقة فان الدراهم لما
اولا لم تستقر في الذمة بسبب توقفه على القبض فلم يكن حصول النقدين من واحد كافيا واعلم ان المص فرض المسألة فيمن اشترى دنانير ممن عليه الدراهم فيبقى
موضع الاشكال فيها اشتراط التقابض او الاكتفاء بالعقد وجماعة من الاصحاب فرضوها تبعا للرواية فيمن في ذمته الدراهم حولها الى دنانير و
حكموا بالتحويل وان لم يتقابضا لعلة ان النقدين من واحد وانكر ذلك ابن ادريس من حيث عدم التقابض ومن ان مجرد هذا الامر لا يقتضي التحويل ورد بما
بنوا حكمهم على مقدمات يلزم من صحتها صحة الحكم هنا الاولى ان الامر بالتحويل توكيل في تولي طرفي العقد فان التوكيل لا ينحصر في لفظ الثانية انه يصح تولي
طرفي العقد من الواحد الثالثة انه يصح ايضا توليه طرفي القبض الرابعة ان ما في الذمة مقبوض الخامسة ان بيع ما في الذمة للغير من الدين الحال ثمن في ذمته ليس
بيع دين بدين السادسة ان الوكيل في البيع اذا توقفت صحته على القبض يكون وكيلا فيه والا فان مطلق التوكيل في البيع لا يقتضي التوكيل في القبض فاذا
سلمت هذه المقدمات صحت المسألة قوله اذا كان آه هذا مبني على الغالب من ان المغشوش لا يباع بوزنه خالصا لان البيع مبني على المكايسة والمغالبة
فلا يدفع المشتري بوزن المغشوش صافيا والا فلو فرض وقوع ذلك صح بيعه بجنسه ايضا بل متى علم زيادة الخالص عن مجانسه المغشوش صح وان لم يبلغ قدر
المجموع من النقد والغش قوله ولو علم آه وكذا لو جهل كما بيناه بان جهل قدره ولكن علم انه لا يزيد عن النصف فيجوز بيعه بزيادة يسيرة عن النصف من
جنسه ويصرف الزائد الى مقابلة الغش ومعنى قوله يتحمل ان يكون الزيادة على النقد يصلح عوضا في مقابلة الغش بحيث يتمول وان لم يقابل قيمته قوله ولا
يباع آه اي للاجنبي لما في التخلص من الربا اذ بيع بجنسه لجواز زيادة احدهما على الآخر اذ الفرض كون النقد مجهولا ولو بيع التراب بهما معا او بغير نقد الاشبه كما
في المغشوش لان التراب لا قيمة له فيبقى الزائد في الثمن بغير عوض وكما يجوز بيعه بالنقد الآخر يجوز بمخالفهما بطريق اولى لانه ابعد عن الربا وكان عليه ان يذكره
ايضا قوله ولو جمعا في صفقة آه الظاهر ان المعنى كون الذهب والفضة مجهولين معا ثمنا واحدا وجاز بيعهما بهما صحاح واضح على اصولنا لانصراف كل واحد الى ما يخالفه
وكذا يجوز بيعهما باحدهما مع زيادة الثمن على مجانسه بحيث يقابل تراب معدن الآخر ولو بيعا بغيرهما صح ايضا بطريق اولى كما مر قوله ويجوز بيع آه في قوله
ان كان فيه لف ونشر مرتب اي وان كان في جوهر الرصاص يسير فضة وفي جوهر الصفر يسير ذهب ولا يشترط العلم بزيادة الثمن عن ذلك اليسير لانه مضمحل
وتابع غير مقصود بالبيع فاشبه الحلية على سقوف الجدران ولحسنة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق وما ذكرناه من التعليل اجود من تعليل المص بان الغالب
غيرها فان مجرد الاغلبية غير كاف في جواز البيع بذلك النقد كيف اتفق حتى لو كان الخليط غيرا يمكن تمييزه لم يجز بيعه بجنسه الا مع زيادة الثمن عليه بحيث يقابل
الآخر كما مر وكانه اراد الغلبة المستولية على النقد بحيث اضمحل معه مجازا كما تجوزوا في قولهم في باب الاحداث النوم الغالب على الحاستين والرصاص
بفتح اوله والصفر بضمه قوله ويجوز آه المراد بكونها معلومة الصرف كونها متداولة بين الناس مع علمهم بحالها فانه يجوز اخراجها وان لم يعلم بقدر
ما فيها من الغش فلو كانت مجهولة الصرف بحيث لو علموا بحالها ما قبلوها وجب على مخرجها ابانة حالها بان يقول انها مغشوشة وان لم يبين قدر
غشها ولو اخرجها من دون الاعلام على الجاهل بحالها جاز له ردها اذا علم ولو لم يردها بقي في ذمة المخرج لها قدر التفاوت بينها وبين النقد المطلق
ولا يخفى ان المراد هنا الغش المعتبر دون ما يستهلك لقلته نبه عليه في كره قوله الدراهم آه هذا موضع وفاق بين اصحابنا واكثر مخالفينا

٢٠٢ لعموم الامر بالايفاء بالعقود فاذا اشتملت على التعيين لزم الوفاء بها الا بجميع مشخصاتها ولان المقتضي لتعيين العروض هو العقد وهو حاصل في الثمن فيتعين كالعرض فعلى هذا يجب دفع العين ولا يجوز ابدالها ولو تلفت قبل القبض انفسخ البيع ولو لم يكن له دفع عوضها وان ساواه مطلقا ولا للبايع طلبه وان وجد البايع بها عيبا لم يستبدلها بل اما ان يرضى بها او يفسخ العقد وننبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث ذهب الى انها لا تتعين بالعقد بل بالقبض واثبت نقيض هذه الاحكام قوله اذا اشترى آه الثمن والمثمن اما ان يكونا معينين او مطلقين او مختلفين فالاقسام اربعة ثم اما ان يظهر العيب فيهما او في احدهما بحيث يكون جميعه معيبا او بعضه ثم اما ان يكون العيب من الجنس او من غيره ثم اما ان يكون الظهور قبل التفرق او بعده فالصور ست وتسعون صورة وهذه المسئلة قد اشتملت على حكم المعين منهما وهي ثمان واربعون والتي بعدها اشتملت على حكم غير المعين ومنهما يعلم حكم ما لو تفرقا فيه وكل هذه الاحكام متفرعة على تعينهما بالتعيين قوله فوجدها آه كما لو ظهرت الدراهم رصاصا او نحاسا ووجه بطلان البيع ظ لان ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء فيقع العقد باطلا لتخلف القصد عما وقع عليه العقد ولا فرق في ذلك بين الصرف وغيره كما اشار اليه المص بقوله وكذا لو باعه ثوبا كتانا فبان صوفا ومثله ما لو باعه بغلة فظهرت فرسا ونحو ذلك فيجب هنا رد الثمن وليس له الابدال لوقوع العقد على عين شخصية فلا يتناول غيرها ولا الارش لعدم وقوع الصحيح والمعيب على هذه العين قوله ولو كان آه هذا الحكم واضح بنحو ما قلناه سابقا وجب اخذ المشتري الجيد بحصته من الثمن يتخير البايع ايضا مع جهله بالعيب لتبعض الصفقة كما يتخير المشتري وانما فرض خيار التبعض للمشتري بناء على الظ من ان المشتري يجهل بالعيب دون البايع لثبوته في ملكه واطلاعه على احواله فلو فرض خلاف ذلك بان اشتراه وكيله وباعه بسرعة من غير تامل او كان العيب مما يخفى على مثله ثبت له الخيار كما ان المشتري لو اطلع عليه فلا خيار له قوله ولو كان آه اذا كان العيب من الجنس كما مثله المص ومنه ظهور السكة مخالفة لسكة السلطان حيث يكون هي الغالبة في المعاملة والمقصود بها ونحو ذلك فان كان العيب شاملا للجميع تخير المشتري بين رده اجمع وامساكه وليس له رد البعض لتبعض الصفقة على صاحبه ولا الابدال للتعيين وان كان مختصا بالبعض تخير ايضا بين رد الجميع وامساكه وهل له رد المعيب وحده قبل الا افضائه الى تبعض الصفقة على الاخر فيمتنع منها كما لو كان بالجميع معيبا فان كل جزء منه موجب للخيار وبه قطع المص وجماعة وقيل له الا مضا على رد المعيب لانفصال الصحيح بالبيع وثبوت الخيار في الباقي لتعارض المعيب لا يوجب فسخ البيع فيه ووجهه في كره واما الارش فهو ممنوع في جميع هذه الصور لانها مفروضة في بيع الفضة بالفضة وهما متجانسان متساويان في القدر فلو اخذ ارش العيب لزم زيادة قدر المعيب عن الصحيح ولا يجبر عيبه الجنسي لما عرفت من ان جيد الجوهر ورديه جنس واحد نعم لو كانا مختلفين كالدراهم بالدنانير جاز له اخذ الارش ايضا ما داما في المجلس فان فارقاه لم يجز ان ياخذ من الاثمان لئلا يبعد صرفا بعد التفرق ويجوز من غيرها قوله اذا اشترى آه انما كان له البدل هنا لان العوض في الذمة وهو امر كلي والمدفوع لما لم يكن من الجنس امتنع كونه احد العوضين فيطالب بجنسه لانتفاء المانع من حيث لم يحصل التفرق قبل القبض ووجه البطلان مع التفرق فوات شرط صحة الصرف وهو التقابض قبله قوله ولو كان البعض بطل فيه وصح في الباقي او ظهر كون البعض من غير الجنس وكان تبينه بعد التفرق فانه يبطل فيه للمعرو لو كان قبله طالب بالبدل وهو غير داخل في العبارة ولو قال ولو كان البعض اخص بالحكم لكان اشمل واجمع قوله وان لم يخرج بالعيب آه اما التخيير فللعيب واما عدم الارش فلاستلزامه الربا وحيث كان ما في الذمة امرا كليا محمولا على الصحيح كان له ابداله قبل التفرق قطعا لان المقبوض لا ينقص عن عدمه واما بعده ففيه قولان من حيث ان الابدال يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق وان الامر الكلي الثابت في الذمة قد وجد في ضمن البدل الحاصل بعد التفرق فيؤدي الى فساد الصرف فلا يصح البدل ومن تحقق التقابض في العوضين قبل التفرق لان المقبوض وان كان معيبا فقد كان محسوبا عوضا لان العيب من الجنس فلا يخرج عن حقيقة العوض المعين غايته كونه بالعيب الجنسي مفوتا لبعض الاوصاف واستدراكه ممكن بالخيار ومن ثم لو رضي به استقر ملكه عليه وتماؤه له على التقديرين فاذا فسخ رجع الحق الى الذمة فيتعين ح عوضا صحيحا وقد ظهر بذلك ان التفرق قبل قبض العوض الصحيح لا يقدح في المعاوضة لكنه لا يقدح الفسخ الطارئ وهذا هو الاقوى لكن هل يجب قبض البدل في مجلس الرد بناء على ان الفسخ رفع العوض وصير عوض الصرف غير مقبوض فاذا لم يقبض في مجلس الرد يقدح في صحة السابقة يبني الفسخ لتحقق التقابض او يسقط اعتباره من حيث صدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحة والاصل برائة الذمة من وجوب قبض اخر ولان الصرف قد حكم بصحته بالقبض السابق فيستصحب الى ان يثبت المزيل وجهان اجودهما الثاني وفيه نظر لما قلناه وجه الترجيح قوله اذا اشترى آه المراد انه اشترى دينارا في الذمة بدينار كذلك وان كان قوله ودفعه قد يوهم التعيين اذ لو كانا معينين لبطل الصرف من جهة اشتمال احد العوضين على زيادة عينية وكذا لو كان الزائد معينا والمطلق مخصوصا بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه فالحكم بكون الزائد امانة هو اجود القولين لاصالة البرائة من الضمان ولانه لم يقبضها بسبب مضمون من سوم ولا غصب ولا بيع فاسد وانما قبضها باذن مالكها فيكون كالوديعة والقول الاخر انها تكون مضمونة لانه قبضه على انه احد العوضين الذي جرى عليهما عقد المعاوضة فيكون مضمونا نظرا الى مقتضى العقد ولانه اقرب الى الضمان من المقبوض بالسوم ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وفيه ان قبضه على انه العوض غير قادح مع ظهور عدمه ومقتضى العقد لم يدل على ضمان غير العوضين وكونه اقرب من المقبوض بالسوم انما يجري لو سلم كون المقبوض بالسوم مضمونا وهو محل النزاع وعموم الخبر بحيث يشمل محل النزاع في حيز المنع فان الثابت على الاخذ بمقتضى الخبر غير مبين فجاز كون الواجب على اليد الحفظ او نحوه الى ان يؤدي فيرشد اليه الامانات المقبوضة باليد مع عدم الحكم بضمانها وانما القدر المتفق عليه وجوب حفظها ونبه بقوله لا يكون الا غلطا او تعمدا على التسوية بين الامرين في الامانة وهو في صورة التعمد محل وفاق ولانه وكيل له ونائب في الحفظ ثم الامانة في الصورتين على تقديرها مختلفة فعلى تقدير التعمد هي امانة مالكية لا يجب ردها الا مع طلب المالك وان وجب حفظها وعلى تقدير الغلط هي شرعية وان كانت مدفوعة من المالك لعدم علمه بها فيكون كالواعاره صندوقا فوجد فيه متاعا فانه يكون امانة شرعية مع استناد دفعه الى المالك نظرا الى جهله به ويحتمل كونها مالكية نظرا الى استناد دفعها اليه وعرفهما المشهود بينهم صلاة

على محل النزاع لانهم جعلوا مناطها كونها مستندة الى المالك او من في حكمه ونظهر الفائدة في وجوب رد ما على الفور او اعلام المالك بها فان ذلك من احكام
٢٠١ الامانة الشرعية ثم على تقدير الغلط اما ان يتبين الحال قبل التفرق او بعده فان كان قبله فلكل منهما استرداد الزايد وابداله وليس للاخر الامتناع تحرزا من الشركة وان كان بعد التفرق فان جوزنا الابدال للمعيب من الجنس كما مر فكذلك والا ثبت الخيار لكل واحد منهما لعيب الشركة ولو كانت الزيادة يسيرة بسبب اختلاف الموازين فهي للقابض قوله روى جواز آه هذه الرواية رواها ابو الصباح الكناني عن الص قال سئلته عن الرجل يقول للصائغ صغ لي هذا الخاتم وابدل لك درهما طازجا بدرهم غلة قال لا باس وقد اختلفوا في تنزيل هذه الرواية والعمل بمضمونها فالشيخ عمل بها في البيع المذكور في الكتاب وعداها الى اشتراط غير صياغة الخاتم نظرا الى تضمن الرواية جواز الصياغة في البيع وعدم الفرق بينها وبين غيرها من الشروط وكذلك ابن ادريس الا انه نظر من جهة اخرى وهي ان الصياغة ليست زيادة عينية والممنوع في الربا هي خاصة دون الحكمية والمص وجماعة نقلوها بلفظ روي مترددين فيها والحق انها لا دلالة لها على مدعاهم من جواز بيع درهم مطلقا بدرهم مع شرط الصياغة بل انما تضمنت جعل ابدال الدرهم المذكور فيها بالدرهم شرطا في الصياغة لا البيع بشرط الصياغة اللهم الا ان يقال ان الابدال يرجع الى الصرف وانه لا فرق بين الزيادة اذا جعلت شرطا في الربوي وبين جعل الربوي شرطا فيها مع حصولها في الحالين واجود ما يتنزل عليه الرواية انها تضمنت ابدال الدرهم طازج بدرهم غلة مع شرط الصياغة من جانب الغلة ومع ذلك لا يتحقق الربا لان الطازج على ما ذكره بعض اهل اللغة ونقله جماعة من الفقهاء الدرهم الخالص والغلة غيره وهو المغشوش وقد يطلق الغلة على المكسرة ولكن هنا يتعين التفسير الاول لان الزيادة الحكمية مشروطة على المغشوش وهي تقابل بما زاد في الخالص عن جنس المغشوش وهذا الوجه لا مانع منه في البيع وغيره وفي شرط صياغة خاتم وغيره من الصنايع والاعيان فعلى هذا يصح الحكم ويتعدى واما ما اطلقوه فالمنع اليه متوجه سواء فيه شرط الصياغة وغيرها للاجماع على المنع من الزيادة العينية وكذا الحكمية على المذهب الحق ولا دليل يعارض ذلك على ما عرفته من الرواية قوله الاواني آه قد عرفته من القواعد السابقة ان المجتمع من جنسين يجوز بيعه بغير جنسهما مطلقا وبهما معا سواء علم قدر كل واحد من المجتمع ام لا اذا عرف قدر الجملة وسواء امكن تخليصهما ام لا وبكل واحد منهما اذا علم زيادته عن جنسه بحيث يصلح ثمنا للاخر وان قل سواء امكن التخليص ام لا وسواء علم قدر كل واحد ام لا وهذه المسئلة جزئي من جزئيات القاعدة وما ذكره فيها من الحكم كلام الشيخ ره وتبعه عليه جماعة وهو محتاج الى التنقيح في جميع اقسامه كما لا يخفى ولننبه منه على امور الاول قوله ان كان احدهما معلوما جاز بيعه بجنسه من غير زيادة وبغير الجنس واي زاد ان اراد بيعه بيع ذلك الجنس خاصة فهذا لا وجه له لان المبيع انما هو المركب منهما لا الجزء فلا معنى لافراده بالبيع وان كان المراد به المجموع اشترط في بيعه بجنس احدهما زيادة الثمن على جنسه لتقابل الاجزاء وان اراد بيع المجموع بجنسه اي بالجنسين معا فلا وجه لاشتراط عدم زيادته ايضا لانصراف كل جنس الى مخالفه فيجوز زيادته ونقصانه ولا فرق في هذين القسمين بين ان يعلم قدر كل واحد منهما والجملة كما مر فلا وجه للتقييد بالعلم بها الثاني قوله وان لم يعلم وامكن تخليصهما لم يبع بالذهب ولا بالفضة وبيعت بهما او بغيرهما فيه ان بيعه بوزنه ذهبا او فضة جائز مطلقا وكذا مع زيادة الثمن على قدر المركب يمكن جوازه مع نقصانه اذا علم زيادة الثمن على جنسه بما يتمول فمنعه من بيعه باحدهما على تقدير امكان التخلص لا وجه له بل يجوز بيعه بهما وباحدهما وبغيرهما سواء امكن التخلص ام لا الثالث قوله وان لم يمكن وكان احدهما اغلب بيعت بالاقل فيه انه يجوز بيعه بهما وبغيرهما وبالاقل والاكثر اذا علم زيادة الثمن على جنسه كما مر فالتقييد بالاقل عار عن النكتة واعتذر الشهيد ره لهم عن ذلك بان ذكر الاقل محافظة على طلب الزيادة ولا يخفى ان الزيادة المعتبرة في الثمن عن جنسه يمكن تحققها مع الاقل والاكثر ومع ذلك فالارشاد الى الزيادة غير كاف في التخصيص الموجب لتوهم المنع الرابع قوله وان تساويا تغليبا بيعت بهما فيه انه مع تساويهما يجوز بيعه بهما وباحدهما مع الزيادة وبغيرها فلا وجه للتخصيص بهما ولا فرق في ذلك ايضا بين امكان التخليص وعدمه ولا بين العلم بقدر كل واحد منهما وعدمه بل المعتبر العلم بالجملة ويمكن فرض العلم بتساويهما مع جهل القدر كل واحد منهما بان يكون معهما ثالث من نحاس وغيره بحيث يوجب الجهل بقدرهما مع العلم بتساويهما قدرا وفي قوله وان تساويا تغليبا تجوز فان التغليب لا يكون الا مع زيادة احدهما لا مع تساويهما قوله المراكب آه الكلام في هذه المسئلة نحو ما تقدم فانه مع العلم بقدر الحلية يجوز بيعها بغير جنسها مطلقا وبجنسها مع الزيادة وكذا يجوز ذلك مع الجهل بقدرها اذا علم زيادة الثمن عن الحلية فانه يمكن تصور العلم بالزيادة وان جهل القدر ولا فرق في ذلك بين امكان نزعهما وعدمه وقوله من غير شرط اي من غير شرط للاتهاب في عقد البيع لاستلزامه الزيادة في احد الجنسين لان الشرط زيادة حكمية كما عرفت في اشتراط صياغة الخاتم وانما يصح مع شرط هبة الزيادة اذا وقع البيع بالثمن على الحلية خاصة اذا فرضت قدره او زائدة على قدره كما لا يخفى ولو وهب الزايد قبل البيع صح ايضا ويجب تجريده عن شرط بيع الباقي بمثله كما لو ناخرت الهبة قوله وان آه قد عرفت مما سلف انه مع الجهل بقدرها يجوز بيعها بغير جنس حليتها مطلقا وبجنسها مع العلم بزيادة الثمن عليها فانه قد يفرض سواء جعل معها شيء ام لا ومع عدم العلم بزيادته عليها اذا ضم اليه شيء ليصرف الثمن الى غير الحلية والضميمة اليها واما قوله قيل يجعل معها شيء فاشارة الى قول الشيخ فانه ذكر ذلك وجعل الضمير مؤنثا كما هنا وظاهره ان الضميمة تكون مع الحلية وح يظهر ضعف القول فمن ثم ذكره بصيغة قيل لان ضميمة شيء الى المركب يوجب الضرر حيث يحتاج الى مقابلة الثمن بهما مع الباقي وانما المحتاج الى الضميمة الثمن والشيخ تبع في ذلك رواية وردت بهذه الصيغة ونسب الى وهم الراوي وان الصواب معه واعتذر له الشهيد ره بانه اراد ان بيعهما منفردة لا ينضم اليها الحلاة او شيء اخر او يضم اليها والى الحلي تكثير الثمن من الجنس وقد عرفت ان ذلك كله مستغنى عنه فان بيعها منفردة ولو كانت مجهولة بالجنس يمكن مع العلم بزيادة الثمن عليها سواء ضممنا اليها شيئا ام لا وكان الاولى عود الضمير الى الثمن ولو بضرب من التجوز فانه المحتاج الى الضميمة اذا لم يعلم زيادته عن الحلية لكن على تقدير ارادة الثمن بتاويل الاثمان ونحوه لا يلتئم مع قوله بعد ذلك ويباع بزيادة عما فيها تقريبا الا انه مع الضميمة الى الثمن والحال ان المحلى منضم الى الحلية يستغنى عن زيادة الثمن لانصراف كل من جزئي العوضين الى مخالفه قوله ولو باع آه تعليله المنع بالجهالة يقتضي اشتباهها وان وجد في المعاملة

بتاويل الاثمان

منها نوع صرف ذلك وعلم به وبهذا التعليل صرح في كره حيث قال لو كان نقد البلد صرف عشرين دينارا لم يصح ايضا لان السعر مختلف ولا يختص ذلك بنقد البلد ويشكل بان المانع من الصحة انما هو مجهولية الدراهم وهي على هذا التقدير معلومة والاطلاق منزل على نقد البلد او الغالب ان تعدد فلو كان نقد البلد معينا ان ذلك الصرف او الغالب عين نوعا بذلك صح والا فلا قوله لو باع آه اطلق الشيخ وجماعة ويجب تقييده بجهالة نسبة الدرهم من الدينار بان جعلها يتجدد من النقد حالا او مؤجلا او من الحاضر مع عدم علمهما بالنسبة فلو علماها صح والى القيد اشار المص بقوله للجهالة وبقوله ولو قدر قيمة الدرهم من الدينار جاز لارتفاع الجهالة واراد بالتقدير العلم بالنسبة وان لم يصرح بها فانه مناط الصحة وان كان التصريح بالتقدير اولى بالصحة وفي رواية السكوني عن الصادق عن علي ع في الرجل يشتري السلعة بدينار غير درهم الى اجل قال فاسد فلعل الدينار يصير بدرهم اشارة الى ان العلة هي الجهالة ولا فرق بين استثناء الدرهم من الدينار وغيره منه وغيره من غيره فان ضابط الصحة في الجميع علم النسبة والبطلان عدمها قوله وكذا آه بان باعه ثوبا بدينار غير درهم فان الحكم واحد فالصحة مع علم النسبة والبطلان لا معه وقد حكى العلامة عن ابيه انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم وهو محمول على جهالة النسبة كما يقتضيه التعليل فلو علم بها صح قوله لو باع آه القول للشيخ وهو حق لانه حقيقة فيه لغة الا ان يدل العرف على غيره فيحمل عليه واولى منه ولو صرح بارادة الصحيح وقول المص الا ان يريد بذلك نصف المثقال عرفا اي نصفه صحيحا وان كان اللفظ اعم منه وكذا القول في نصف الدرهم وغيره من الاجزاء وحيث كان الاطلاق منزلا على الاشاعة الاعم دلالة العرف على خلافه فلو اختلف العرف في احدهما حمل الاطلاق على الشق اذ لا معارض للغة بسبب عدم انضباط العرف خلافا للتذكرة حيث حكم بالبطلان هنا مع عدم التعيين للجهالة ولو باعه شيئا آخر بنصف دينار آخر فان حملناه على الشق تخير بين ان يعطيه شقي دينارين ويصير شريكا فيهما وبين ان يعطيه دينارا كاملا وان حمل على الصحيح لم يجب قبول الدينار الكامل قوله وتراب الصياغة آه انما وجب بيعه بهما حذرا من الربا لو بيع باحدهما لجواز زيادة ما فيه من جنس الثمن عنه او مساواته له وعلى هذا لو علم زيادة الثمن عن جنسه صح بيعه باحدهما خاصة والعرض بفتح العين وسكون الراء غير الدراهم والدنانير من الامتعة والعقار فالوصف بكونه غيرهما موضح اذ العرض لا يكون الا غيرهما قوله ثم يتصدق به معللا بان اربابه لا يتميزون يحمل على ذلك فلو تميزوا بان كانوا محصورين رده اليهم ولو كان بعضهم معلوما فلا بد من محاللته ولو بالصلح لان الصدقة بمال الغير مشروطة بالياس من معرفته وعلى هذا يجب التخلص من كل غريم يعلمه وذلك يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد فلو اخر حتى صار مجهولا اثم بالتاخير ولزمه ما ذكر من الحكم ولا يتعين بيعه قبل الصدقة كما يشعر به ظ العبارة بل يتخير بين الصدقة بعينه وثمنه وانما ذكر البيع لينبه على تعيين الطريق الى بيعه سواء اراد الصدقة ام لا ومصرفه مصرف الصدقات الواجبة وقيل المندوبة وان كانوا عيالة لا نفسه وان كان بالوصف مع احتماله ولو ظهر بعد الصدقة بعض المستحقين فلم يرض بالصدقة ضمن حصته مع احتمال العدم ولو دلت القرائن على اعراض مالكه عنه جاز للصائغ تملكه كغيره من الاموال المعرض عنها والاصل في ذلك رواية علي بن ميمون الصائغ عن الصادق ويلحق به ارباب باقي الحرف كالحداد والخياط والطحان والخباز

الفصل الثامن في بيع الثمار

قوله النخل لا خلاف في المنع من بيع الثمرة قبل ظهورها عاما واحدا من غير ضميمة والمشهور المنع مع الضميمة ايضا حيث لا يكون الضميمة هي المقصودة بالبيع لانه غرر واما بيعها اكثر من عام فالمشهور عدم جوازه ايضا بل ادعى عليه ابن ادريس الاجماع للغرر والنهي عنه ولرواية ابي بصير عن ابي عبد الله ع قال سئل عن النخل والثمر يبتاعهما الرجل عاما واحدا قبل ان يثمر قال لا حتى يثمر وتامن ثمرها من الافة فاذا اثمرت فابتعها اربعة اعوام ان شئت مع ذلك العام او اكثر من ذلك او اقل و مفهوم الشرط يدل على المنع من بيعها قبل ظهور الثمرة وهو حجة عند المحققين وقريب منها رواية ابي الربيع الشامي عنه لكن في الرواية الاولى ضعف والثانية من الحسن واشار المص بقوله المروي الجواز الى صحيحة يعقوب بن شعيب قال سئلت ابا عبد الله ع عن شراء النخل فقال كان ابي يكره شراء النخل قبل ان يطلع ثمره ولكن السنتين والثلث كان يقول ان لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الاخرى وسئلته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل ان تطلع فيشتري سنتين او ثلث سنين او اربعا فقال لا باس انما يكره شراء سنة واحدة قبل ان يطلع مخافة الافة حتى يستبين وعمل بمضمون هذه الرواية الصدوق ره ويظهر من المص الميل اليه وهو قوي ان لم يثبت الاجماع على خلافه لصحة روايته وترجيحها على ما يخالفها من الروايات مع امكان حمل روايات المنع على الكراهة جمعا والمراد بظهور الثمرة خروجها الى الوجود وان كانت في طلعها وفي حديث سماعة قال سئلته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل ان يخرج طلعها فقال لا الا ان يشتري معها غيرها رطبة او بقلا وان لم يخرج الثمرة كان راس مال المشتري في الرطبة تنبيه على ان المراد بالظهور ما يشمل خروجه في الطلع ويدل على جواز بيعها عاما مع الضميمة الا انه مقطوع وحال سماعة مشهور والمراد بالعام هنا ثمرة العام وان وجدت في شهر واحد او اقل قوله ولا يجوز آه من الضميمة بيعها مع الاصل والحق العلامة بذلك بيعها على مالك الاصل وبيع الاصل مع استثناء الثمرة وفي الاخير نظر اذ ليس هنا بيع ولا نقل للثمرة بوجه ودليل الاول غير واضح والتبعية للاصل انما تجري لو بيعا معا ونبه بقوله ما يجوز بيعه على اشتراط كون الضميمة مما يمكن افراده بالبيع بان يكون منتفعا جامعا لشرائط المبيع واعلم ان في عبارة المص تسامحا فانه جعل متعلق المنع بيعها عاما واستثنى منه الثلثة التي منها بيعها عامين فصاعدا وحينئذ فكان الاولى تركه قوله عاما ليكون المنع عاما في غير الثلثة ومثله قوله ولو بيعت عاما من دون الشروط الثلثة واللازم ترك لفظة عاما هنا ايضا قوله ولو بيعت آه القول بالمنع للاكثر وبه روايات معارضة بما هو اصح منها وطريق الجمع حملها على الكراهة وهو القول الثاني والقول بمراعاة السلامة للسلار ره وفي كلامه والاوسط اوسط قوله ولو بيعت آه سواء بدا صلاحها او شرط القطع او ضم اليها شيئا ام لا وهذا في الحقيقة راجع الى الضميمة كامر وللتنبيه على افراده نكتة قوله وبدو آه بدو صلاح ثمر النخل المجوز لبيعها على القول بالمنع من بيعها قبله على الوجه السابق احد الامرين المذكورين عملا بما دلت عليه الروايات فان كثيرا منها دل على الاول وفي رواية ابي بصير السابقة ما يدل على الثاني واقتصر جماعة من الاصحاب على العلامة الاولى لعدم دليلها وقيل بالثاني خاصة وربما نزل كلام المص على الجمع بين العلامتين على القولين لا على الجمع بينهما والاولى اعتبار العلامة الاولى خاصة لما ذكرناه و

والمرجع الان من العامة على القول بها الى الحمرة ونقل في كره عن بعض العلماء انه حده بطلوع الثريا محتجا عليه برواية عن النبي ص ولم يثبت النقل قوله واد ادركه اما الاولى فموضع وفاق ولان بيع ما لم يبد لك جائز مع الضميمة كامر وما ادرك ضميمة لما لم يدرك واما الثانية فالاقوى انها كالاولى لتحقق الضميمة المسوغة للبيع ويؤيده رواية اسماعيل بن الفضل عن الصادق ووجه المنع ان لكل بستان حكم نفسه لتعدده ورواية عمار عنه ع الدالة على اعتبار ادراك كل من الانواع المتفرقة وهو قول الشيخ وضعف مستنده واضح وهذا كله على القول بالمنع من بيع ما لم يبد صلاحه وعلى ما اخترناه فلا اشكال قوله وحده آه هو بالزيادة المتقدمة قول الشيخ في النهاية وجماعة انه حده مع انعقاد الحب تناثر الورد وقوله شرط انه التلون فيما يتلون وصفاء اللون وان يتموه فيه الماء الحلو فيما يبيض والحلاوة وطيب الاكل في مثل التفاح والنضج في مثل البطيخ وفيما لا يتلون ولا يتغير طعمه بل هو كل صغير او كبير كالقثا والخيار هو عظم بعضه وهذا البحث فائدة عند من يمنع البيع قبل بدو الصلاح وعلى ما اختاره المص تفسيره يتجدد وقت الظهور المجوز للبيع عند تأخر بدو الصلاح المجوز عنه لما اذ ليس بينهما واسطة وانما يتفسير على القولين المتقدمين وعلى تقدير اعتباره فاختاره المص اجود ومستند القولين اخبار لا تبلغ حد الصحة قوله وهل يجوز آه الخلاف هنا والمختار ملمح في النخل ويظهر من فتوى المص في الموضعين الميل الى الجواز لانه جعله في الاول اجود ولم يذكر على خلافه وفي الثاني جعل الاولى المنع وقد تقدم ما يدل عليه قوله وكذا آه يمكن كون المشبه به الحكم بالاولوية المنع فيكون ميلا الى الجواز لكن لم يذكره فيما سبق ويمكن ان يريد ثبوت اصل الخلاف فيه من غير تعرض للفتوى والاولى اولى وكيف كان فالاجود المنع وموضعه ما لو كانت الضميمة غير مقصودة بالبيع بحيث تكون تابعة او هما مقصودان اما لو كانت الضميمة مقصودة والثمرة تابعة صح كامر قوله ويجوز آه مقتضى شرائط الانعقاد كون جميع اللقطات موجودة حال البيع والاقوى الاكتفا بوجود الاولى ويكون الباقية بمنزلة المنضم فلو باع الثانية خاصة او ما بعدها مما لم يوجد لم يصح للجهالة ويرجع في تعيين اللقطة وما يصلح للقطع الى العرف وكذا القول في الخرطة والجزة قوله كالرطبة آه وانما يجوز بيعه اذا ظهر وبدو لانه المقصود بالبيع فلو لم تكن موجودة كان المبيع مجهولا قوله والتوت هو بالتائين المثناتين من فوق قال في الصحاح ولا يقول التوث بالثاء المثلثة والمراد بالخرط المختلف الورق وترك الاغصان تقول اخرطت الورق اخرطه وهو ان تقبض على اعلاه ثم تمر يدك على اسفله وفي المثل دونه خرط القتاد وهو شجر له شوك كالابر يسير خرطه لذلك قوله ولو باع آه اما قبله فيدخل وان كان وردا خلافا للشيخ قوله ويجب آه ويرجع في ذلك الى المتعارف في تلك الشجرة من اخذ ثمرها بسرا او رطبا او تمرا او عنبا او زبيبا او دبسا او غير ذلك ولو اضطرب العرف فالاغلب ومع التساوي يجب التعيين فان اطلق احتمل البطلان والتنزيل على اقل المراتب لانه المتيقن وعلى اعلاها صيانة لمال البايع وليس هذا الابقاء كالاجل حتى يتطرق اليه احتمال الفساد للجهل بقدره بل هو حكم شرعي مترتب على عقد البيع وثبوته من مقتضيات المعاوضة فيرجع في تقديره الى العرف حيث لا مقدر له شرعا وكذا القول لو استثنى البايع الثمرة حيث يدخل ويجوز لكل منهما التردد الى ملكه وسقيه ما لم يتضرر الاخر فيمنع الا ان يتقابل الضرران فيرجح مصلحة المشتري لانه حجر على البايع حيث قدم على البيع المقتضي لوجوب الابقاء والسقي قوله ويجوز آه ذكر النخلات بعد الشجرات من باب عطف الاخص على الاعم ولقد كان ذكر الشجرات مغنيا عنها وكذا يجوز استثناء جزء معين من الشجرة كنخلة معينة منها وجواز استثناء [illegible] كله موضع وفاق الا الارطال المعلومة فقد منع ابو الصلاح للجهل بقدر المبيع حيث لا يعرف قدره جملة والاصحاب على خلافه قوله ولو آه هذا في الحصة المشاعة والارطال دون النخلات لامتياز المبيع عنها وطريق توزيع البعض على الحصة المشاعة ظاهر واما في الارطال المعلومة فيتعين الجملة بالخرص والتخمين فاذا قيل ذهب ثلث الثمرة او نصفها سقط من الثنيا بتلك النسبة قوله وكذا لو اتلفه آه اي يكون اتلافه فسخا للبيع كما لو تلف بافة نظرا الى صحة التلف ان الواضح منه كون من مال البايع بمعنى انفساخ العقد به والاقوى تخيير المشتري بين الفسخ والزام البايع بالمثل اما الفسخ فلان المبيع مضمون على البايع قبل القبض واما الزامه بالعوض فلانه اتلف ماله لان المبيع قد انتقل الى المشتري وان كان مضمونا على البايع كما لو اتلفه الاجنبي تمسكا باصالة بقاء العقد واقتصارا بالانفساخ على موضع الوفاق وهذا اذا لم يكن للبايع خيار والا كان اتلافه فيه فسخا فان كل ما يستلزم الاجازة من المشتري يكون فسخا من البايع قوله ولو كان بعد القبض وهو التخلية آه نبه بالاشبه على خلاف بعض الاصحاب حيث ذهب الى ان الثمرة على الشجرة مضمونة على البايع وان اقبضها بالتخلية نظرا الى ان بيعها بعد بدو الصلاح بغير كيل ولا وزن على خلاف الاصل لان شانها بعد النقل والاعتبار بالوزن او الكيل بالقوة القريبة من الفعل وانما اجيز بيعها كذلك للضرورة فيراعى فيها السلامة وفي تعلق الاشبه متعلق بقوله لم يرجع ويحتمل كونه تنبيها على ما اختاره من كيفية القبض وهو التخلية فقد تقدم فيها خلاف ويختار المص انه التخلية مطلقا والقول الاخر انه الكيل او الوزن فيما يكال او يوزن وهذه الثمرة بعد بدو صلاحها قد صارت صالحة للاعتبار بهما كما قلناه والخلاف في هذه المسئلة بخصوصها غير موجود في عبارات المتاخرين ولا في كتب الخلاف فلذلك اشكل المراد منه وانما يكون التلف بعد التخلية من المشتري اذا لم يكن الخيار مختصا به والا من البايع قوله ولو اتلفه آه اتلاف المشتري في يد البايع اعم من كونه باذن البايع وعدمه فان كان باذنه فهو قبض يترتب عليه احكام القبض مط وان كان بغير اذنه كما هو الظاهر فهو قبض من حيث انتقال الضمان الى المشتري وان تخلف عنه باقي الاحكام والغرض هنا هو انتقال الضمان وانما شبه الاتلاف بالقبض ولم يجعله قبضا لان الاتلاف قد يكون بمباشرة المتلف فيكون قبضا حقيقة وقد يكون بالتسبيب فيكون في حكم القبض خاصة قوله وكذا لو اشترى آه اي يكون العتق قبضا ويقع صحيحا لان الملك حاصل قبله والعتق بمنزلة الاتلاف قوله ولا يجوز آه المزابنة المفاعلة من الزبن وهو الدفع ومنه الزبانية لانهم يدفعون الناس الى النار سمي بذلك لانها مبنية على التخمين والغبن فيها يكثر وكل منهما يريد دفعه عن نفسه الى الاخر فيتدافعان وتحريمها في الجملة اجماعي منصوص عن النبي ص والائمة ع وانما الخلاف في معناها واصح القولين الثاني وهي انها بيع ثمر النخل الموجود بتمر ولو من غيرها لصحيحة عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله ع قال نهى رسول الله ص عن بيع المحاقلة والمزابنة قلت وما هو قال ان يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة [illegible] مع ذلك بانهما ربويان فيظهر احتمال الزيادة

الكل واحد والمساواة المحققة نادرة وعلى تقدير اتفاقها فشرط الصحة العلم بالتساوي وفيه منع كون الثمرة على الشجرة ربوية وان كانت من جنسه لانها ليست بمكيلة ولا موزونة وانما شاع جزافا قوله وهل يجوز ذلك آه ماورد من تعريف المزابنة في الاخبار وكلمات الفقهاء ما ذكرها هنا وغيره يقتضي اختصاص الحكم بالنخل ويبقى غيره على اصل الجواز وتعليل التمسك بالربا يعرف انه غير تام لان الثمرة على الشجر ليست ربوية ثم يمكن تعليله بالعلة المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر وهي نقصانها عند الجفاف فانها قائمة وقد تقدم ترجيح التعدية فيثبت الحكم هنا وهو الاقوى ويمكن استفادة التعليل بالربا بها ايضا بانه جعل علة المنع النقصان عند الجفاف فيؤدي الى زيادة الثمن على المثمن المؤدي الى الربا اذ لا يضر الاختلاف في غير الربوي ويؤيده كونه من جنس الربوي فان لم يكن الان عند الا انه يبقى في اختصاص الحكم بالمكيل والموزون حين دخل في تعريف الربوي منع الان يريد به ما يعم القوة والفعل ومعه ينتقض من وجه اخر قوله وكذا لا يجوز آه المحاقلة مفاعلة من الحقل وهي الساحة التي تزرع سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقل واطلق اسم الحقل على الزرع مجازا من اطلاق اسم المحل على الحال او المجاورة على المجاورة فكانه باع حقلا بحقل وتحريمها في الجملة اجماعي منصوص وقد تقدم ما يدل عليه في صحيحة عبد الرحمن وان القول الثاني اقوى وقد اختلف عبارات النصوص والفقهاء في اسم المبيع فيها فبعضهم عبر عنه بالزرع ومنه الرواية السابقة ومنهم من عبر عنه بالسنبل كعبارة المص ويظهر من كلامهم الاتفاق على ان المراد به السنبل وان عبروا بالاعم قال في كره لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا باس لانه حشيش وهو غير مطعوم ولا مكيل سواء تساويا جنسا او اختلفا ولا يشترط التقابض في الحال ثم السنبل لا يختص بالحنطة بل يعم الشعير والدخن والارز وغيرها ومقتضى التعريف دخولها في المحاقلة وفي كره ان اكثر تفاسير المحاقلة انها بيع الحنطة في السنبل بحنطة اما منها او من غيرها فيختص بالحنطة ويدخل فيها الشعير ان جعلناه من جنس الحنطة او عللنا المنع بالربا والا فلا قال وفي بعض الفاظ علمائنا هي بيع الزرع بالحب من جنسه فيكون كله محاقلة انتهى وفي صحيحة عبد الرحمن السابقة ما يرشد الى الاول ويبقى الكلام في الحاق الباقي بالحنطة كما مر فان عللنا بالربا كما يظهر من المص وجماعة لحق والا فلا قوله يجوز بيع العرايا آه العرايا جمع عرية والعرية ما ذكره المص متفقا عليه وسنفولا من اهل اللغة لان اهل اللغة يرجع اليهم في مثل ذلك ولمسيس الحاجة اليها كالتي في الدار والعرية مستثناة من المزابنة عند اهل العلم اجمع خلا ابا حنيفة وقد صح عن النبي ص الاذن فيها وجملة ما يشترط في بيعها امور الاول الوحدة فلا يجوز في دار او بستان ازيد من واحدة فلو كان لمالك واحد اثنتان لم يجز بيع ثمرتهما ولا ثمرة لانتفاء العرية فيهما نعم لو تعدد البستان او الدار جاز تعددها من الواحد الثاني كون الثمرة من غيرها لئلا يتحد الثمن والمثمن على اصح القولين الثالث كونه حالا الرابع عدم المفاضلة حين العقد واما كونه معلوم القدر مشاهدا او موصوفا فلا حرج فيه كغيرها والرخصة مقصورة على النخل فلا يتعدى الى غيرها من الشجر اقتصارا بالرخصة على موردها وقد اشار المص الى الاول بقوله ولا يجوز بيع ما زاد على الواحدة والى الثاني بقوله والاظهر والى الثالث بقوله ولا يشترط آه وفي قوله ولا يجب ان يماثل آه اشارة الى الرابع وقول المص يكون في دار الانسان او بستانه يشمل مالك ذلك ومستاجره ومشتري الثمرة والمستعير على الاقوى نصدق الاضافة في ذلك كله ولاشتراك الجميع في العلة وهي مشقة دخول الغير عليهم قوله وهل يجوز بيعها بخرصها آه وجه الجواز اطلاق الاذن في النصوص بيعها بخرصها تمرا وهو مناف لوضع النزاع ولوجود المقتضي وهو الرخصة والاقوى المنع لوجوب مغايرة الثمن للمثمن وهو المعروف في المذهب قوله ولا يشترط آه نبه بذلك على خلاف الشيخ حيث اشترط التقابض قبله تخلصا من الربا والاقوى العدم للاصل قوله ولا يجب آه اي لا يجب مطابقة ثمرتها بل المعتبر في الجواز بيعها بما يقتضيه ظن الخارص لها ثمرا بعد ده بمعنى انها تقدر رطبا او تمرا او نحوها لو سلم ثمرا اذا جف فيباع ثمرها بهذا المقدار ثمرا ثم لا يجب مطابقة هذا المقدار للثمر عند الجفاف فلو زادت عند الجفاف عما خرصها به او نقصت لم يكن ذلك قادحا في الصحة عملا باطلاق النص وقيل يعتبر المطابقة فلو اختلفا تبين بطلان البيع وهو ضعيف بل لا يجب جعل ثمرها تمرا ولا اعتباره بعد ذلك بوجه لاصالة عدم الاشتراط هذا هو المشهور من معنى عدم وجوب المماثلة بين ثمرتها وثمنها وفي كره ان المعتبر المماثلة بين ما عليها رطبا وبين الثمن ثمرا فيكون بيع رطب بتمر متساويا وجعل هذا مستثنى من بيع الرطب بالتمر متساويا ولم نجد هذا التفسير للمص في غير الكتاب ولا للغير صريحا وان كان اكثر عبارات العلامة لا تنافيه والمختار الاول قوله ولا عرية آه هذا موضع وفاق وانما تظهر الفائدة لو منعنا من بيع ثمر باقي الشجر بجنسها كما هو المختار واما على ما ذهب اليه المص من الجواز فمعنى نفي العرية انه لا خصوصية لها حينئذ بقيودها بل يجوز بيع ثمرة احد الشجر من نخل في دار وغيرها بجنس ثمرها متماثلا قوله لو قال آه ما اختاره المص هو الاقوى ولا خصوصية في هذه المسئلة بهذا الباب وانما محلها شرائط المبيع في اول الكتاب والمخالف في ذلك الشيخ وابن الجنيد الا ان الشيخ شرط في الصحة التطابق عند الاعتبار مع تساوي الجنس وعدم المانع مع احتمال اقرار بان ميل لصاحبه الزيادة او يقبل صاحب النقيصة قوله يجوز آه اذا شرط قطعه قبيلا وعين للقطع مدة تعين قطعه فيها وان اطلق تفرع في اول اوقات قطعه عادة فان اشتراه قبل اوان قطعه وجب الصبر اليه مجانا كما لو باع الثمرة وانما يجوز للبائع قطعه باذن المشتري ان امكن والا رفع امره الى الحاكم فان تعذر جاز له مباشرة القطع دفعا للضرر المنفي وله المطالبة باجرة الارض عن الزمان الذي تاخر فيه القطع عن وقته سواء طالب بالقطع ام لا وسواء رضي بعنائه ام لا وكذا ارش الارض ان نقصت بسببه اذا كان التاخير بغير رضاه قوله وكذا آه ولا فرق في ذلك بين ان يكون للمقطوع قيمة كالحصرم واللوز اولا كالجوز والكمثرى في بعض انواع النخل قوله يجوز آه هذه المسئلة محل وفاق وهي منصوصة في صحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم عن الص وفيه تنبيه على ان الثمرة ليست مكيلة ولا موزونة فلا يحرم بيعها قبل القبض لو قلنا بتحريمه قبله فيما يعتبر باحدهما قوله اذا كان آه هذه القبالة معاوضة مخصوصة مستثناة من المزابنة والمحاقلة معا والاصل فيها ما رواه يعقوب بن شعيب عن الص قال سئلته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه اختر اما ان تاخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلا مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل زاد او نقص واما ان اخذه انا بذلك وارد عليك قال لا باس بذلك وعنه ص ان النبي ص قبل اهل خيبر نخلهم وخرصهم كان وظاهر الاصحاب ان الصيغة

تكون بلفظ القبالة وان لها حكما خاصا زائدا على البيع والصلح لكون الثمن والمثمن واحدا وعدم ثبوت الربا لو زاد او نقص وقوعها بلفظ التقبيل وهو خارج عن صيغتي العقدين وفي س انه نوع من الصلح ولا دليل عليه كما لا دليل على ايقاعه بلفظ التقبيل او اختصاصه به وانما المعلوم من الرواية انه معاملة على الثمرة وانه لازم بحيث المتقبل يملك الزائد ويلزمه ان نقص ويلزم ذلك ان يكون مضمونا في يده ولعموم على اليد ما اخذت ولانه لم يدفعه مجانا بل بعوض ولو قلنا بان المقبوض بالسوم مضمون فهنا اولى وفي س ان قراره مشروط بالسلامة حتى لو هلكت الثمرة باجمعها فلا شيء على المتقبل ودليله غير واضح وربما وجه بان العوض اذا كان من العوض وقد رضي به المتقبل فقد رضي بكون حقه في العين لا في الذمة فاذا تلف بغير تفريط احتاج ثبوت بدله في الذمة الى دليل وفيه نظر نعم لو كان المنقص بغير آفة بل لنقصان الخرص فلا نقصان كما انه مع الزيادة يملك الزائد ولو كان العوض غير مشروط منها ويتردد في كره في سقوط شيء من المال لو تلفت الثمرة بآفة سماوية وكذا تردد في لزوم العقد وفي لزوم الناقص له على تقديره وفي جواز العقد بلفظ البيع ومرجع هذا الاشتباه ان النصوص الدالة على اصل المعاملة لا تعرض لها لهذه الاحكام وانما مدلولها اصل الجواز واثبات هذه الاحكام بمجرد الاحتمال لا يخرج من مجازفة وقد ورد ابن ادريس على اصل الحكم بان هذا التقبيل ان كان بيعا لم يصح لكونه مزابنة وان كان صلحا لم يصح كون العوض مشروطا من نفس الثمرة للتغرير وان كان في الذمة فهو لازم سواء بقيت الثمرة ام تلفت واجيب بالتزام كونه صلحا والغرر يحتمل للنص وح فاذا اتلف منه شيء يلزم تلف بعض العوض المشروط فاذا لم يتحقق تماما لم يجب العوض واجيب ايضا بالتزام انه ليس بصلح ولا بيع بل هو معاملة خاصة ورد بها النص فلا يسمع ما يرد على طريق الاحتمال لطرحه جماعة منهما والمص اقتصر في هذا الكتاب على اصل الجواز وفي النافع على الصحة نظرا الى ان النص لا يستفاد منه ازيد من ذلك وهذا هو الاولى قوله اذا مر آه الاصل في هذه المسئلة ما رواه ابن ابي عمير في الصحيح عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله ع قال سئلته عن الرجل يمر بالنخل والسنبل والثمرة افيجوز له ان ياكل منها من غير اذن صاحبها من ضرورة او غير ضرورة قال لا باس وروى محمد بن مروان قال قلت لابي عبد الله ع امر بالثمرة فآكل منها قال كل ولا تحمل قلت جعلت فداك ان التجار قد اشتروها ونقدوا اموالهم قال اشتروا ما ليس لهم وبذلك عمل اكثر الاصحاب ونقل في الخلاف فيه الاجماع ولكن قد ورد ما يخالف ذلك وهو صحيحة الحسن بن يقطين قال سئلت ابا الحسن ع عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر ايحل له ان يتناول منه شيئا وياكل بغير اذن صاحبه وكيف حاله ان نهاه صاحب الثمرة او امره القيم وكم الحد الذي يسعه ان يتناول منه قال لا يحل له ان ياخذ شيئا وبه اخذ جماعة من المتاخرين والمرتضى في المسائل الصيداوية لاعتضادها بالقرآن الكريم المتضمن للنهي عن اكل المال بغير تراض ولقبح التصرف في مال الغير وباشتمالها على الحظر وهو مقدم على ما تضمن الاباحة عند التعارض لان دفع الضرر اولى من جلب النفع وحمل العلامة الاخبار السابقة وما شاكلها على ما اذا علم بشاهد الحال الاباحة وهو بعيد والشيخ حمل خبر النهي على الكراهة او على النهي عن الحمل جمعا بين الاخبار وهو جمع حسن والمص قطع بالجواز من غير نقل خلاف لندور المخالف قبل زمانه حتى ان ابن ادريس مع اطراحه لاخبار الاحاد سلم بالاباحة اما استنادا الى الاجماع او الى تواتر الاخبار نظرا الى طريقته في الاستدلال وقد شرط المجوز ثلاثة شروط احدها كون المرور اتفاقا فلو قصدها ابتداء لم يصح اقتصارا في الرخصة المخالفة للاصل على موضع اليقين ودلالة ظواهر النصوص على ذلك والمراد بالمرور بها ان يكون الطريق قريبة منها بحيث لا يستلزم قصدها البعد الخارج عن الاعتياد بحيث يصدق عرفا انه قصدها الا ان يكون طريقه على نفس الشجرة ومثلها صفة حائط البستان وثانيها ان لا يفسد والمراد ان ياكل منها شيئا كثيرا بحيث يؤثر فيها اثرا بينا ويصدق معه الافساد عرفا ويختلف ذلك بحسب كثرة الثمرة وقلتها وكثرة المارة وقلتهم او يهدم حائطا او يكسر غصنا يتوقف الاكل عليه لا ان وقع ذلك خطأ فانه لا يحرم الاكل وان ضمنه مع احتماله ومستند هذا الشرط رواية عبد الله بن سنان عن الص لا باس ان يمر على الثمرة وياكل منها ولا يفسد وثالثها ان لا يحمل معه شيئا بل ياكل في موضعه وقد دل على هذا الشرط خبر محمد بن مروان السابق صريحا وصحيحة ابن يقطين حملا وزاد بعضهم رابعا وهو عدم علم الكراهة وخامسا وهو عدم ظنها وهو حسن وان كانت الاخبار مطلقة بل فيها ما يشعر بعدم اعتبارهما وسادسا وهو كون الثمرة على الشجرة فلو كانت محرزة ولو في الحرز حرم

الفصل التاسع في بيع الحيوان

قوله ويجوز آه المراد بالحربي الكافر الاصلي من غير فرق المسلمين الذي لم يلتزم بشرائط الذمة واطلق عليه وصف الحرب بسبب خروجه عن طاعة الله تعالى ورسوله وتشويشه الى الكفر وان لم يقع منه الحرب بمعنى القتال والى هذا المعنى اشار تعالى بقوله انما جزاء الذين يحاربون الله الاية قوله ويملك آه اذا لم يكن فيها مسلم يمكن انتسابه اليه ولو كان اسيرا والا حكم بحريته لاطلاق الحكم بحرية اللقيط في النصوص خرج منه ما علم انتفاؤه عن المسلم فيبقى الباقي قوله ولو بلغ آه اي لقيط حكم بحريته ظاهرا لكونه ملقوطا من دار الاسلام مطلقا او من دار الكفر اذا امكن انتسابه الى المسلم بعد بلوغه ففي قبول اقراره قولان احدهما العدم لسبق الحكم بحريته شرعا فلا يتعقبها الرق والاخر وهو الاقوى القبول لامكانه وقوله ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولا يخفى ان ذلك في غير معروف النسب الا لم يقبل قطعا وكذا القول في كل من اقر على نفسه بالرقية مع بلوغه وجهل نسبه سواء كان مسلما ام كافرا وسواء كان المقر له مسلما ام كافرا وان بيع عليه قهرا وهل يعتبر مع ذلك رشده يظهر من المص عدمه لعدم اشتراطه واختلف كلام غيره فمنهم من اشترطه ومنهم من لم يشترطه من غير تعرض لعدمه وفي كره في هذا الباب اشترطه وفي باب اللقطة اكتفى بالبلوغ والعقل ووجه اشتراطه واضح لان غير الرشيد لا يعتبر قوله في المال وهو بنفسه مال ووجه العدم ان اقراره بالرقية ليس اقرارا بنفس المال وان ترتب عليه كما يسمع اقراره بما يوجب القصاص وان امكن رجوعه الى المال بوجه ويشكل فيما لو كان بيده مال فان اقراره على نفسه بالرقية يقتضي كون المال للمقر له الان فيقال بثبوت شيئا الثبوت الرقية لا لانه اقرار بالمال والاولى اعتبار الرشد قوله ويصح آه اي ملكا مستقرا والافلا من استثناه صحيح ايضا فانه انه يعتق عليه بالشراء فلا يستقر ملكه عليه قوله وهل يملك آه اي ملكا مستقرا كما مر والقول بالعدم هو الاولى لصحيحة ابن سنان عن الص معللا فيها بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بقوله ص الرضاع لحمة كلحمة النسب قوله وفي الرضاع آه الخلاف هنا والفتوى كما سبق

قوله واذا آه هذا موضع دقائق ولمنافاة الملك العقد لان المالك ان كان هو الزوج حرم عليها وطء مملوكها وان كان الزوج استباحها بالملك ولان التفصيل يقطع الشركة وعلل مع ذلك بان بقائه يستلزم اجتماع علتين على معلول شخصي وهو ضعيف لان علل الشرع معرفات وبان اختلاف الاسباب يقتضي اختلاف المسببات ويندفع بجواز ذلك في اسباب الشرع وبعدم تمام سببها في جانب الزوجة وملك البعض كذلك الكل للمنافاة واستحالة تبعض البضع وقطع الشركة بالتفصيل قوله ولو اسلم آه لانتفاء السبيل للكافر على المسلم وفي حكم اسلام العبد اسلام احد ابويه صغيرا او احد اجداده على الاقوى لثبوت حكم الاسلام له فينتفي سبيل الكافر عليه قوله ولا يلتفت آه لاشتماله على تكذيب اقراره ودفع ما ثبت عليه حتى لو اقام بينة لم تسمع لانه باقراره اولا قد كذبها كذا اطلق في كره ويشكل ذلك فيما لو اظهر لانكاره تاويلا محتملا كان قال اني تولدت بعد اعتاق احد الابوين وما كنت اعلم بذلك حين اقررت فانه ينبغي القبول وسيأتي له نظائر واولى بالقبول ما لو اقر بالرقية لمعين فانكر المقر له وسيأتي مثله في الاقرار كما اذا اقر لاحد بمال فانكر المقر له فادعاه المقر حين انكاره و على هذا فينبغي سماع بينته بطريق اولى قوله وكذا لو اشترى آه اي اشترى عبدا ثابت العبودية بان وجده يباع في الاسواق فان ظاهر اليد والتصرف يقتضي الملك ...

بان العبد يملك وان كان محجورا عليه ثم حكم بان ماله اذا بيع لمولاه والحكم فيه اقوى اشكالا لان مقتضى الملك على هذا الوجه ملك الرقبة بطريق الحقيقة وان حجر عليه في الانتفاع به فلا يناسب ما نقله في س ولا تم الحكم بكون ماله للبائع او المشتري بمجرد بيعه اللهم الا ان يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم فيرد بانه دال على عدم ملك العبد لئلا يناقض الحكم المتفق عليه من عدم ملكيته ... الا برضاه والمناسب للقول بملكه لرقبة المال بان يتبع العبد اين كان ولا يكون للبائع ولا للمشتري والاولى تفريعها على القول بانه لا يملك انما له المنسوب اليه للبائع مط الا ان يشترطه للمشتري فيكون له بشرط علمهما بقدره او كونه تابعا وسلامته من الربا بان يكون الثمن مخالفا لجنسه الربوي او زائدا عليه مع قبض مقابل الربوي في المجلس قوله ولو آه ما اختاره المص هو الاقوى بناء على انه لا يملك وعلى القول بملكه فهو محجور عليه يتوقف صحته على اجازة المولى والقول المذكور للشيخ ره واستند فيه الى رواية ابن الفضل عن الص ومدلولها انه جعل ذلك لمولاه ليبيعه ولا دلالة فيها على ما ادعاه الشيخ للفرق بين الاجنبي والمولى فان حكم الاجنبي ما ذكرناه واما المولى فان قلنا العبد لا يملك فالمال لمولاه والا فحجره زائل برضا المولى فيمكن العمل بالرواية من دون القول ولا يلزم ما رده ابن ادريس من ان الرواية لا يجوز العمل بها وان الشيخ اوردها ايرادا لا اعتقادا قوله اذا ابتاعه وماله آه هذا اذا قلنا انه لا يملك او قلنا به بمعنى جواز تصرفه خاصة اما لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط ...

٢٠ ان النهي عن العبادة لا يقتضي الفساد ولو رجع الى وصف خارج عن ذات البيع كالبيع وقت النداء ام بالاطلاق التفاتا الى الاحاديث الدالة على الرد من غير اعتبار
بمضي السابعين ولان تحريم التفريق اخرجها عن صلاحية المعاوضة ولا اجودها الثاني وهل يختص نهي التفريق بالولد مع الام ام يعم غيرها من الارحام
المشاركة لها في الاستيناس والشفقة استقرب في كرة الاول وجعله ابن سناد الرد على الثاني وهو اجود وموضع الخلاف بعد سقي الام اللباء اما قبله فلا
يجوز قطعا لما فيه من التسبب الى اهلاك الولد فانه لا يعيش بدونه صرح به جماعة ولا يتعدى الحكم الى البهيمة اقتصارا بالمنع على موضع النص فيجوز التفريق بينهما
وبين ولدها بعد استغنائه عن اللبن وقبله ان كان مما يقع عليه الذكوة او كان لغرض موثر من عبره لا ابر قوله والاستغناء آه هذا الخلاف لم يقف له على
مستند بخصوصه ولا ادعاه مدع من الاصحاب وانما نقلوا الخلاف هنا مقتصرين عليه وذكر جماعة من المتاخرين انه مترتب على الخلاف في الحضانة الا
في باب النكاح وهو الظاهر وقد اختلف الروايات ثم في تقدير المدة ففي بعضها سبع مطلقا وفي بعضها مدة الرضاع ولكل منهما قائل وجمع جماعة بين
الروايات بحمل السبع على الانثى والحولين على الذكر لمناسبته حكمة في احتياج الانثى الى تربية الام زيادة على الذكر ولانه اولى من اطراح بعض بها اذا عمل ببعض
وهذا هو الاجود وحيث كان ذلك حكم الحرة فليكن في الامة كذلك لان حقها لا يزيد على الحرة ولان ذلك هو الحق المقرر للام في كون الولد معها في نظر الشارع
قوله من اولدها آه المراد انه اولدها جاهلا بكونها مستحقة كما نبه عليه قوله ثم ظهر انها مستحقة والقول بوجود العشر او نصفه هو الاقوى في المشهور ولو
كان عالما بالاستحقاق فالولد رق للمالك والواطي زان فيلزمه العقر ولا يرجع به ولا بغيره مما يغرمه قوله وهل آه الاقوى رجوعه بالجميع وقد تقدم
قوله ما يؤخذ آه التردد بين القسمين للتنبيه على الفرق بين الماخوذ فانه ان كان سرقة وغيلة وبحربيا مما لا قتال فيه فهو لاخذه وعليه الخمس وان
كان بقتال فهو باجمعه للامام لرواية البرنطي وعلى التقدير بن يباح تملكه حال الغيبة ولا يجب اخراج حصة الموجدين من الهاشميين منه لاباحة الائمة
ذلك لشيعتهم لتطيب مواليدهم وكذا يجوز شراؤه من الثاني والاخذ وان كان مخالفا ويمكن ان يكون التردد بسبب الخلاف في ان المسوم بغير اذن
الامام هل هو له كما هو المشهور ووردت به الرواية ام لاخذه وعليه الخمس نظرا الى كون الرواية مقطوعة كما ذكره المص في النافع متوقفا في الحكم بسبب ذلك
الا ان المرتبة من المذهب هو العمل بمضمونها لا نعلم فيه مخالفا صريحا فلا يضر القطع فيكون التفسير الاول اولى وبه صرح في س وتبعه عليه جماعة
من المتاخرين قوله اذا آه هذه المسئلة يعني ما حكاه المص اولا رواها علي بن اشيم عن الباقر عليه السلام وفيها ان الحجة مضت بماضيها وعمل بمضمونها الشيخ
وردها المتاخرون بضعف ابن اشيم فانه غال ولمخالفتها لاصول المذهب من حيث الحكم برد العبد الى مواليه مع اعترافهم ببيعه ودعواه فساد
البيع ومدعي الصحة وهو الآخران مقدم وبحكمه بمضي الحجة مع ان ظاهر الامر حجه بنفسه وقد استنابه فيها ومجامعة صحة الحج لعوده رقا وكونه قد حج بنفسه دون
سبيله واعتذر العلامة للاول بحملها على انكار مولى الاب البيع لا فساده ويرده منافاته لمنطوقها الدال على كونه اشترى بماله فلا يسمع ونزلها في مخ على
ان الماذون بيده مال لمولى الاب وغيره ويتصادم الدعاوي المتكافئة يرجع الى اصالة بقاء الملك على مالكه ولا يعارضه فوتهم بتقديم دعوى الصحة
على الفساد لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين فتساقطا قال وهذا واضح لا غبار عليه وفيه نظر واضح بل الغبار عليه لائح لمنع
تكافؤ الدعاوي اولا على تقدير تسليم ان يكون بيده مال الجميع لانه من عند مولاه خارج والداخل مقدم فسقط مولى الاب وورثة الآمر فلم يتم الرجوع
الى بقاء الملك على مالكه وبذلك يظهر فساد دعوى كون دعوى الصحة مشتركة بين متقابلين متكافئين فان الخارجة لا تكافئ الداخلة فاذا ادرت
ان ينزل رد الدعوى المشتملة على فساد البيع مانع اذ لم يقدح توجهها الا بسبب تساقط تينك الدعويين ولم يتم ثم لو سلم انه يكون بيد الماذون اموال
لغير مولاه فان اقراره بها لغيره غير مقبول مع تكذيب المولى وان كان ماذونا لان الماذون انما يقبل اقراره بما يتعلق بالتجارة لا مطلقا كما سيأتي فلا بد
من اطراح الرواية بهذه المنافيات لثبوتها والرجوع الى اصل المذهب الذي هو مناسب اطراح دعوى مولى الاب لاشتمالها على الفساد ويبقى المعارضة بين
مولى العبد وورثة الآمر لاشتراكهما في دعوى الصحة فيقدم قول المولى لانه ذو اليد وقال المص في النافع الذي يناسب الاصل امضاء ما فعله الماذون
وفيه ما مر الا ان يقال ان العبد الماذون يصير كالوكيل يقبل اقراره على ما في يده ويمضي تصرفه كالوكيل وليس ببعيد مع تناول الاذن لذلك كما هو
المفروض ومختار المص هنا اقوى هذا كله مع عدم البينة ومعها ان كانت لواحد حكم بها وان كانت لاثنين او للجميع فان قدمنا بينة الداخل عند
التعارض فكالاول وان قدمنا الخارج او لم يكن للداخل بينة في تقديم بينة ورثة الآمر نظرا الى الصحة او بينة مولى الاب لانه خارج بالاضافة
الى ورثة الآمر لادعائه ما ينافي الاصل وجهان اجودهما الاول لانهما خارجان بالنسبة الى مولى الماذون ومدعيان ويبقى مع ورثة الآمر مرجح
الصحة قوله اذا آه هذا الحكم ذكره الشيخ وتبعه عليه بعض الاصحاب ومستنده رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وفي طريقها ضعف يمنع من العمل
بها مع ما فيها من مخالفة الاصول الشرعية من انحصار الحق الكلي قبل تعيينه في فرد بعينه وثبوت المبيع في نصف الموجود المقتضي للشركة مع عدم الموجب
لها ثم الرجوع الى التخيير لو وجد الآبق ونزلها الاصحاب على تساويهما في القيمة ومطابقتهما للمبيع الكلي وصفا وانحصار الحق فيهما حيث دفعهما اليه وعينهما
للتخيير كما لو حصر الحق في واحد وعدم ضمان الآبق اما بناء على عدم ضمان المقبوض بالسوم او تنزيل هذا التخيير منزلة الخيار الذي لا يضمن التالف
في وقته ويشكل الحكم بانحصار الحق فيهما على هذه التقادير ايضا لان المبيع امر كلي لا يتشخص الا بتشخيص البائع ودفع الاثنين ليتخير احدهما ليس تشخيصا
وان حصر الامر فيهما لاصالة بقاء الحق في الذمة الى ان يثبت المزيل ولم يثبت شرعا كون ذلك كافيا كما لو حصره في عشرة فصاعدا ونزلها في لف على
تساوي العبدين من كل وجه لحق بمتساوي الاجزاء حتى استوجه جواز بيع عبد منهما كما يجوز بيع قفيز من الصبرة وينزل على
الاشاعة فيكون التالف منهما والباقي لهما ويشكل بمنع تساوي العبدين على وجه يلحقان بالمثلي ومنع تنزيل بيع القفيز من الصبرة على الاشاعة
وقد تقدم ومع ذلك فاللازم عدم ارتجاع نصف الثمن والاولى الاعراض عن الرواية لما ذكر والرجوع الى اصل المذهب فيطرح في التالف ان كانا

ونقل ابن ادريس ... عن الرضاع ... الاول ... السادسة ... انها مستحقة ... الواطي ... ونصفا ... فيرجع به ... مدعي ... بعم ... بما اغترم ... لان البائع ... العصول ... الساكنة ... ما يحوز ... حال الغيبة ... ليشيعهم ... المسلم وغيره ... حق الامام ... الثامنة ... الاشتري ... يعم ... ودفع ... اختلف ... وصل الاب ... بماله ... ان حكم ... رواية ابن اشيم ... وقيل ... لم يكن ... التاسعة اذا ابتع عبدين وقال احد ... ودفع البائع عبدين ... احدهما فابق واحد ... نصف الثمن فان وجده ... والآخر ... على انه ... الثالث ... المطالبة بالعبد ... الذمة كان

٢١ بوصف المبيع ويتخير الآبق رد الباقي ولا شيء له وان اختار الباقي بني ضمان الآبق على ان المقبوض بالسوم هل هو مضمون ام لا فان قلنا به كما هو المشهور
ضمنه والا فلا واما بناؤه على التالف في زمن الخيار فليس بشيء اذ لا خيار هنا وان كان لاحدهما بالوصف خاصة فله الخيار وحكم الآبق ما مر وان لم
يكونا بالوصف طالب بحقه ورد الباقي وفي زمان الذاهب ما مر وعلى هذا لا فرق بين العبدين والعبيد وغيرهما من الامتعة وغيرها وعلى الرواية لا يتعدى
الى غير العبيد اقتصارا فيما خالف الاصل على المنصوص لبطلان القياس وبه قطع الشيخ ولو تعددت العبيد ففي انسحاب الحكم وجهان من صدق العبد
في الجملة والخروج عن نفس النصوص فان قلنا به وكانوا ثلثة فابق واحد فات ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن مع احتمال بقاء الشيء لبقاء محله وعدم فوات شيء
ولو كانا امتين او عبدا وامة ففيه الوجهان وقطع في س بانسحاب الحكم هنا ولو هلك احد العبدين ففي انسحاب الحكم الوجهان والاولى العدم في ذلك
كله لو قلنا به لما ذكرناه قوله اما لو اشترى آه اشار بالقول الى ما ذكره الشيخ في يه وابن البراج من العمل بظاهر الرواية السابقة ورد العلامة على ذلك ترتيب
لما عرفته فلذلك نسبه المص الى الوهم وحمله العلامة في لف على تساوي العبدين من كل وجه ونفي استبعاد بيع احدهما لا بعينه كما لو باعه من متساوي
الاجزاء بعضه ويشكل بما مر والاقوى المنع مط قوله اذا وطي آه ظاهر التصوير والفتوى ان الواجب هنا من الحد اجل خاصة وان كان مما لانه الحد الذي يقبل التبعيض
وكان الوجه فيه انه ليس زانيا محضا بسبب ملكه لبعضها ومن هنا توجه الحكم ابقية بلحوق الولد به وان كان عالما بالتحريم مع ان الزاني لا يلحق به الولد
ولا يخفى انه يستثنى من الحد بسبب نصيبه الشريك ما لو كان ولد الواطي فانه لا حد على الاب بسبب نصيبه كما لا حد عليه لو كانت بجميعها للولد كما سيأتي
قوله ولا تقوم عليه آه اوجب الشيخ تقويمها بنفس الوطي استنادا الى ظاهر رواية عبد الله بن سنان والاقوى ما اختاره المص لان الاحبال يصيرها ام ولد فتقوم
عليه معه لابد منه قوله ولو حملت آه اذا حملت الامة المذكورة تعلق بها حكم امهات الاولاد فتقوم عليه لان الاستيلاد بمنزلة الاتلاف لتحريم بيعها
وانعتاقها بموت سيدها فكان عليه غرامة الحصص وهل المعتبر قيمتها عند الوطي او التقويم او الاكثر الا انسب الاخير ولا يدخل في ملكه بمجرد الحمل
بل بالتقويم ودفع القيمة او الضمان مع رضاء الشريك فكسبها قبل ذلك للجميع وكذا حق الاستخدام ولو سقط الولد قبل التقويم استقرت الشركة
وانما يلزم اباه قيمة حصصهم ثم ولداه الذي لم يكن قومت عليه حالا والا دخل قيمته معها ونبه المص بقوله انعقد الولد حرا على ان فكه بالقيمة ليس على حد
فك الوارث الرق بل هو محكوم بحريته من حين الانعقاد وان لم يبذل قيمته وتظهر الفائدة فيما لو اوصى له حملا فان الوصية صحيحة ولو قيل بانعقاده
رقا ونوقف تحرره على دفع قيمته او ما قام مقامها لم يصح وفيما لو سقط بجناية جان فانه يلزمه دية جنين حر للاب عشر دية وعليه للشركاء دية جنين الامة
بحسب نصيبه بالاضافة الى الاب ويجب على الاب مضافا الى ذلك العقر بسبب الوطي سواء كانت بكرا او ثيبا وهو العشر او نصفه مضافا الى دية
البكارة مستثنى منه قدر نصيبه على اصح القولين قوله المملوكان آه ما اختاره المص هو الاقوى ووجه تقديم السابق واضح لان عقده صدر من اهله
في محله بخلاف المتاخر لبطلان اذنه بانتقاله عن ملك مالكه فلا يمضي عقده ثم ان كان شراء كل منهما لنفسه وقلنا بملكه فبطلان الثاني واضح
ان بطل العبد سيده وان احلنا الملك او كان شراؤه لسيده صح السابق وكان الثاني فضوليا لبطلان اذنه فيقف على اجازة من اشتري له ولو
كان وكيلا له وقلنا بان وكالة العبد لا تبطل ببيع مولاه لم يصح الثاني ايضا والا فكالماذون والفرق بين الاذن والوكالة ان الاذن ما جعلت تابعة
للملك والوكالة ما ابيح التصرف المعين مط والمرجع فيهما الى ما دل عليه كلام المولى ولو اقترن العقدان بطلا اي لم يمضيا بل يكونان موقوفين
الاجازة لاستحالة الترجيح اذا لم يكونا وكيلين كما مر ويتحقق الاقتران بالاتفاق في القبول بان يكملاه معا لان به يتم السبب ويحصل الانتقال
عن الملك الموجب لبطلان اذن المتاخر لا بالشروع في العقد لعدم دلالة فصل الحروف ... على ... بها خاصة
حتى لو شرع في العقد فحصل مانع من تمامه بقيت الاذن واما المزيل لها فخروجه عن ملكه عملا بالاستصحاب وتمسكا بمفهوم الرواية بالقرعة ذكرها
الشيخ وفرضها في صورة تساوي المسافة واشتباه الحال وهو لا يستلزم الاقتران وان احتمله والقول بها ليس بعيد من الصواب لاشتباه الحال في السبق
والاقتران وقد روي ان القرعة لكل امر مشكل واختارها العلامة في كرة ولكن مع الاشتباه كما قلناه لا مع علم الاقتران ويشكل بانه مع احتمال الاقتران
والسبق كما يحتمل السبق الخارج بالقرعة يحتمل الاقتران المبطل للعقد وليس في القرعة ما يخرجه فان ظاهر المؤدى منها اخراجها على السابق منهما وح فلا يتوجه
الا مع اشتباه السابق نعم لو قيل مع اشتباه السبق والاقتران كما هو ظاهر فرض المسئلة انه يكتب ثلث رقاع في احدها الاقتران ليحكم بالبطلان ان ظهر كان
حسنا الا انهم لم ينبهوا عليه ولا هو ظاهر ما نقل من الرواية المشتملة على ذرع الطريق رواها الشيخ عن ابي خديجة عن الصادق عليه السلام وفيها ان ذلك مع اشتباه الحال فلو
علم السابق قدم وان كان ابعد طريقا وظاهرها ان كلا منهما اشترى الآخر لنفسه بناء على ان العبد يملك والمختار ما ... في العمارة شيء وهو
انه بعد حكمه بتقديم السابق والبطلان مع الاقتران ذكر القرعة ومسح الطريق ثم رجح الاول وهو يشعر بكونهما في مقابلة مختاره والحال انهما مقيدتان
بالاشتباه والمص لم يذكر حكم هذا الفرض فلا يكونان في مقابلة حكمه بل في الثانية تصريح بتقديم السابق ولا تعرض لهما لحالة نفي الاقتران و...
المص جعلهما في مقابلة الاقتران تبعا للشيخ فانه صرح في يه بالقرعة عند الاقتران محتجا بالرواية وهي لا تدل على مطلوبه لانه فرضها في كتابي الحديث
فيما اذا كانت المسافة متساوية واشتبه الحال لا فيما اذا علم الاقتران والله اعلم قوله من اشترى جارية آه القول الاول للشيخ واتباعه ومستنده رواية
مسكين بن السمان عن الصادق عليه السلام والقول الثاني لابن ادريس نظرا الى رد الرواية بناء على اصله ولمخالفتها لاصول المذهب من جهة ردها على بائعها مع انه ليس
مالكا ولا وكيلا له واستسعائها في ثمنها مع ان كسبها لمولاها والثمن لم يصل اليه فكيف يؤخذ من غير اخذه هذا مع جهالة حال مسكين الموجب لترك
العمل بروايته وان وافقت الاصول وفي س استقرب العمل بالرواية واعتذر عن الاشكالين بان ردها على البائع تكليف له بردها الى اهلها اما
لانه سارق او لانه ترتبت يده عليه وزاد في شرح الارشاد بان يده اقدم ومخاطبته بالرد الزم خصوصا مع بعد دار الكفر وان في استسعائها جمعا بين

٢١٢ حق المشتري وحق صاحبها والاصل فيه ان مال الحربي فيء في الحقيقة وبالصلح صار محترما احتراما عرضيا فلا يعارض ذهاب مال المحترم في الحقيقة وهذا التنزيل
تقريب للنص وتوجيه له حيث يكون النص من الحجة والا فلا يخفى ان مجرد ما ذكره لا يصلح للدلالة لان تكليف البايع بالرد لا يقتضي جواز الدفع اليه
كما في كل غاصب ثم ذكر انه لا اثر له في هذا الحكم ايضا والا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد على الغاصب وهو باطل اجماعا ولانه البايع ان كان
سارقا فليس وكيلا للمالك ولا وليا له فلا يجوز الدفع اليه كما في كل مبيع يظهر استحقاقه واما الفرق بين احترام المال بالعرض فلا مدخل له شرعا في الحكم
بل لا تفاوت في نظر الشارع بينهما بل كل منهما مضمون على المتلف مع ان المتلف للمال المحترم حقيقة ليس هو مولى الجارية بل البايع الذي غيره ان كان
عالما او من غيره فلا يرجع على غيره ولا تزر وازرة وزر اخرى ولو تم ذلك لزم منه جواز اخذ ما ذهب من الاموال المحترمة بالاصل من مال المحترم بالعرض
كاهل الذمة وهو واضح البطلان والوجه ما قلناه من ان ذلك تنزيل للنص وتقريب له الى العقل لا تعليل بعلة مستندة وانما الاعتماد على الرواية لصحة
طريقها في غير مسكين وعمل الشيخ وجماعة من الاعيان بها والاقوى وجوب التوصل الى مالكها او وكيله او وارثه كان ومع التعذر يدفع الى الحاكم وهذا
هو مراد المص مما اختاره اخيرا وانما ترك ذكر المالك لتعذر الوصول اليه غالبا واما الثمن فيطالب به البايع مع بقاء عينه مطلقا ومع تلفه ان كان المشتري
جاهلا بانه فيها وكذا القول في الوارث ولا تستسعى الجارية مطلقا وان ضاع الثمن

الفصل العاشر في السلف

قوله السلم اه اراد بالحاضر المعين
ثمنا المقبوض في المجلس وما في حكمه المقبوض في المجلس مع كونه موصوفا غير معين وان كان المقبوض حاضرا عندهما لان الثمن اذا كان موصوفا غير مشخص في
المقبوض بل هو امر كلي والكلي لا حضور له لكن بتعينه في المجلس وقبضه يصير في حكم الحاضر وينبه على ان المراد بالحاضر المعين ثمنا اقترانه بالباء فان الحاضر
عندهما اذا قبض في المجلس ولم يكن معينا في العقد ليس هو متعلق الباء وان كان بعض افراده لان الامر الكلي مغاير لافراده وان لم يوجد بدونها
قوله وينعقد اه السلم والسلف بمعنى اشار اليهما المص بجعل العنوان في السلف ثم عرف السلم ويقال اسلفت وسلفت تسليفا بالهمزة والتضعيف
واسلمت بالهمزة قال في كرة ويجيء سلمت الا ان الفقهاء لم يستعملوه وينبغي القول بجوازه لدلالته صريحا على المقصود وروده لغة فيه هذا اذا كان
الايجاب من المسلم ولو كان من المسلم اليه الذي هو البايع في الحقيقة صح بلفظ البيع والتمليك على قوله باستلمت منك كذا او استلفت او تسلفت
او تسلمت على ما مر الى اخر الصيغة والقبول هنا من المسلم قبلت وشبهه وهذا الحكم من خواص السلم بالنسبة الى انواع البيع ومثله في صحة الايجاب من كل
من المتعاقدين الصلح قوله وهل اه اي قال ذلك المشتري فيكون ذلك على نهج السلم من كون المسلم هو الثمن والمسلم فيه هو المبيع ومثله ما لو قال البايع
اسلمت اليك هذا الثوب في هذا الدينار كما فرضه في عد ووجه الاشتباه ان البيع يصح بكل ما ادى ذلك المعنى المخصوص والسلم نوع من البيع اعتبره
الشارع في نقل الملك فجاز استعماله في الجنس مجازا تابعا للقصد ولانه اذا جاز استعماله فيما في الذمة المحتمل للغرر كان مع المشاهدة ادخل لانه
ابعد من الغرر اذ مع المشاهدة يحصل العلم اكثر من الوصف والحلول يقتضي معه امكان التسليم والانتفاع بخلاف الاجل فكان اولى بالصحة ولان البيع
ينعقد بلفظ ملكتك كذا بكذا على ما ذكره بعض الاصحاب ولا ريب ان السلم اقرب الى حقيقة البيع من التمليك المستعمل شرعا استعمالا شايعا في الهبة
فاذا انعقد بالابعد لمناسبته المعنى المراد فالاقرب اذا اداه اولى وهذا هو اختيار الاكثر ووجه العدم ان لفظ السلم موضوع حقيقة للنوع الخاص من
البيع فاستعماله في غير ذلك النوع مجاز والعقود اللازمة لا تثبت بالمجازات ولان الملك انما ينتقل بما وضعه الشارع ناقلا ولم يثبت جعل الشارع
صح هذا ناقلا في موضع النزاع والجواب انا ان قلنا باختصاص البيع بما ثبت شرعا من الالفاظ لم يصح هنا وان جوزناه بكل لفظ دل صريحا على المراد لان
هذا اللفظ مع قصد البيع صريح في المطلوب وكلام الاصحاب في تحقيق الفاظ البيع مختلف والقول بعدم انعقاد البيع بلفظ السلم لا يخلو من قوة وعلى
القول بالصحة فما ذكره المص لو جعل متعلق البيع عينا موصوفة بصفات السلم حالا كان اولى بالصحة لانه اقرب الى السلم وانما يخالفه بالاجل وعلى
المنع يحتمل الصحة هنا والاقوى الصحة في الموضعين قوله ويجوز اسلاف الاعراض في الاعراض اذا اختلفت وفي الاثمان واسلاف الاثمان في الاعراض
ولا يجوز اسلاف الاثمان في الاثمان ولو اختلفا فيه بالاول على خلاف ابن الجنيد حيث منع من اسلاف عرض في عرض اذا كانا مكيلين او موزونين
او معدودين كالسمن في الزيت وبالثاني على خلاف ابن عقيل حيث منع من اسلاف غير النقدين وهما نادران واما الثالث وهو اسلاف الاثمان
في الاعراض فموضع وفاق كما ان المنع من الرابع موضع وفاق بين من اوجب قبض عوض الصرف في المجلس لان الثمن يقتضي تاجيل المسلم فيه وهو ينافي
قبضه في المجلس وفيه مع تماثل العوضين مانع اخر وهو الزيادة الحكمية في الثمن المؤجل باعتبار الاجل فان له قسطا من الثمن فيوجب الربا ويشكل على القول بجوازه
حالا كما سيأتي وبامكان الجمع بين الاجل والقبض في المجلس على تقدير اشتراطه فان الاجل لا ينفذ في جانب المقبوض اللهم الا ان يقال انه مع الحلول يكون
بيعا بلفظ السلم لا سلما وسيأتي تحقيقه ويجاب عن الثاني بان الجمع بين الاجل والتقابض وان كان ممكنا الا ان الاجل مانع من التقابض مدة فيكون
العقد معرضا للبطلان في كل وقت من اوقات الاجل وعدم حصول التفرق قبل التقابض لا يدفع كونه معرضا لذلك ويشكل بان الشرط وهو
التقابض في المجلس اذا حصل تم العقد والمعرضية المذكورة لم يثبت شرعا كونها قادحة في الصحة بوجه قوله والضابط ان كلا اه المراد اختلاف الثمن بسببه
اختلافا لا يتغابن به فلا يقدح الاختلاف اليسير المتسامح بمثله عرفا والمرجع في هذه الاوصاف الى العرف وربما كان العامي اعرف بها من الفقيه
وحظ الفقيه منها البيان الاجمالي قوله ولا يطلب اه اي لا يجب الاستقصاء في الوصف بل يجوز الاقتصار على ما يتناوله اسم الموصوف بالوصف الذي
يزيل اختلاف اثمان الافراد الداخلة في المعين فان استقصي كذلك ووجد الموصوف صح السلم وان عز وجوده بطل فعلى هذا النهي والامر الواردان
في العبارة قد يكونان على وجه المنع واللزوم كما استلزم الاستقصاء عزة الوجود وقد يكونان على وجه نفي اللزوم والجواز كما اذا لم يستلزم ذلك
عبارة صحيحة وقد تجوز في القواعد فجمع بين الغرضين المختلفين في الصحة وعدمها حيث قال ولا يجب في الاوصاف الاستقصاء لعسر الوجود فان

التعليل

٢١٣ التعليل بعسر الوجود لعدم الجواز لا لعدم الوجوب كما لا يخفى قوله ولو شرط اه اما عدم صحة الضبط بالاجود فلانه ما من فرد جيد الا ويمكن ان يكون فوقه ما
هو اجود منه فلا يتحقق كون المدفوع من افراد الحق واما شرط الاردى فالمشهور المنع منه لما ذكرناه في الاجود واشار المص بقوله لامكان التخلص الى الجواب
عن ذلك بان الاردى وان لم يمكن الوقوف عليه لكن يمكن التخلص من الحق بدونه وطريقه ان يدفع فردا من الافراد فان كان هو الاردى فهو الحق وان لم يكنه
كان دفع الجيد عن الردي وهو جايز فيحصل التخلص على خلاف ما لو شرط الاجود ويشكل بان امكان التخلص بهذا الوجه لا يكفي في صحة العقد بل يجب مع ذلك
تعين المسلم فيه بالضبط بحيث يمكن الرجوع اليه عند الحاجة ويمكن تسليمه ولو بالقهر بان يدفعه الحاكم من مال المسلم اليه عند تعذر تسليمه وظاهر ان
هذين الامرين منتفيان عن الاردى لانه غير متعين ولا يمكن الحاكم تسليمه والجيد غير مستحق عليه فلا يجوز لغيره دفعه ولا يجب عليه مع المماكسة فيتعذر
التخلص ح فالاقوى عدم الصحة قوله ولا اه المراد بظهورها في اللغة كونها على وجه يمكن الرجوع اليها عند اختلافهما كما قيده به وانما يتم ذلك اذا كان مستفيضا
او يشهد به عدلان وفي حكم اللغة العرف فمتى كانت المعنى متعارفا جاز حمله عليه كذلك ولا بد مع ذلك من علم المتعاقدين بالمعنى المراد كما نبه عليه في العبارة
باشتراط الامرين معا علمهما وظهور المراد في اللغة فلو جهلاه او احدهما بطل العقد وان كان معناه معروفا لغة وعرفا قوله وفي الجلود اه المشهور المنع من
السلم في الجلود للجهالة ولاختلاف الخلقة وبتعذر الضبط حتى بالوزن لان القيمة لا ترتبط به والقول بالجواز مع المشاهدة للشيخ ره لارتفاع الجهالة
بها ورده المص بانه مع المشاهدة يخرج عن وضع السلم ويمكن الجواب بانه انما يخرج مع تعيين المبيع وكلام الشيخ اعم منه فيمكن حمله على مشاهدة جملة كثيرة
يكون المسلم فيه داخلا في ضمنها وهذا القدر لا يخرج عن السلم كما لو شرط الثمرة من بلد معين او الغلة من قرية معينة لا تخيس عادة والاجود المنع مطلقا
للاختلاف وعدم الانضباط قوله ويجوز اه لامكان ضبطها بالعدد وبالوزن وما يبقى فيه من الاختلاف لا يقدح لعدم اختلاف الثمن بسببه بخلاف
المعمول قوله ولا في الجواهر اه لم يفرق بين اللآلي الصغيرة والكبيرة لاشتراكهما في علة المنع وهو تعذر الضبط الموجب لرفع اختلاف الثمن وفرق
جماعة بينهما فجوزوه في الصغار لانها تباع وزنا ولا يعتبر فيها صفات كثيرة يتفاوت القيمة بها تفاوتا بينا بخلاف الكبار وهو اجود ولا فرق بين
المتخذ للتداوي وغيره قوله وفي البيض اه شرط الشيخ في جواز السلف في البيض والجوز ضبطه بالوزن لاختلافه والاقوى الاكتفاء بالعد مع ذكر النوع
الذي يقل الاختلاف فيه بحيث يختلف بسببه الثمن لان الغرض العلم بالقدر وهو حاصل بذلك حيث لم يرد من الشارع تعيين الاعتبار والفرض
يدل عليه قوله والادوية اه بسيطها ومركبها ما لم يشتبه مقدار عقاقيرها بان لا يكون لها ضابط معين في مقدار كل واحد من اجزائها فلو امكن
ضبطها بالقدر صح وان لم يكن ذلك لامتزاجها وعقاقير الدواء اجزاؤه التي يتركب منها ويعلم من اشتراط العلم بمقدار عقاقيرها العلم بها انفسها
بطريق اولى ليرتفع الجهالة وفي اعتبار ذلك في المشاهد نظر من توقف العلم عليه ومن مشاهدة الجملة وهو اجود قوله ويجوز اه نبه بذلك على خلاف
الشافعي حيث منع في احد قوليه من السلف في شاة لبون محتجا بجهالة اللبن المعين وليس بجيد لان الواجب ما من شانها ان يكون لها لبن وان
لم يكن موجودا بالفعل حال البيع بل لو كان لها لبن لم يجب تسليمه بل له ان يحلبها ويسلمها ولو سلم وجود اللبن بالفعل وهو تابع لا تضر جهالته كما
وضابط اللبون ما يمكن ان يحلب في زمن يقارب التسليم فلا يكفي الحامل وان قرب اوان ولادتها قوله ويجوز في شاة معها اه القول بالمنع للشيخ ره
محتجا على الاول بعزة الوجود وعلى الثاني بجهالة الحمل وعدم امكان وصفه والمشهور والاجود الاول لامكان وصف الاول بالصفات المعتبرة
في السلم من غير اداء الى العسر واغتفار الجهالة في الحمل لانه تابع ووافقه العلامة في الجارية الحسناء مع ولدها لعزة وجودها كذلك وفي الفرق نظر وضابط
المنع وعدمه عزة الوجود وعدمه قوله وفي الاسلاف اه منع الشيخ ره من الاسلاف في جوز القز محتجا بان في جوفه دودا ليس مقصودا ولا فيه مصلحة
فانه اذا ترك فيه افسده لانه يقرضه ويخرج منه وان مات فيه لم يجز من حيث انه ميتة والاصح الجواز لان المقصود بالبيع خال من هذه الموانع والدود
ليس بمقصود وهو في حكم النوى الذي لا فائدة فيه ومثار تردد المص ما ذكرناه في الوجهين قوله قبض راس المال اه هذا هو المشهور بل اجماع وظاهر
ابن الجنيد جواز تاخير القبض ثلاثة ايام وهو متروك قوله ولو افترقا اه ثم ان كان عدم الاقباض بسبب المسلم اليه فلا خيار له والا تخير لتبعض الصفقة
قوله ولو شرط اه القول بالبطلان للشيخ والاكثر لما ذكر اذ لا شك في اطلاق اسم الدين عليه ووجه الكراهة ان ما في الذمة بمنزلة المقبوض ويجيء
في المسئلة قسم اخر وهو ما لو بعينه من الدين ثم تقاصا في المجلس مع اتفاق الجنس والوصف او تحاسبا مع الاختلاف فان الاجود هنا الصحة
لان ذلك استيفاء محض قبل التفرق مع عدم ورود العقد على ما في الذمة وقيل بالبطلان هنا ايضا لان الثمن قد تشخص بما في الذمة فيكون بيع دين
بدين او لان هذه معاوضة على ثمن السلم قبل قبضه فتكون فاسدة وهما ضعيفان لان الثمن هنا امر كلي وتعيينه في شخص لا يقتضي كونه هو الثمن الذي جرى
عليه العقد ومثل هذا التقاص والتحاسب استيفاء لا معاوضة وحيث يكون الجنس والوصف واحدا فالتقاص قهري لا يتوقف على التراضي قوله
تقدير المسلم اه لا فرق في ذلك بين ما يعتاد كيله ووزنه وما يعتاد بيعه جزافا لان المشاهدة تدفع الغرر بخلاف السلم المعول فيه على غائب ومعدوم
وسيأتي حكم السلم في الحطب والقصب ننبه عليه قوله ويجوز السلم اه هذا الحكم ثابت ايضا وان قلنا بجواز بيعه مع المشاهدة بدون الذرع لانتفاء
الغرر كما مر قوله وهل يجوز الاسلاف اه الوجه عدم انضباط المعدود فلا يحصل العلم بقدره بدون الوزن وهذا يتم في بعض المعدودات كالرمان
اما النوع الخاص من البيض والجوز فالاجود جوازه بالعدد والوزن وفي اللوز نظر من عدم انضباط نوعه الخاص غالبا والاولى اعتباره بالكيل او الوزن و
والضابط للصحة الانضباط الرافع لاختلاف الثمن قوله ولا يجوز اه الوجه في ذلك كله اختلاف مقدار المذكورات الموجب للغرر في عقد السلف
بخلاف ما لو بيع مشاهدا فان المشاهدة ترفع الغرر عنه قوله ولا اه هذا اذا كان مما يكال او يوزن او يعد فلو كان مما يباع جزافا جاز الاقتصار
على مشاهدته كما لو بيع ولو كان مذروعا كالثوب ففي الاكتفاء بمشاهدته عن ذرعه نظر من جوازه لو بيع كاملا فكذا اذا كان تمامه من الجهالة وظ

الشيع بالشراء لذي عمرو يوقف الفاضل في ذلك والاولى بنائه على جواز بيعه كذلك فان قلنا به ثم اجزناه هنا وخالف بعض في ذلك كله فاكتفى بالمشاهدة في الثمن مطلقا والعمل على المشهور قوله ولو اشتراه آه موضع الخلاف ما اذا قصد الحلول سواء صرح به او لم يصرح فلو صرح بكون بيعا بلفظ السلم لانه بعض جزئياته وقد تقدم جوازه في العين الحاضرة ففي الكلية اولى وعبر المتن عن وضع السلم على التاجيل حتى ادعى الشيخ عليه الاجماع وعن النبي صلى الله عليه وآله من اسلف فليسلف في كيل او وزن معلوم واجل معلوم واجاب عنها القول بموجب هذه الادلة فانه مع قصد السلم يجب ذكر الاجل وليس صورة النزاع بل البحث فيما لو باع حالا بلفظ السلم ومقتضى ذلك ان موضع الخلاف ما اذا لم يقصد السلم وظاهر العبارة ان الخلاف في السلم ايضا لان ضمير اشتراه ناسب كونه المسلم فيه وهو ظاهر ابن البراج ومذاهب لاجود قوله ان يكون آه اى يكون الاغلب وجوده عند الاجل عادة فلا يكفي وجوده فيه نادرا وفي معنى الشرط امكان وجوده فيه بنقل قبل الاجل بكلفة بعيد وما هنا اجود والحاصل ان الشرط تحقق وجوده عادة عند الاجل بحيث يقدر على تسليمه ويفيد العادة به لا يحتمل كونه مما هو معدوم الان مستصحب انتهائه فلا يحصل بوجوده في ثاني الحال الا الظن فان هذا الظن الغالب المستند الى قرائن الاحوال المستمرة يفيد العلم العادي وان لم يعد العلم الحقيقي ومن هنا اطلق بعضهم ان الشرط هو القدرة على التسليم عند الاجل واعلم ان وجوده عند الاجل باي معنى اعتبر اعم من كونه الان معدوما ومن كونه موجودا من الان الى ذلك الوقت فما عبر به في المتن اجود وادل على المقصود قوله ولا بد ان يكون آه هذا وما بعده من فروع الاجل المعين فكان ذكره في بابه اجود وكانه اضرب عن الشرط السادس وهو اخر الشروط وشرع في تكميل مباحث الشروط السابقة والمراد انه لا بد مع كون الاجل مضبوطا في نفسه بما لا يحتمل الزيادة والنقصان من كونه معلوما لهما على ذلك الوجه فلا يكفي تعيينه في نفسه بحيث يرجعان في معرفته الى غيرهما كالنيروز والمهرجان والفصح ونحو ذلك من الاوقات المضبوطة التي لا يعرفها كثير من الناس لان الاجل كجزء من العوضين وتجهيلهما له تجهيل العقد وان تجدد العلم به كتجهيل الحد حالته وان تجدد العلم به ومثله ما لو قال الى العارف او العامي في الاجل الى سلخ الشهر الفلاني او غرته ونحو ذلك اذا لم يكونا عارفين بمعناه قوله ولذا آه انما حمل على اولهما مع كونه مشتركا لتعليقه الاجل على الاسم المعين وهو يصدق بالاول ويعتبر علمهما بذلك قبل العقد ليتوجه قصدهما الى اجل مضبوط فلا يكفي ثبوت ذلك شرعا مع جهلهما او احدهما به كما مر ومثله التاجيل الى يوم معين من ايام الاسبوع كالخميس والجمعة مع احتمال البطلان في الجميع لعدم التعيين للاشتراك والشك في حمله على الاول وفرق في كره بين الاول والثاني فحكم في الثاني وهو اليوم بحمله على الاول لدلالة العرف عليه وتردد في الاول والمعتمد التسوية بينهما في الحمل على الاول فان قلت قد شرطت في الصحة علمهما بذلك وقصدهما اليه ومع ذلك كيف يتجه احتمال البطلان لانهما اذا قصدا الى الاول او الثاني واتفقا عليه صح قطعا لعدم الاشتباه والاشتراك ومع عدم القصد الى معين لا مجال للصحة فكيف يتوجه الوجهان على نحو واحد قلت منشأ الاحتمالين من الشك في دلالة اللفظ المشترك على معنيين من معانيه ام لا فمن حمله على الاول زعم ان اطلاق اللفظ دال عليه اما عرفا او مطلقا نظرا الى تعليقه على اسم فمتى دخل الاول صدق الاسم فلا يعتبر غيره واذا كان الاطلاق دالا على الاول حمل عليه اللفظ لانه مدلوله ومن حكم بالبطلان نظر الى اشتراك اللفظ واحتماله للامرين على السواء فلا يمكن حمل الاطلاق على احدهما واذا تقرر ذلك وكان اعتقاد المتعاقدين وهمهما انصرافه الى الاول كان اطلاقهما في قوة ارادة الاول وان لم يكن لهما اعتقاد ذلك سواء اعتقد انقسامه ام لا كان ما جعلاه من الاجل محتملا للزيادة والنقصان فلا يصح العقد وان كان له محمل شرعي عند الفقيه فان ذلك غير كاف في صحة العقد من دون ان يعلم المتعاقدان ان هذا هو الذي تقتضيه القواعد المتقررة ويقتضيه الدليل ويحتمل ضعيفا الاكتفاء في الصحة وعدمها بما يقتضيه الشرع في ذلك وقصد او لم يقصداه نظرا الى كون الاجل الذي عيناه مضبوطا في نفسه شرعا واطلاق اللفظ منزل على الحقائق الشرعية وقد ظهر ما سبق ضعفه قوله ولو قال آه اى يحمل الشهر على الشهر الهلالي ان اتفق الاجل في اوله سواء كان ثلثين يوما ام اقل وعلى ثلثين يوما ان كان العقد وقع في اثناء شهر فالترديد باعتبار التفصيل لا ترديد اشكال في اعتبار ايهما ويعتبر في اوليه الشهر واثنائه العرف لا الحقيقة لانتفائها غالبا او دائما اذ لا يتفق المقارنة المحضة لغروب ليلة الهلال فعلى هذا لا يقدح فيه نحو اللحظة ويقدح فيه نصف الليل ونحوه وحيث كان المرجع الى العرف فهو المعيار والظاهر انه الساعة غير قادحة قوله ولو قال آه انما استنده الى العرف لان الشهر مضى ووقع غاية الاجل والغاية لغة قد يدخل في المغيا كما في قولك قرأت القران الى اخره وبعت الثوب الى طرفه وقد لا يدخل كاتموا الصيام الى الليل وقد يحتملهما كاية غسل اليد الى المرافق لكن هنا دل العرف على خروج الغاية وهو الشهر المعين فيحكم به لانه المرجع حيث لا يكون للفظ حقيقة شرعية وهذا بخلاف ما لو كان الشهر مطلقا كما لو جعل الاجل الى شهر فانه ينتهي بآخره لدلالة العرف عليه ايضا وبقرينة انه لولا ذلك لخلا السلم من الاجل ... وفرق الشهيد بينهما في بعض تحقيقاته مع اشتراكهما في انتهاء الغاية بان الغاية في المبهم مسمى المدة وهو لا يصدق الا بالجميع والغاية في المعين مسمى المعين وهو يصدق بادنى جزء منه ضرورة صدق الشهر كصفر مثلا باول جزء منه وفيه نظر لان المطلق يحمل على الشهر المتصل وهو الشهر الهلالي ان اتفق والا فثلاثون يوما كان مسمى المدة المبهمة هو المجموع المركب من الايام المخصوصة المتصل بالعقد فان صدقت الغاية باولها ثبت الحكم فيهما وانما الفارق العرف الدال على خروج الاول ودخول الثاني كما دل على خروج بعض الغايات ودخول بعض في نظائره ويشكل الحكم في المعين لو كان العقد في اوله وجعلاه الغاية فان الحكم بخروجه يوجب خلو العقد من الاجل وقد ذكراه والحكم بدخوله اجمع يخالف القاعدة الحاكمة بخروج المعين ويمكن التسلم من المحذور الاول ان لم يعتبر الاجل في صحة العقد بان ذكر الاجل على هذا الوجه بمنزلة التصريح بالحلول لانه لازمه ولذا كان بصورة الاجل فيصح حالا كما لو صرح به اما مع اعتبار ذكر الاجل فيمكن ترجيح اخره تحصيلا للصحة وان خالف الظاهر والبطلان لفقد شرط الصحة ومخالفة الظاهر التفصيل حكم شرعي غير لازم لان البطلان حكم شرعي ايضا وهذا هو الاجود بناء على اعتبار الاجل قوله ولو قال الى شهرين آه الاصل في الشهر عند الاطلاق الهلالي وانما يعدل عنه الى العدد عند تعذر حمله على الهلالي فمتى كان الاجل شهرا واحدا وكان العقد في اوله اعتبر الهلالي وان

كان في اثنائه فالعددي ولو كان الاجل شهرين فصاعدا او وقع في اثنائه ففي اعتبار الشهر بأيها ثلثة اقوال اشار المص الى اثنين منها احدها اعتبار الشهرين بالهلال اما الثاني فظ لو وقع بالجميع هلاليا واما الاول فلسدو مضى الفدر الحاصل منه عرفا كنصفه وثانيه مثلا فيتم من الثالث قدر ما فات منه حتى لو كان ناقصا كفي اكمال ما يتم تسعة وعشرين لان النقص جاء في اخره وهو من جملة الاجل والفايت من الاول لا يحتمل بالزيادة والنقصان وهذا هو الذي حكاه المص اولا وثانيها اعتبار ما عدا الاول هلاليا وبين الاول ثلثين اما الاول فلسدو الشهر الهلالي عليه واما الثاني وهو الاول المنكسر فلانه بالهلال الثاني لا يصدق عليه انه شهر هلالي فيكون عدديا ولا يمكن اعتبار الجميع بالهلالي لئلا يلزم اطراح المنكسر وتأخر الاجل عن العقد مع الاطلاق وح فيكمل الاول ثلثين بعد انقضاء المقصود من الهلالي من شهر او اكثر وهذا هو قول الاكثر وثالثها انكسار الجميع بكسر الاول فيعتبر الكل بالعدد ووجهه ان الشهر الثاني لا يعقل دخوله الا بعد انقضاء الاول فالايام الباقية اما ان لا تحسب من احدهما او من الثاني وكلاهما محال او من الاول فلا يعقل دخول الثاني حتى يتم الاول بعدد ما فات منه من الثاني فينكسر الثاني وهكذا والى هذا القول ذهب الشيخ في احد قوليه والاوسط اوسط لما مر ولان الاشهر الباقية يمكن اجراؤها على حكم الاصل وهو اعتبارها بالهلال فيتعين ولا يلزم اكمال الشهر الاول من الذي يليه لان الاكمال صادق باكمل من الذي يليه ام غيره اذ لا يلزم محذور لو اكمل من غيره بخلاف ما لو اكمل من الذي يليه فانه يلزم اختلال الشهر الهلالي مع امكان اعتباره بالهلالي ولان الاجل اذا كان ثلثة اشهر مثلا فبعد مضي شهرين هلاليين وثلثين يوما ملفقة من الاول والرابع يصدق انه قد مضى ثلثة اشهر فيحل الاجل والا كان ازيد من المشترط ولانه اذا وقع العقد في نصف الشهر مثلا ومضى بعده شهران هلاليان يصدق انه مضى من الاجل شهران ونصف وان كانت الثلثة ناقصة وهذا امر ثابت في العرف حقيقة فيكفي اكمالها خمسة عشر يوما لصدق الثلثة معها واعلم ان المعتبر في الاولية والاثناء العرف كما مر لا اللغة فلا يقدح فيه اللحظة والساعة مع احتماله قوله ولو قال آه الوجه فيه ما تقدم من الغاية المعينة فانه وان كان مط الا انه قد تعين شرعا وعرفا باول خميس فصار كالمعين ابتداء فصار في الاكتفاء بدخوله الى العرف ويشكل بما اذا كان العقد في اوله فان ما تقدم من الاحتمال والبحثات فيه قوله ولا يشترط آه اختلف الاصحاب في اشتراط ذكر موضع التسليم في العقد مع اعترافهم بانه لا نص فيه على الخصوص على اقوال احدها عدمه مط كما اختاره المص والشيخ في ط والعلامة في ير والارشاد وجماعة لاصالة البراءة من اشتراطه واطلاق الاوامر بالوفاء بالعقود وحل البيع وللاجماع على عدم اشتراطه في باقي انواع البيع وان كان مؤجلا بل ادعى ابن ادريس الاجماع عليه هنا ايض وهي دعوى في محل النزاع وثانيها اشتراطه مط اختاره الشيخ في ف وتبعه عليه جماعة واستقربه الشهيد ره ووجهه ان مكان التسليم مما يختلف فيه الاغراض اما لاختلاف ما عيناه الثمن والرغبات فانه قد يكون بعيدا عن المشتري فلا يرغب في تكثير الثمن ولا في الشراء على بعض الوجوه وقد يكون قريبا فينعكس الحكم وكذا القول في البايع ولان المطالبة بالمبيع فرع ثبوته في الذمة واستحقاق المطالبة وذلك في السلم المؤجل غير معلوم لانه انما يكون عند الحلول ولا يعلم في اي مكان يتحقق الحلول على البايع وبهذا يفرق بينه وبين القرض حيث انصرف الى مكان العقد وكذا البيع ولا يلزم مثله في بيع النسية لخروجه بالاجماع على عدم اشتراط تعيين محله والا كان الدليل قائما فيه فلا يلحق به المختلف فيه وثالثها التفصيل فان كان في حمله مؤنة وجب تعيين محله والا فلا اختاره الشيخ في ط ووجهه يعلم مما تقدم فان الاغراض انما تختلف في محل يفتقر الى المؤنة اما غيره فلا ورابعها انهما ان كانا في برية او بلد غربة قصدهما مفارقته اشترط تعيينه والا فلا وهو اختيار العلامة في عد ولف ووجهه انه متى كان البلد كذلك لم يكن التسليم في مكان العقد وليس احد الامكنة في غيره اولى من الاخر فيفضي الى التنازع والجهالة بخلاف ما اذا كانا في بلد يجمعان فيه فان اطلاق العقد يقتضي التسليم في بلده وخامسها ان كان لحمله مؤنة او لم يكن المحل صالحا كالقرية اشترط تعيينه والا فلا وهو خيرة العلامة في كره ووجهه كسابقيه من القولين السابقين عليه ولكل من الاقوال وجه الا ان الاخير يضعف بالسابقين عليه ويبقى الاشكال في ترجيح احد الثلثة فاصالة البراءة وحمل الاطلاق في نظائره على موضع العقد يرجح الاول واختلاف الاغراض وعدم الدليل الدال على تعيين موضع العقد في المتنازع يؤيد الثاني ووجه الاخير ظ ولا ريب ان التعيين مط اولى وانما الكلام في ترجيح احدهما من المتردد بين بقي هنا امور الاول موضع الخلاف ما لو كان السلم مؤجلا فلو كان حالا لم يعتبر تعيين المحل قطعا بل كان كغيره من البيوع يستحق المطالبة به في محل العقد او في محل المطالبة ان فارقاه الثاني على القول بعدم اشتراط تعيينه مط او على بعض الوجوه فكانه موضع العقد ايض الا ان يعين موضعا اخر فيتعين الثالث لو عينا محلا وقلنا باشتراطه صح العقد وتعين ولو لم يعينا بطل ولو لم نشترط فعيناه تعين ايض وفاء بالشرط ولو اتفقا على التسليم في غير الموضع المعين جاز وكذا القول لو عينا موضعا غير ما عينه الشارع الرابع ولو كانا في مكان من قصد احدهما مفارقته دون الاخر فهو كما لو قصداها معا المذكور من العلة وان كان كلامهم في التمثيل بخلاف ذلك وكذا لو كان احدهما غريبا دون الاخر الخامس ليس المراد من البرية وبلد الغربة حقيقتهما خاصة بل هما على سبيل المثال وانما المعتبر بلدهما وما في حكمه فمتى كانا خارجين عنه وعما في حكمه عرفا اعتبر تعيين المكان عند من اشترطه لاقتضاء الدليل ذلك السادس المعتبر في تشخص المكان ذكر محل لا يختلف الحال في جهاته ولجزائه عرفا كالبلد المتوسط فما دونه والقطعة من الارض كذلك بحيث لا يفرق بين اجزائها ولا يحصل كلفة زائدة في جهة منها دون جهة لا مطلق البلد ولا الموضع المتشخص الصغير قوله ويجوز بيعه آه هذا اذا كان مما يكال او يوزن اما لو كان مما يعد ففي الكراهة نظر لعدم الدليل وقد تقدم الكلام في ذلك وان الاقوى التحريم اذا كان طعاما او اذا كان مما يكال او يوزن على ما فصل ويجوز الصلح عليه قبل الحلول وبعده وقبل القبض وبعده على الاقوى بناء على ان الصلح اصل لا فرع البيع ونحوه قوله ولو امتنع هذا مع امكانه ومع تعذره يخلي بينه وبينه ويبرئ منه وان تلف وكذا يفعل الحاكم لو قبضه ان لم يمكن الزامه بالقبض قوله ولو دفع اه الفرق بين العين والصفة ان زيادة الصفة لا ينافي عين الحق بل يؤكده اذ المفروض كونه مساويا للحق في النوع وغيره ويزيد الصفة اما العين فهو خارج عن

الحق زايدة عليه فلا يجب قبولها لانها عطية جديدة يمكن تخليصها والحق معها غير متعين وخالف ابن الجنيد في الاول وسوى بينهما في عدم وجوب القبول علا
بظاهر رواية سليمان بن خالد قوله اذا اشترى اه اما بطلانه في المؤجل فظ واما في غيره فلان الثمن المؤجل يقابل من المبيع قسطا اكثر مما ياخذه المعجل لان للاجل
قسطا منه والتفاوت غير معلوم عند العقد فاذا بطل البيع في المؤجل جهل ما قابل المعجل فيبطل ايض ووجه الصحة امكان العلم بالتقسيط ولو بعد العقد
كالو باع سلعتين فظهرت احديهما مستحقة فان التقسيط اللاحق كاف وان جهل ما يخص كل واحد حالة العقد وقريب منه ما لو باع ما يملك وما لا يملكه
وغيره وقد تقدم في بحثهما توجيه البطلان فيهما ايض مع علم المشتري بالحال قوله ولو دفع خمسين اه قد تقدم الخلاف في ذلك وما يعلم به وجه التردد وان
المص اختار الصحة على كراهة وهنا تردد في البطلان والاقوى الصحة في الجميع قوله لو شرط اه لا فرق في ذلك بين كون ذكر الموضع شرطا في صحة السلم وعدمه
فان العقد اذا انضبط في اصله جاز التراضي على غير ما عين من الموضع وغيره قوله اذا قبضه اه اذا قبض المشتري المسلم فيه فوجد به عيبا فلا ارش له لانه لم
يتعين للحق بل يقع عوضا عن الحق الكلي مملوكا له ملكا متزلزلا يتخير معه بين الرضا به مجانا فيستقر ملكه عليه وبين ان يرده فيرجع الحق الى ذمة المسلم اليه كما
كان قبل ان كان قد خرج عنها اخرى وجا متزلزلا وينبه بقوله عاد على ذلك حيث ان العود يقتضي الخروج بعد ان لم يكن فانه مصير الشيء الى ما كان عليه بعد خروجه
وتظهر الفائدة في النماء المنفصل المتخلل بين الرد والقبض فانه يكون للقابض لانه نماء ملكه كنظائره من المتجدد زمن الخيار اما المتصل فيتبع العين ويتفرع
عليه ايض ما لو تجدد عنده عيب قبل الرد فانه يمنع من الرد لكونه مضمونا عليه ولو يمكنه بعده رد العين كما قبضها وبه قطع في كره وزاد ان له اخذ
ارش العيب السابق وان لم يكن ثابتا لولا الطاري فان المنع منه انما كان لعدم انحصار الحق فيه حيث انه امر كلي والمعيب غير تام في جملة افراد الحق فلما طرأ
المانع من الرد تعين قبوله فصار كالمبيع المعين اذا كان معيبا فانه يجوز اخذ ارشه ويتعين عند مانع من رده وربما قيل بجواز رده هنا مع الارش لتعيبه
ابتداء والعيب الطاري لم يوجب تعيينه غايته ما في الباب ان يلزم بارشه وقد ظهر مما قررناه جواب ما قيل على العبارة من ان زوال الملك عنه ورده
انما يكون بعد ثبوته والمعيب لم يملكه المسلم فلا ينتقل عن المسلم اليه وان عود الحق انما يكون بعد زواله وهو مستلزم لاحد المحذورين اما الحكم بالشيء
مع وجود نقيضه او اثبات الحقيقة من دون لوازمها وذلك لان الحكم بالبراءة ان كان صادقا لزم الاول والا لزم الثاني فانا نلتزم بان المقبوض معيبا
يصلح اداء عن الحق اذا رضي به المستحق لانه من جنس الحق وعيبه ينجبر بالخيار فيتم الزوال والعود ومن ثم كان النماء له كما بيناه ولا بعد في تحقق
الملك متزلزلا لمكان العيب فاذا علم به كان له الفسخ وطلب السليم ولو فرض انه لم يعلم بالعيب وتصرف فيه وذهبت عينه برئ المسلم اليه من الحق
فيما بينه وبين الله تعالى اما زاد على ارش عيبه وفي ثبوت مقدار الارش في ذمته ما تقدم وما حققناه اجود مما اجاب به الشهيد عن الايراد
في بعض تحقيقاته بان الحكم بالزوال والعود مبني على الظاهر حيث كان المدفوع من جنس الحق وصالحا لان يكون من جملة افراده قبل العلم بالعيب فاذا
علم بالعيب زال ذلك الملك الذي حصل ظاهرا وان لم يثبت في نفس الامر فصح اطلاق الزوال والعود بهذا الاعتبار وانت خبير بانه لا ضرورة
الى التزام ذلك بل الملك حصل ظاهرا وباطنا غايته امره التزلزل وهو غير مانع منه كنظائره قوله اذا وجد بطل اه ان كان من جنسه رجع بالارش
ان شاء وان اختار الرد كان له انما يبطل العقد مع ظهور العيب من غير الجنس اذا كان ظهوره بعد التفرق وكان الثمن بالجميع معيبا من غير الجنس او كان
بعضه معيبا اما لو كان في الذمة وتبين العيب قبل التفرق لم يبطل العقد بل يمكن ابداله وكذا لو كان بعده والعيب غير مستوعب كما هو الظاهر من العبارة
فان العيب غير الجنسي اذا كان مستوعبا لم يكن المدفوع ثمنا ولا راس مال وان اطلق عليه ذلك بتوهم كونه هو واذا كان من الجنس فانما يرجع بالارش
كما ذكره مع تعيينه اما مع اطلاقه فله ابداله قبل التفرق وبعده على اشكال تقدم الكلام على نظيره في باب الصرف وجملة اقسام المسألة ان
العيب اما ان يكون من الجنس او من غيره ثم اما ان يكون في جملة الثمن او في بعضه ثم اما ان يظهر قبل التفرق او بعده ثم اما ان يكون الثمن معينا او كليا فا
لاقسام ستة عشر وحكمها قد علم مما اسلفناه هنا وفي باب الصرف فان رده بطل العقد وان كان بعد التفرق قوله اذا اختلفا اه انما قدم مدعي
الصحة مع انها معارضة باصالة عدم القبض قبل التفرق لان هذه الاصالة معارضة باصالة عدم التفرق قبل القبض المتفق على وقوعه فيتساقطا
الاصلان ويحكم باستمرار العقد وفي الحقيقة لا نزاع بينهما في اصل الصحة وانما النزاع في طرو المفسد والاصل عدمه وهذا بخلاف ما لو اختلفا
في اصل قبض الثمن فان القول قول منكر القبض وان تفرقا ويستلزم بطلان العقد لانه منكر لقبض ما له الذي هو الثمن الثابت عند المسلم الا قلنا
من اتفاقهما على صحة العقد في الحالين وانما الخلاف في طرو المفسد وحيث كان الاصل عدم القبض كان المقتضي للفساد قائما وهو التفرق قبل القبض
فلا يقدح فساد العقد به حيث انه مترتب على ما هو الاصل مع تحقق الصحة سابقا وليس هذا من باب الاختلاف في وقوع العقد صحيحا او فاسدا ومثله
ما لو اختلفا في قبض احد عوضي الصرف قبل التفرق ولو اقام كل منهما في المسألة الاولى بينة بني على تقديم بينة الداخل وهو هنا مدعي الصحة او الخارج
والاجود الثاني وقدم العلامة هنا بينة الاول لقوة جانبه بدعوى اصالة عدم طرو المفسد ويكون دعواه مثبتة والاخرى نافية وبينة الاثبات
مقدمة قوله فلو قال البايع اه المراد انهما اتفقا الا ان على كون الثمن في ذمة المشتري او عنده ولكن اختلفا في كون ذلك على وجه مفسد للعقد بان لا يكونا
تقابضا اصلا او على وجه صحيح بان يكون البايع قبضه ثم رده اليه والمص هنا قدم قول البايع ترجيحا لجانب الصحة مع ان الاصل عدم القبض ايض و
تحقق صحة العقد سابقا كما مر ويمكن ان يتوجه تعارض الاصلين فيحصل الشك في طرو المفسد والاصل عدمه فيتمسك باصل الصحة لذلك لكن
يبقى في المسألة شيء وهو ان دعوى البايع الرد غير مقبولة كنظائرها انه لا دخل له في الصحة وانما تقدم قوله في اصل القبض مراعاة لجانبها ومع قبول
قوله في القبض هل له مطالبة المشتري بالثمن يحتمل عدمه لما قلناه من عدم قبول قوله في الرد مع اعترافه بحصول القبض ويحتمل جواز المطالبة لا تفاق
المتبايعين على بقاء الثمن عند المشتري الان اما على دعوى البايع فظ واما على دعوى المشتري فلاعترافه بعدم القبض فاذا قدم قول البايع في صحة

العقد الزم المشتري بالثمن ويشكل بان المشتري لا يعترف باستحقاق الثمن في ذمته لدعواه فساد البيع فلا يبقى الا دعوى البايع وهي مشتملة على الاعتراف
بالقبض ودعوى الرد وهي غير مقبولة في الثاني والمسألة موضع اشكال ولعل عدم قبول قوله في الرد اوجه قوله اذا حل الاجل اه احترز بالعارض عما لو كان
تاخر التسليم باختيار المشتري مع بذل البايع له فانه لا فسخ له لاستناده الى تقصيره ولكن يشمل العبارة بمفهومها ما لو كان التاخير اقتراحا من البايع
خاصة والحق ان الخيار يثبت للمشتري كما لو كان التاخير لعارض لاشتراكهما في المعنى بالنسبة اليه ولا فرق بين ان يطالبه بالاداء وعدمه نعم لو رضي
بالتاخير ثم عرض المانع فالمتجه سقوط خياره كما ويتخيره بين الامرين هو المشهور وبه اخبار بعضها صحيح ح فلا يلتفت الى انكار ابن ادريس الخيار
وزاد بعضهم ثالثا وهو ان لا يفسخ ولا يصبر بل ياخذ قيمته الان وهو حسن لان الحق هو العين فاذا تعذرت رجع الى القيمة حيث يتعذر المثل والخيار
ليس على الفور لاصالة العدم ح فلا يسقط بالتاخير بل لو صرح بالامهال فالاقوى عدم سقوط خياره وتوقف في س ولو كان الانقطاع ببلده خاصة
وامكن تحصيله من غيرها فان قلنا بوجوب تعيين البلد فلا كلام اذ لا يجب قبول غيره فلا يجب المطالبة به ولا يجب قبولها وان لم نوجبه طالبه على
بعض الوجوه فان تعلل البايع باختياره والا لم يجبر عليه مع المشقة ويجبر مع عدمها وفي حكم انقطاعه بعد الاجل مع العارض موت المسلم اليه
قبل الاجل ووجود المسلم فيه وفي الحاق ما لو تبين العجز قبل الحلول عن الاداء بعده فيتخير الخيار او يتوقف على الحلول وجهان اجودهما الثاني لعدم
وجود المقتضي الان اذ لم يستحق شيئا ح قوله ولو قبض اه المراد انه يتخير بين ثلثة اشياء الصبر وانما تركه لوضوحه والفسخ في الجميع هربا من تبعض الصفقة
التي هي عيب اذ المسلم فيه انما هو المجموع وقد يتعذر في المتخلف خاصة لانه الذي تعذر فله الرجوع الى ثمنه لان الصبر ضرر لا يلزم به ولحسنة عبد الله
بن سنان عن ابي عبد الله ع فان اختار الثالث فالاصح ان للبايع الفسخ ايض لتبعض الصفقة عليه ايضا ان لم يكن التاخير بتفريطه والا فلا خيار له
وما تقدم من التخيير بين اخذ القيمة الان مع ما ذكر آت هنا قوله اذا دفع اه الى قوله نو الفضل لا نجعلها قضاء يقتضي كونها من جنس الدين فلما لم يكن
عند الدفع الذي هو وقت القضاء من جنسه فلا بد من احتسابها على وجه تصير من الجنس وذلك باعتبار قيمتها يومئذ سواء كانت قيمية ام مثلية ولو كان
الدين من غير النقد الغالب احتسب ايض به يوم دفع العوض قضاء ويدخل في ملك المدين بمجرد القبض وان لم يساعره عليه في الموضعين ولا يختص ذلك
بباب السلم بل ذكر هذه المسألة في باب الدين اولى وهذا الحكم مع الاتفاق عليه مروي في مكاتبة الصفار قوله يجوز بيع الدين اه احترز بعد الحلول
عما قبله فلا يصح ح اذ لا استحقاق للبايع في الذمة ح ويشكل بانه حق مالي الحق ما يعتبر في المبيع فينبغي ان يصح بيعه على حالته التي هو عليها وان
لم يجز المطالبة به قبل الاجل وهو خيرة كره وربما اشكل بعدم امكان قبضه الذي هو شرط صحة البيع ويندفع بمنع اشتراط امكان القبض حين العقد
بل امكانه مط ويمكن تحققه بعد الحلول كما لو باعه عينا غائبة منقولة لا يمكن قبضها الا بعد مضي زمان يمكن فيه الوصول اليها ونبه بقوله وعلى غيره
على خلاف ابن ادريس حيث منع من بيعه على غير الغريم وهو ضعيف قوله فان باعه اه اراد بالحاضر المشخص سواء كان حاضرا حين العقد ام لا وبالمضمون
ما في الذمة ولا اشكال في جواز بيعه بالمضمون الحال اذ لا يصدق عليه بيع الدين بالدين ولا بيع الكالي بالكالي لان المراد به على ما فسره به اهل اللغة
بيع المضمون المؤجل بمثله واما بيعه بمؤجل فقد ذهب جماعة الى المنع منه اعتمادا على ان المؤجل يقع عليه اسم الدين وفيه انهم ان ارادوا اطلاق اسم الدين
عليه قبل العقد وحالته فظ منعه لانه لا يعد دينا حتى يثبت في الذمة ولا يثبت الا بعد العقد فلم يتحقق بيع الدين بالدين وان ارادوا انه دين
بعد ذلك لزم مثله في المضمون الحال ولا يقولون ببطلانه وان ادعوا اطلاق اسم الدين على الاجل قبل ثبوته في الذمة دون الحال فهو تحكم
والحق ان اسم بيع الدين بالدين لا يتحقق الا اذا كان العوضان معا دينا قبل المعاوضة كما لو باعه الدين الذي في ذمته او في ذمة ثالث او دينا ثابتا في
ذمة غيرهما لاحدهما بدين في ذمة اخرى غيرهما للاخر ونحو ذلك لاقتضاء الباء كون الدين نفسه عوضا والمضمون الذي لم يكن ثابتا في الذمة قبل ذلك لا يعد
جعله عوضا بيع بدين واما ما يقال اشترى فلان كذا بالدين مريدين ان الثمن في ذمته لم يدفعه فهو مجاز يريدون به ان الثمن بقي في ذمته دينا بعد
البيع ولولا ذلك لزم مثله في الحال لاطلاقهم فيه ذلك نعم الدين المبيع يطلق عليه اسم الدين قبل حلوله وبعده فلا بد في المنع من دين اخر يقابله فظهر ان
ما اختاره المص من جواز ذلك على كراهية اوضح وانما كره خروجا من خلاف من منع منه قوله ولو اسلف اه القول بالمنع لابن ادريس وهو مبني على المنع
من بيع الصوف على ظهور الغنم استقلالا ابتناء على انه موزون لم يعلم كيله وقد تقدم الكلام فيه وان الاقوى الجواز مع المشاهدة ويمكن بناؤه
ايض على اشتراط الاجل في عقد السلم والاوصاف المعتبرة هنا حالة فيكون بعض المسلم حالا وابن ادريس صرح بالمنع منه ايض والاصل مم ولو سلم
فاشتراط الاوصاف هنا ليس لما بل شرط فيه وهو جايز كما تقدم في مثله من جواز شرط المعلوم مع المسلم وهناك وح فالجواز مع
مشاهدة الصوف وشرط جزه حالا او الاطلاق قوي ولو شرط تاجيل الجز الى اجل السلم لا يبعد ما ان يشترط دخول المتجدد او لا وفي الاول يحتمل الصحة
لانه شرط مضبوط وقد صرح جماعة من الاصحاب بجواز مثل ذلك في الصوف واللبن استقلالا او نحن فيما سلف شرطنا فيه كون المجهول تابعا فح لا
اشكال ايض مع الشرط وفي الثاني مبني على امرين احدهما ان شرط تاجيل الثمن اذا كان عينا هل هو جايز ام لا والمشهور جوازه بل ادعى عليه في كره الاجماع
ومثله الثمن المعين والثاني ان اختلاط مال البايع بالمبيع هل هو مانع من صحة البيع ام لا ولا شبهة في عدم منعه وقد تقدم نظيره فيمن اشترى لقطة او
جزة واخر قطعها فانه يختلط بمال البايع وح فطريق التخلص الصلح وهذه الوجوه كلها متوجهة شرعا الا انها غير محررة في كلامهم وانما ذكروا اصل المسألة
واختلفوا فيها ثم ذكر بعض المتاخرين هنا ان شرط تاجيل الجز الى امد السلف باطل قولا واحدا وكانه نظر الى ظاهر ما وقع فيه الخلاف والا فدعوى
الاجماع هنا في حيز المنع قوله ولو شرط اه اي لم يصح السلم فلا يضمن المسلم فيه لان الضمان لازم للصحة فاطلق اللازم واراد الملزوم ووجه عدم الصحة
امكان ان لا يتفق ذلك للمراة بان تمرض او تموت او تترك العمل ام كان امساكها بالنسبة الى ما ذكر الفراخ يمكن ان يختل او لا يظهر منه ما يطابق الوصف

٢١٩ والضابط اعتبار ما لا يتخلف عنه المسلم فيه عادة كالبلد الكبير بالنسبة الى الارض والاهل **المقصد الرابع** في الاقالة وجعل الاقالة من
مقاصد السلف عجيب فانها لا تختص به بل ولا بباب البيع بجريانها في سائر العقود المتقومة من الجانبين بالمال فكان الاولى جعلها قسما برأسه بعنوان
خاص كالتتمة لباب البيع حيث انه الركن الاعظم المتعلق بها وابعد منه جعله القرض ودين المملوك من مقاصد السلف ايضا كما سيأتي ولقد كان الصواب جعله
كتابا منفردا لانه من فصول البيع ومقاصده فضلا عن السلف قوله وهي فسخ الخ نبه بقوله فسخ على خلاف بعض العامة حيث زعم انها بيع وعلى بعض اخر حيث زعم انها
بيع ان وقعت بلفظ الاقالة وفسخ ان وقعت بلفظه فيلحقها احكامه وبقوله في حق المتعاقدين وغيرهما على خلاف بعضهم ايضا حيث زعم انها بيع بالنسبة
الى الشفيع خاصة فيستحق الشفعة بها وان كانت فسخا في حق المتعاقدين وبطلانه ظاهر اذ لا يطلق عليها اسم البيع في جميع الصور وللبيع الفاظ خاصة ليس
منها وصيغتها ان يقول كل منهما تقايلنا او تفاسخنا او يقول احدهما اقلتك فيقبل الاخر ولا فرق في ذلك بين النادم وغيره ولا يكفي التماس احدهما عن
قبوله ولا يعتبر فيها سبق الالتماس عن قوله ولا يعتبر فيها سبق الالتماس بل لو ابتدأ احدهما بالصيغة فيقبل الاخر صح قوله ولا يجوز الاقالة الخ لما كانت
الاقالة فسخا فمقتضاه رجوع كل عوض الى صاحبه فاذا شرط فيها زيادة او نقصانا في احد العوضين فقد شرط فيها ما يخالف مقتضاها فيفسد الشرط
ويترتب عليه فسادها كما في كل شرط فاسد لانهما لم يتراضيا على الفسخ الا على ذلك الوجه ولم يحصل ولا فرق في المنع من الزيادة والنقيصة بين العينية
والحكمية فلو اقاله على ان ينظره بالثمن او باخذ الصحاح عوض المكسر ونحوه لم يصح قوله ونص الاقالة الخ نبه بالتسوية بين السلف وغيره على خلاف بعض
العامة حيث منع من الاقالة في بعض السلم لانه يصير سلما وبيعا وقد نهي النبي عنه وبطلانه ظاهر والاطلاق الاذن في الاقالة بل استحبابها يشمل الكل
والبعض ومتى تقايلا في البعض اقتضى تقسيط الثمن على المثمن فيرجع في نصف المبيع بنصف الثمن وفي ربعه بربعه وهكذا قوله لا يثبت الشفعة الخ قد
تقدم الكلام في ذلك وهذا بمنزلة التفريع على ما سبق من الحكم على انها ليست بيعا في حق المتعاقدين وغيرهما كما ان الحكم فرع الثبوت على ما حكم به قوله
لا تسقط اجرة الخ اي استحقاق الاجرة فانه كان على السعي المتقدم وقد حصل ومثله اجرة الكيال والوزان والناقد قوله فان كان الخ يدخل في الموجود
ما حصل له نماء منفصل فانه لا يرجع به بل باصله اما المتصل فيتبع الاصل والولد منفصل وان كان حملا اما اللبن في الضرع ففي كونه متصلا نظر واما
الصوف والشعر قبل الجز فالظاهر انه متصل مع احتمال كونه كاللبن ولو وجده معيبا اخذ ارش عيبه مطلقا لان الجزء الفائت بمنزلة التالف فيضمن كما يضمن
الجميع ولو وقعت الاقالة بعد ان احدث المشتري حدثا فما وقع منه باعيان من عنده فهي له وان كانت من المبيع فان زاد بفعله كالعمارة فهي للبايع
وللمشتري ما زاد بفعله بان يقوم قبل الاحداث وبعده ويرجع بالتفاوت والمعتبر في قيمة القيمي يوم تلف العين كنظائره لان الضمان متعلق
بالعين ما دامت فاذا تلفت تعلق بقيمتها يومئذ مع احتمال اعتبار يوم القبض ويوم الاقالة والاعلى والوجه الاخر الذي احتمله المص هو ان القيمي
يضمن بمثله ايضا وهو ضعيف **المقصد الخامس** في القرض وهو بفتح القاف وكسرها قوله وهو عقد الخ لا شبهة في اشتراط الايجاب والقبول
فيه بالنسبة الى تحقق الملك ان قلنا انه يملك بهما وبالقبض ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف كان قبله بمنزلة الاباحة فينبغي ان لا يتوقف على العقد الا
ان يقال ان ترتب الاثر بعد التصرف على الوجه الاتي المغاير للاباحة يتوقف على ما يدل عليه وهو العقد وعلى القول بالاكتفاء في البيع بالمعاطاة
يكتفى هنا بطريق اولى من حيث انه عقد جائز يتخلله من الرخص ما لا يدخل في العقد اللازم وعلى هذا فالمعاطاة تفيد فيه اباحة التصرف كالبيع ولا يتحقق
الملك التام الا بالتصرف والكلام في كونه اباحة محضة او عقدا متزلزلا ما مر في البيع الا انه يشكل هنا بانه لا معنى للعقد المتزلزل الا ما يفيد جواز رجوع
كل واحد فيه وهذا المعنى حاصل وان كانت الصيغة تامة ويمكن اندفاعه بان معنى ذلك جواز رجوع كل منهما في العين على حد العقود الجائزة المحضة كالعارية والوديعة
فان الرجوع في تلك يوجب اخذ عين المال بخلاف هنا فانه انما يفيد وجوب تخلص المقترض من حق المقرض بمطالبته بمثل العين او بغيرها كما سيأتي
فليس ذلك في الحقيقة فسخا للعقد بل مطالبة بالحق الثابت في الذمة نعم على القول بوجوب رد العين الباقية لو طلبها المالك يتجه كونه عقدا جائزا
محضا لكن سيأتي ضعفه ومعه يشكل كونه عقدا جائزا فان مطالبة المقرض للمقترض بما في ذمته متى شاء امر اخر غير كون العقد جائزا قوله او ما يؤدي الخ من المؤدي
لمعناه مثل هذا واصرفه او تملكه او ملكتك او اسلفتك ونحوه وعليك رد عوضه او مثله ونحو ذلك والحاصل ان صيغته لا تنحصر في لفظ كالعقود الجائزة
بل كل لفظ دل عليه كفى الا ان اقرضتك صريح في معناه فلا يحتاج الى ضميمة عليك رد عوضه ونحوه وغيره يحتاج اليها فلو تركها وكان بلفظ التمليك افاد الهبة
وان لم يطلع على قصده لانه صريح فيها وان كان بلفظ السلف ونحوه كان فاسدا لا يترتب عليه حكم عقد لانه حقيقة في السلم ولم يجمع شرائطه واذا كان بغيره
من تلك الالفاظ الدالة على الاباحة فهو هبة مع القصد الموجب لها لا بدونه كما سيأتي انشاء الله فلو اختلفا في القصد فالقول قوله لانه ابصر بنيته اما لو اختلفا
في قصد الهبة مع تلفظه بالتمليك فقد قطع في كره بتقديم قول صاحب المال محتجا بانه اعرف بلفظه وان الاصل عصمة ماله وعدم التبرع ووجوب الرد
على الاخذ لقوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ثم احتمل تقديم دعوى الهبة قضية للظاهر من ان التمليك من غير عوض هبة وتوقف في القواعد ويشكل ما
احتج به على الاول بان لفظ التمليك حقيقة في الهبة لانه تمام مفهومها الشرعي واما كونه بمعنى القرض فيفتقر الى ضميمة اخرى فيكون جزء مفهومه فاطلاقه عليه
معنى مجازي لا يصار اليه الا بقرينة والغرض انتفاؤها ولا شبهة في ان دعوى خلاف الظاهر والحقيقة في سائر العقود لا التفات اليها ولو القصد وان كان
معتبرا الا ان الظاهر في الالفاظ الصريحة اقترانها بالقصد فيحمل الاقرار عليه ومن هنا اجمعوا على انه لو ادعى عدم القصد الى البيع ونحوه مع تصريحه بلفظه
لم يلتفت اليه وبهذا يظهر ضعف باقي ادلته فان اصالة العصمة قد انقطعت بما وقع من اللفظ الصريح ومثله القول في الحديث فانه مع وجود السبب
الناقل للملك شرعا الرافع للضمان يخرج موضع النزاع عن ذلك قوله وعلى قبول وهو اللفظ الدال على الرضا بالايجاب ولا ينحصر في عبارة الكلام هنا
كما مر في ان ذلك شرط في صحة العقد على وجه يترتب عليه جميع ما ياتي من اثاره فلا ينافي وقوعه معاطاة على ذلك الوجه وهل يقوم القبول الفعلي هنا مقامه

المقصد الرابع في الاقالة وهي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما ولا تجوز الاقالة بزيادة عن الثمن ولا نقصان وتبطل الاقالة بذلك لفوات الشرط وتصح الاقالة في العقد وفي بعضه سلما كان او غيره فروع ثلثة الاول لا تثبت الشفعة بالاقالة لانها ليست بيعا الثاني لا تسقط اجرة الدلال بالتقايل لسبق الاستحقاق الثالث اذا تقايلا رجع كل عوض الى مالكه فان كان موجودا اخذه وان كان مفقودا ضمن بمثله ان كان مثليا والا فبقيمته وفيه وجه اخر المقصد الخامس في القرض والنظر في امور ثلثة الاول في حقيقته وهو لفظ يشتمل على ايجاب كقوله اقرضتك او ما يؤدي معناه مثل تصرف فيه او انتفع به وعليك رد عوضه وقبول وهو اللفظ الدال على الرضا بالايجاب ولا ينحصر في عبارة وفي القرض اجر ينشأ من معونة المحتاج تطوعا
متن

القول الظاهر ذلك بالنسبة الى اباحة التصرف وفي الاكتفاء به في تمام الملك نظر وقطع جماعة بالاكتفاء به مطلقا قوله وفيه اجر لا شبهة في ثبوت الاجر فيه لما ٢١٩
فيه من معونة المحتاج كما ذكر والمعاونة على البر وكشف كربة المسلم وقد روي عن النبي من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب
يوم القيمة وعن الصادق ع قال قال النبي ص الف درهم اقرضها مرتين احب الي من ان اتصدق بها مرة وروي ان درهم الصدقة بعشرة دراهم والقرض بثمانية
عشر الى غير ذلك من الاخبار الدالة على عظم ثوابه وح فتنكير المص للاجر اما للتعظيم من قبيل له حاجب عن كل امر يشينه او للتكثير من قبيل ان له لابلا وان
له غنما وفي ظاهر الخبرين الاخيرين تدافع وطريق التاليف حمل الصدقة الراجحة عليه على صدقة خاصة كالصدقة على الارحام والعلماء والاموات
والمرجوحة فقد روي انها على اقسام كثيرة منها ما اجره عشرة ومنها سبعون وسبعمائة الى سبعين الف وقد روي ايضا ان القرض افضل من
الصدقة بمثله في الثواب ذكره الشيخ ره ونقله في كتب الفقه جماعة منهم العلامة في كتبه وهو يحتمل امرين احدهما وهو الظاهر ان الجار في بمثله
يتعلق بافضل والمعنى ان القدر المقرض افضل من المتصدق به بمقدار مثله في الثواب في الصدقة لما كان القدر المعروف من ثوابها والمشترك
بين جميع افرادها عشرة فيكون درهم القرض مثلا بعشرين الا انه يرجع الى ثمانية عشر ويوافق ح في المساواة الخبر السالف وذلك لان الصدقة
بدرهم مثلا اصابت عشرة وحصلت لصاحبها حين اخرج درهما ولم يعد اليه فالثواب الذي كسبه في الحقيقة تسعة فيكون القرض بثمانية عشر
لانه افضل منه بمثله لان درهم القرض يرجع الى صاحبه والمفاضلة انما هي في الثواب المكتسب وعلى هذا فالجار في قوله في الخبر في الثواب متعلق بافضل
ايضا لان المفاضلة في الحقيقة ليست الا فيه وان كان الحكم جاريا على القرض والصدقة الا ان الثواب لازم لهما فالتقدير بمثل المتصدق به يستلزم
التقدير بمثل ثوابه وح فلا يرد ما قيل من انه على هذا التقدير يلزم اسناد الشيء الى نفسه في قوله في الثواب لان الافضلية لا تكون الا باعتباره فانه على تقدير تسليمه
يجوز كون القيد لبيان الواقع من قبيل قتل النبيين بغير حق ويطير بجناحيه ومن ان المتفاضل فيه هو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله
لما بيناه من التلازم بينهما والامر الثاني ان الجار في قوله بمثله متعلق بالصدقة فيكون المعنى ان القرض بشيء افضل من الصدقة بمثل ذلك وقوله
في الثواب متعلق بافضل وح فانما يدل على افضلية القرض على الصدقة مطلقا لا على تقدير الرجحان وهو محتمل بحسب اللفظ الا ان الاول الطف واوفق
لمناسبة الخبر الاخر ويشتمل على سر لطيف وبلاغة في الكلام يناسب حال الكلام الصادر عن مشكوة النبوة الذي اوتي جوامع الكلم واعلم ان تحقق اصل
الثواب في القرض فضلا عن افضليته بوجه انما يكون مع قصد المقرض بفعله وجه الله تعالى كما في نظائره من الطاعات التي يترتب عليها الثواب فلو لم يقصد
هذا القصد سواء قصد غيره من الاغراض الدنيوية والرياسية ام لم يقصد لم يستحق عليه ثوابا كما لا يخفى قوله والاقتصار الخ الاولى كون الاقتصار
خبر مبتدأ محذوف تقديره وشرطه الاقتصار ونحوه فيكون عطف جملة على جملة اذ لم يتقدم من المفردات ما يحسن عطف هذا المفرد عليه مما يتفرع عليه قوله
فلو شرط النفع حرم عليه فان ارتبط بما سبق به قوله معونة وبعطفه عليها مجردا يكون علة للاجر وذلك لا يستلزم الحكم بتحريم شرط النفع وهو لفظ
قوله هذا الحكم اجماعي ومستنده ما روي عن النبي انه قال كل قرض يجر منفعة فهو حرام والمراد مع الشرط اذ لا خلاف في جواز التبرع بالزايد وغيره
من الاخبار ولا فرق في النفع بين كونه عينا وصفة ولا بين الربوي وغيره عندنا لاطلاق النصوص ولان الغرض من القرض مجرد الارفاق والاحسان
بخلاف البيع ومتى فسد العقد لم يجز للمقترض اخذه فلو قبضه كان مضمونا عليه كالبيع الفاسد للقاعدة المشهورة من ان كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
خلافا لابن حمزة هنا فانه ذهب الى كونه امانة وهو ضعيف قوله نعم الخ لا فرق في الجواز بين كون ذلك من نيتهما وعدمه ولا بين كونه معتادا وعدمه بل لا
يكره قبوله للاصل ولاطلاق النصوص بذلك وقد روي ان النبي ص اقترض بكرا فرد بازلا رباعيا وقال ان خير الناس احسنهم قضاء وروي مثله كثيرا
عن الائمة وبذلك يجمع بين ما تقدم من النهي عن قرض جر منفعة وبين ما روي عن الص ع ان خير القرض الذي يجر المنفعة اذا تقرر ذلك فان كانت الزيادة حكمية
كالوفاء الجيد بدل الردي او الكبير بدل الصغير كما صنع النبي ص ملكه المقرض ملكا مستقرا بقبضه وكان باجمعه استيفاء وان كانت عينية كما لو دفع
اثنا عشر من عليه عشرة ففي كون المجموع وفاء كالحكمي بناء على انه معاوضة على ما في الذمة غايته كونه متفاضلا وهو جائز بلا شرط وهو عدم الشرط او
يكون الزايد بمنزلة الهبة فيلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه على بعض الوجوه الاتية التفاتا الى ان الثابت في الذمة انما هو مقدار الحق فالزايد تبرع خالص
واحسان محض وعطية منفردة احتمالان ولم اقف فيه على شيء ولعل الثاني اوجه خصوصا مع حصول الشك في انتقال الملك عن مالكه على وجه اللزوم
قوله ولو اداه هذا الشرط جزئي من جزئيات ما تقدم وقد عرفت فساد شرط القرض والقول بالجواز هنا واخراج هذا الفرد من القاعدة للشيخ في النهاية
وتبعه عليه جماعة استنادا الى صحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبد الله ع عن الرجل يقرض الرجل الغلة فياخذ منه الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه
قال لا باس وذكر ذلك عن علي ع ولا يخفى بعده عن الدلالة على المدعى اذ ليس فيه انه شرط ذلك فيحمل على ما لو لم يشترط بل الظاهر منه ذلك جمعا وقد تقدم
جواز اخذ الزايد قدرا او وصفا مع عدم الشرط وح فالقول ضعيف والمراد بالطازج الخالص وبالغلة غيره وقد تقدم في الصرف قوله ويجوز الخ الضابط
في المثلي اعتبار ما يعتبر في السلم من الكيل والوزن والعد فيجوز اقراض المكيل وزنا لانه اضبط والموزون كيلا مع عدم الاختلاف المؤدي الى الجهالة
بان يكون قطعا كبارا يتجافى في المكيال ونحو ذلك وح فلو اقرض المقدر غير معتبر لم يفد الملك ولم يجز التصرف فيه وان اعتبر بعد ذلك ولو
تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه ويتخلص منه بالصلح كما هو وارد في كل ما يجهل قدره وسيأتي الخلاف في بعض الموارد التي لا يصح السلم فيها لعدم انضباطها
بالوصف قوله والخبز الخ لا شبهة في اقراض الخبز وزنا لانضباطه وانما الكلام في العدد فعندنا انه جائز ايضا للعادة ولرواية الصباح بن سيابة عن الصادق
ويظهر من كره انه عندنا اجماعي ويغتفر التفاوت اليسير المتسامح بمثله عادة ومثله الجوز والبيض وشرط في س في جواز اقراض الخبز عددا عدم علم
التفاوت والا اعتبر وزنا وينبغي تقييده بتفاوت لا يتسامح به عادة لا مطلق التفاوت لتحققه غالبا والرواية مصرحة بالجواز مع علمه قوله

والاقتصار على رد العوض فلو شرط النفع حرم ولم يفد الملك نعم لو تبرع المقترض بزيادة في العين او الصفة جاز ولو شرط الصحاح عوض المكسرة قيل يجوز والوجه المنع الثاني ما يصح اقراضه وهو كل ما يضبط وصفه وقدره فيجوز اقراض الذهب والفضة وزنا والحنطة والشعير كيلا ووزنا والخبز وزنا وعددا نظرا الى المتعارف وكل ما يتساوى اجزاؤه يثبت في الذمة مثله كالحنطة والشعير والذهب والفضة
متن

٢٠٢ وكذا آه اشار بذلك الى ضابط المثلي وهو ما تساوى اجزاؤه في القيمة والمنفعة وتتقارب صفاته بمعنى ان قيمة نصفه تساوي قيمة النصف الاخر وهكذا
منافعها في المنفعة وتقاربها في الوصف هكذا كل جزء بالنسبة الى نظيره لا مط وذلك كالحبوب والادهان وقد جرت العادة بتحقيق ذلك في باب الغصب
الا ان المصنف اشار هنا الى الفرق لكان الحاجة اليه ولا خلاف في اعتبار المثل في المثلي مع وجوده ومع تعذره ينتقل الى القيمة وفي اعتبارها يوم القرض
او التعذر او المطالبة اوجه اوجهها الاخير لانه وقت الانتقال الى القيمة اذ الثابت في الذمة انما هو المثل الى ان يطالب به ووجه الاول سبق علم الله
بتعذر المثل وقت الاداء فيكون الواجب هو القيمة وضعفه ظ لان المنافات بين وجوب المثل وقت القرض طردا للقاعدة الاجماعية والانتقال
الى القيمة عند المطالبة لتعذره ووجه الثاني انه وقت الانتقال الى البدل الذي هو القيمة وفيه ان التعذر بمجرده لا يوجب الانتقال الى القيمة
لعدم وجوب الدفع فيستصحب الواجب الى ان يجب دفعه بالمطالبة بحيث لم يوجد الان ينتقل الى قيمته قوله وما ليس كذلك آه الكلام هنا في موضعين
احدهما ان الواجب في عوض القيمي وهو ما يختلف اجزاؤه في القيمة والمنفعة كالحيوان ما هو قولان احدهما هو المشهور قيمته مط لعدم تساوي جزئياته
واختلاف صفاته فالقيمة فيه اعدل وهو قول الاكثر وثانيهما ما مال اليه هنا ولعله اقوى مما لا انه لا قائل به من اصحابنا كما يشعر به قوله وقيل وهو ضمانه
بالمثل مط لان المثل اقرب الى الحقيقة وقد روي ان النبي اخذ عوض قصعة امرأة كسرت قصعة اخرى وحكم بضمان عائشة اناء حفصة وطعامها
لما كسرته وذهب الطعام بمثلها والخبران عاميان ومع ذلك فيهما حكاية حال لا تعم فلعل الغريم رضي بذلك ومورد هما مطلق الضمان وعوضنا
بحكمهم بالقيمة في معنى الغصب وثالثها ضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف وهو ما يصح السلم فيه كالحيوان والثياب وفي ضمان ما ليس كذلك بالقيمة
كالجواهر والقسي اختاره في كرة محتجا على الاول بان النبي استقرض بكرا فامر برد مثله وفيه على تقدير صحة السند ان مطلق الدفع اعم من
الوجوب ولا شبهة في جواز ذلك مع التراضي كيف وقد زاد خيرا منه وما امر به لو صح لم يقع اذ لم ينقل ذلك فلا بد له على تحقيق البرائة بل
يجوز كونه مشروطا بالتراضي والاولى المشهور والثاني على تقدير اعتبار القيمة مط او على بعض الوجوه فالمعتبر قيمته وقت التسليم على اختاره
المص هنا لانه وقت الملك لما سيأتي من ان الاولى تحققه بالقبض ويكون وقت الثبوت في الذمة وقيل وقت القرض ذكره انفاضل في عدة علله
الشارح بما ذكرناه سابقا من انه وقت الثبوت في الذمة وليس بواضح اذ لا انتقال اليها قبل القبض ولعله يجوز في اطلاق القرض على القبض بناء على
الغالب من اتصال القبض باللفظ الدال على القرض الذي هو الايجاب ومن ان القبض هو القبول بناء على الاكتفاء بالفعل كما اختاره وهو لغاية
في العادة فيكون القرض مستلزما للقبض عادة او غالبا وقيل الاعتبار بالقيمة وقت التصرف بناء على انتقال الملك به روسيا ولا اعتبار بالقيمة
يوم المطالبة هنا قولا واحدا الا على القول بضمانه بالمثل وبعد فيعتبر يوم المطالبة كالمثلي على اصح الاقوال وقد تقدم قوله ويجوز آه لا خلاف
اقراض عندنا في جواز اقتراض الجواري للاصل والضبط وجواز السلف فيهن فجاز قرضهن كالعبيد وخالف في ذلك بعض العامة مع اطباقهم على جواز اقتراض
العبيد والجارية التي لا تحل للمقترض وطؤها بسبب رضاع او مصاهرة وحيث جاز اقتراضها يحل وطؤها بالقبض كما يباح غيره من المنافع ان
قلنا بانتقال الملك بالقبض ولو اوقفناه على التصرف لم يحل ولو كانت ممن ينعتق عليه عتقت ايض بناء على ذلك واما ارتجاعها بعد الوطي مع
بقاء المماثلة فيبنى على ما سلف من ضمان القيمي بمثله او بقيمته واولى بالجواز لو رد العين لان الانتقال الى القيمة انما وضع بدلا عن العين فاذا
امكنت ببذل المقترض كانت اقرب الى الحق من القيمة وكذا القول في غيرها قوله وهل يجوز آه القول بعدم الجواز للشيخ في ط بناء على ان الوصف
لا يضبطه وهو مبني على القول بوجوب رد المثل في مثل ذلك اما على القول بالقيمة فيه او مط فالقول بالجواز اجود لانضباطه بالقيمة وعلى هذا هل
يعتبر في صحة القرض العلم بقيمته عنده ليضبط حال العقد فان ذلك بمنزلة تقدير ما يقدر بالكيل والوزن ام يكفي في جواز اقتراضه مشاهدته
على حد ما يعتبر في جواز بيعه ويبقى اعتبار القيمة بعد ذلك لاجل اداء الصحة على المقترض معرفتها مراعاة لبرائة ذمته حتى لو اختلفا في القيمة فالقول
قوله وجهان واطلاق كلام الاصحاب يدل على الثاني وللاول وجه وجيه ما كان به قائل قوله القرض آه هذا هو المشهور بين الاصحاب وكثير منهم لم يذكر فيه
خلافا وقيل لا يملك الا بالتصرف ونسبه الشهيد ره في بعض حواشيه الى الشيخ وفيه نسب المشهور الى الشيخ وحكى الاخر بلفظ قيل ووجه الاول
ما اشار اليه المص من ان التصرف فرع الملك وتابع له فيمتنع كونه شرطا فيه والا لزم كون الشيء الواحد سابقا على اخر ولاحقا له وهو دور وقد يوجه
بوجه اخر وهو ان التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكا لقبح التصرف في مال الغير ولا يصير ملكا له حتى يتصرف فيه فيلزم توقف التصرف على الملك و
الملك على التصرف وفيه نظر واضح لمنع تبعية التصرف للملك مط وتوقفه عليه بل يكفي في جواز التصرف اذن المالك فيه كما في غيره من المأذونات
ولا شك ان الاذن للمقترض حاصل من المالك بالايجاب المقترن بالقبول فيكون ذلك سببا تاما في جواز التصرف ونافصا في افادة الملك و
بالتصرف يحصل تمام سبب الملك ثم ان كان التصرف غير ناقل للملك واكتفينا به فالامر واضح وان كان ناقلا افاد الملك الضمني قبل التصرف بلحظة
يسيرة كما في العبد المأمور بعتقه عن الامر غير المالك بل نقول في ان هذا القائل يجعل التصرف كاشفا عن سبق الملك مط وعلى هذا فلا اشكال
من هذا الوجه ويؤيد هذا القول اصالة بقاء الملك على اصله الى ان يثبت المزيل وان هذا العقد ليس شرعا محضا اذ يجب فيه البدل وليس على
طريق المعاوضات فيكون كالاباحة بشرط العوض لا يتحقق الملك معه الا مع استقرار بدله وكالمعاطاة ومع ذلك كله فالعمل على المشهور بل لا يكاد
الملا م يتحقق وتظهر فائدة القولين في جواز رجوع المقرض في العين ما دامت باقية ووجوب قبولها لو دفعها المقترض وفي النماء قبل التصرف ان قلنا
يكون التصرف ناقلا للملك حقيقة او ضمنا فانه للمقرض على المشهور وللاول على الاخر ولو قلنا بالكشف احتمل كونه كذلك بمعنى كون التصرف
كاشفا عن سبق الملك قبله بلا فصل كالملك الضمني ويمكن بل هو الظ ان يريد به كونه كاشفا عن سبق الملك من حين القبض فالنماء للمقترض على

في احكام القرض

٢٠١ القولين ويظهر الفائدة ايض في نفقته لو كان حيوانا وفي وقت انعتاقه لو كان ممن ينعتق على المقترض وفي جواز وطي الامة اذ لم يحصل من اللفظ ما يفيد
التحليل ولم يتحقق الملك ووطي الامة منحصر فيهما بخلاف غيره من التصرفات مع احتمال جواز الوطي على القولين كما لو اشترى الامة معاطاة اذ الفرض ذلك
فالمراد بالتصرف الموجب للملك على هذا القول لم يرد في كلام اصحابنا تصريح بشيء وكان الباعث عليه عدم الاهتمام بشأن القول لم يفرع عليه و
الشهيد ره لكن تعليله يشعر بان المراد بالتصرف المتلف للعين او الناقل للملك كما يستفاد من جملة المجزاة الاولى مضمونا ويظهر من بعض تحقيقاته انه اراد
مطلق التصرف وان لم يزل الملك الا انه علل في دروسه القول بما يأبى ذلك وفي كرة نقل عن الشافعية في التصرف ثلثة اوجه الاول وكنايه
ما ذكرناه والثالث كل تصرف يستدعي الملك فلا يكفي الرهن على الثالث ويكفي هو والاجارة وطحن الطعام وخبز الدقيق وذبح الشاة على الثاني
ويكفي البيع والاعتاق والاتلاف على الجميع ولم يرجح شيئا منها قوله وهل له آه الحكم هنا مبني على الخلاف السابق فان قلنا ان المقترض لا يملك الا
بالتصرف باي معنى اعتبرناه فللمقرض الرجوع في العين قبله لانها ملكه وان قلنا يملك بالقبض فهل يمكن القول بذلك ظ عدمه لانه جعل هذه
المسئلة متفرعة على تلك بالفاء ويظهر من المص هنا ان الخلاف في هذه المسئلة جار وان قلنا يملك بالقبض وهذا هو الظ وتتفرع المسئلة على
القول بملكه بالقبض لو طلب المقرض عين ماله مع بقائها هل يلزمه اجابته قال الشيخ نعم محتجا بانه عقد يجوز الرجوع فيه في موضع الجواز وهذا
التعليل ظ في كونه متفرعا على ملك المقترض كالهبة وجوابه المنع من المساواة فان ملك المقترض يقتضي تسلطه عليها واللازم له انما هو العوض
فيتخير فيه ولا يلزم ثبوت التخيير في الهبة بدليل خارج الحاق غيرها بها ويمكن تعليله ايض بالاتفاق على ان القرض عقد جائز ومن شأن العقد
الجائز ان من اختار فسخه رجع الى عين ماله الا الى عوضه كالهبة والبيع بخيار ولو جاز فسخ القرض من دون اخذ العين لادى الى لزومه لان العوض الثابت
في الذمة في الحقيقة هو احد العوضين في هذه المعاملة من قبل المقترض والعوض الاخر هو العين المنتقلة من المقرض ومقتضى فسخ العقد الجائز
بالاصل او بالعارض ان يرجع كل منهما الى عوضه مع بقائه والى بدله مع تلفه فخروج هذا العقد عن هذا الحكم مع جوازه لا وجه له واما رجوعه بالعوض
الذي يثبت في ذمة المقترض بالقبض فهو احد عوضي المعاوضة كما ذكرناه وانحصار الحق فيه انما يناسب لزوم المعاوضة لا جوازها وهذا توجيه حسن
لم ينبهوا عليه نعم في كرة لما نقل عن بعض الشافعية القول بجواز الرجوع في العين محتجا بان المقرض يمكن من اخذ بدل حقه فلئن يمكن من مطالبة
بعينه كان اولى ولا ينافيه ملك غيره له كما يرجع الواهب في الهبة اجاب بان القبض يوجب الانتقال الى الذمة كما يملك البايع الثمن بعقد البيع
وليس له الرجوع في العين قال والفرق بينه وبين الهبة ان الواهب ليس له الرجوع على المتهب بعوض الهبة بخلاف القرض انتهى وانت خبير بجواب هذا
اللازم ره كله اذا احطت بما حررناه واستشهاده على ذلك بالبيع عجيب فان البيع من العقود اللازمة بخلاف القرض فلو فرض جوازه كالبيع بخيار فان الفاسخ يرجع الى عين
ماله كما بيناه ويصير مناسبا للقرض لا ما استشهد به واما فرقه بينه وبين الهبة بما ذكر فهو حق الا انه لا يبعد لما لان الهبة عطية محضة لا يقابلها
من الجانب الاخر عوض لازم بخلاف القرض فاذا رجع الواهب في الهبة لا مجال له الا في عين ماله واذا رجع المتهب تعين عليه رد العين اذ ليس غيرها بخلاف
القرض فان هناك عوضا هو المثل او القيمة ومعوضا وهو العين فمن فسخ رجع الى حقه وقد يعلل ايض بان الانتقال الى المثل او القيمة انما كان
لتعذر العين ولو بالملك فاذا امكن الرجوع الى العين بفسخ الملك حيث يمكن لا يبعد عن الحق الى بدله وهذا غاية ما يوجه به هذا القول ويمكن الاحتجاج
للمشهور بناء على الملك بالتسلط بان الاصل في ملك الانسان ان لا يتسلط عليه غيره الا برضاه والثابت بالعقد والقبض للمقرض انما هو البدل فيستصحب
الحكم الى ان يثبت المزيل ولا سند له يعتد به الا كون العقد جائزا يوجب فسخه ذلك وفيه منع ثبوت جوازه بالمعنى الذي يدعيه اذ لا دليل عليه وما
اطلقوه من كونه جائزا لا يعنون به ذلك لانه قد عبر به من ينكر هذا المعنى وهو الاكثر وانما يريدون بجوازه تسلط المقرض على اخذ البدل اذا طالب به
متى شاء واذا ارادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح وان كان مغايرا لغيره من العقود الجائزة من هذا الوجه فلا اتفاق على جوازه
بمعنى يثبت به المدعى ولا دليل صالحا على ثبوت الجواز له بذلك المعنى المشهور فيبقى الملك وما يثبت في الذمة حكمها الى ان يثبت خلافه وهذا هو
الوجه قوله لو شرط آه اي شرط تأجيل مال القرض في عقده ويمكن ان يريد به ما هو اعم بان يشترط في عقد القرض تأجيل مال سواء كان القرض ام غيره
والحكم فيهما واحد لان عقد القرض كما مر من العقود الجائزة لا يلزم ما يشترط فيها ويجيء على ما قررناه من لزومه على ذلك الوجه احتمال لزوم هذا الشرط
مضافا الى عموم قوله المؤمنون عند شروطهم وغير ذلك مما دل على لزوم ما شرط في ضمن اللازم اذ ليس هذا العقد على حد العقود الجائزة
ليقطع فيه بعدم لزوم الشرط ولا على حد اللازمة ليلحقه حكمها ويمكن على هذا ان يرجع الى عموم الادلة الدالة على لزوم الالتزام بالشروط والوفاء بالعقود
ولو شرط تأجيله في غير القرض من العقود اللازمة بان باعه شيئا وشرط عليه تأجيل قرضه الى شهر مثلا فالاقوى لزومه ووجوب الوفاء به لما تقدم
من عموم الامر بالوفاء بالعقود والشروط وهي كالجزء منها وقيل لا يلزم الوفاء به بل يقلب العقد اللازم جائزا بمعنى ان المشروط عليه لو اخل
بالشرط تسلط الاخر على فسخ العقد المشروط فيه وجعلوا ذلك قاعدة كلية هي ان الشرط الجائز في اللازم يقلب اللازم جائزا ومثله الشرط اللازم
في اللازم واللزوم مط اجود وقد تقدم البحث فيه نعم لو امتنع من شرط عليه من الوفاء بالشرط ولم يمكن اجباره تسلط المشروط له على الفسخ الا
ان هذا الامر العارض للعقد لا ينافي لزومه في اصله وبذلك يجمع بين الادلة والحق قوله وكذا آه المراد بتأجيل الحال ان يعبر صاحب الدين
بعبارة تدل عليه من غير ذكره في عقد كان يقول اجلتك في هذا الدين مدة كذا ووجه عدم اللزوم بذلك واضح اذ ليس ذلك بعقد يجب الوفاء
به بل هو وعد يستحب الوفاء به والرواية المذكورة رواها الحسين بن سعيد ومحصلها انه ان مات وقد اقرض الى اجل يحل وهي مشعرة بجواز
التأجيل وحملها على الندب كما قلناه اولى واشار بالتسوية بين الامور المذكورة الى الخلاف بعض العامة حيث ذهب الى ثبوت التأجيل في ثمن

٢٢٢ المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع دون القرض وبدل المتلف والى خلاف اخرين منهم الى ثبوته في الجميع قوله تم آه مع تراضيهما بذلك وكما يعتبر التراضي
في اسقاط البعض يعتبر في تعجيله بغير اسقاطه لان الاجل ايضا حق لهما لتعلق غرض كل منهما به فان التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر بالقبض او خوف
ونحوه وبالنسبة الى الاخر واضح لكن اسقاط الاجل يكفي فيه مجرد الرضا اما اسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك كما يقتضيه ظاهر اطلاقهم ويكون الرضا بالبعض
قائما مقام الابراء فانه كما يظهر من تضاعيف كلامهم في مواضع متفرقة انه لا يختص بلفظ وفي كتاب الجنايات يقع بلفظ العفو ونحوه فيكون هذا منه
ويحتمل توقفه على لفظ يدل عليه صريحا كالبراءة والاسقاط والعفو والصلح لا مطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى ان يتحقق المزيل الشرعي
قوله من كان عليه دين آه وجوب نية القضاء ثابت على كل من عليه حق سواء كان ذو الحق غائبا ام حاضرا لان ذلك من احكام الايمان كما قالوا في العزم
على الواجب في الوقت الموسع لا لكونه بدلا عن التعجيل وانما ذكر الوجوب مع الغيبة المنقطعة تاكيدا ولعل المراد انه يجب تجديد العزم السابق لعدم
دليل على هذا الوجوب واما وجوب العزل عند الوفاة فهو مناسب لتميز الحق والبعد عن تصرف الوارث فيه وربما قيل بوجوب العزل عند الياس
من الوصول اليه وان لم يحضر الوفاة وهو احوط واما العزل عند الوفاة فظاهر كلامهم خصوصا على ما يظهر من لفظه انه لا خلاف فيه والا امكن النظر في القول
بعدم الوجوب لاصالة البراءة مع عدم النص قوله ولو لم يعرف آه المعتبر في الاجتهاد هنا بذل الوسع في السؤال عنه في الاماكن التي يمكن كونه او خبره بها ويستمر
كذلك على وجه لو كان لظهر فاذا ايس منه قال الشيخ ره يتصدق به عنه وتبعه عليه جماعة من الاصحاب وتوقف المص هنا والعلامة في كثير من كتبه
لعدم النص على الصدقة ومن ثم ذهب ابن ادريس الى عدم جوازها لانه تصرف في مال الغير بغير ماذون فيه شرعا ولا شبهة في جوازه وانما الكلام في تعينه
ووجه الصدقة انها احسان محض بالنسبة الى المالك لانه ان ظهر ضمن له عوضها ان لم يرض بها والا فالصدقة انفع له من بقائها المعرض لتلفها
بغير تفريط المؤدي الى سقوط حقه وقد قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل خصوصا وقد ورد الامر بالصدقة في نظائر كثيرة لها ووجه العمل بهذا
القول اجود خصوصا مع تعذر قبض الحاكم لها اما معه فهو احوط وحيث يمكن مراجعته فهو اولى من الصدقة بغير اذنه وان كان جائزا لانه ابصر بمواقعها
ومصرفها مصرف الصدقة المندوبة وان وجبت على المدين او وارثه بالعارض فانه بمنزلة الوكيل والوصي الذي يجب عليه الصدقة وان كانت
في اصلها مندوبة وقد عرفت انه يضمن مع ظهور المالك وعدم رضاه بها ولو دفعها الى الحاكم فلا ضمان وان تلفت في يده بغير تفريط ولم يرض المالك
اما مع بقائها معزولة في يده او يد وارثه فينبغي ان يكون حكمها حكمها لو كانت في يد الحاكم لان الاذن الشرعي في عزلها يصيرها امانة في يده فلا يتبعه الضمان
مع احتماله لان الامانة هنا شرعية لا مالكية والامانة الشرعية قد يتبعها الضمان قوله الدين لا يتعين آه هذه المسئلة بباب المضاربة اليق وانما ذكرها
هنا لمناسبة ما والحاصل ان المضاربة لا تصح الا بعين النقدين فلا تصح بالدين وان كانت المضاربة للمدين لان ما في الذمة وان كان مقبوضا او
بمنزلته الا ان شرط المضاربة تشخصه لكونه مقبوضا على جهة كلي كالدين وح تقع المضاربة باطلة فان كان العامل هو المدين ثم ميزه واتجر به فالربح كله
له لان المال لم يتعين للمالك بتعيينه اذ لم يجعله وكيلا في التعيين وانما جعل معه مضاربة فاسدة وان كان ثالثا فالربح للمالك لانه وكيل المالك
في قبض الدين فيتعين بتعيين المدين وقبض الوكيل ولا يرد ان فساد المضاربة يستلزم فساد القبض لانه تابع لها لمنع الملازمة فان فساد المضاربة انما
يقتضي فساد لوازمها وقبض المال من المدين امر خارج عن المضاربة واحكامها فيكون بمنزلة الوكيل بالنسبة الى قبض المال والمضاربة بالنسبة الى العمل
فيبطل متعلق المضاربة خاصة كالجمع في عقد واحد بين شيئين فيفسد احدهما فانه لا يقتضي فساد الاخر وح فيكون للعامل اجرة المثل كما هو مقتضى
المضاربة الفاسدة مع جهله والربح للمالك مع اجازته الشراء بالعين ولو كان الشراء في الذمة فالربح للعامل ان نوى الشراء لنفسه والا فلا واعلم
ان في الفرق بين المديون والثالث حيث صحح اقباضه دونه نظر لان المضاربة الفاسدة ان اقتضت كالة في القبض خارجة عن حقيقتها فليكن في المديون
كذلك فان الصيغة انما اقتضت المعاملة على الدين الذي في الذمة فكما لا يمكن الاجنبي العمل به ما دام في الذمة لانه كلي لا وجود له في الخارج فاقتضى
ذلك الاذن له في قبضه الذي زعموا كونه وكالة كذلك نقول في المديون فانه لا يمكنه العمل بنفس دين المالك الذي في ذمته بل لا بد من افرازه والشراء
به كما في الثالث ان العامل لا يصح له ان يشتري الا بالعين وح فالمضاربة الفاسدة ان كانت مجامعة للوكالة في تعيين المال فهي واقعة في الموضعين والا فلا
وايضا فكون ذلك امرا خارجا عن مقتضيات المضاربة في محل النظر بل الظاهر انه بعض لوازمها وتوابعها فينبغي ان يتبعها في الفساد قوله الذمي اذا
باع آه التقييد بالذمي لاخراج الحربي اذ لا يجوز اخذ ثمن ذلك منه لعدم اقرار الشريعة له على ذلك ولا بد من تقييد الذمي بكونه مستترا في بيع ذلك كما
هو مقتضى اقرار الشريعة فلو تظاهر به لم يجز قوله اذا آه المراد انه باع ما في الذمة غير صحيحة وعبر عن البطلان بلازمه وهو كون الحاصل لهما والذاهب عليهما
والحيلة في تصحيح ذلك ان يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد اعطائها صاحبه ويقبل الاخر بناء على صحة الحوالة ممن ليس في ذمته دين ولو فرض سبق
دين له عليه فلا اشكال في الصحة ولو اصطلحا على ما في الذمم بعضا ببعض فقد قرب في س صحته وهو حسن بناء على اصالته ويتوجه قول المص بالتاء
المثناة من فوق بمعنى يهلك بين نوى المال بكسر الواو وتوى اذا هلك قوله اذا باع الدين آه الرواية رواها محمد بن الفضل عن الرضا وقريب منها
رواية ابو حمزة عن الباقر وانما اقتصر المص على رواية واحدة لان الثانية ليست صريحة في المط وعمل بمضمونها الشيخ وتبعه على ذلك ابن البراج والمستند
ضعيف مخالف لاصول المذهب لعموم الادلة واطلاقها من الكتاب والسنة وربما حملنا على الضمان مجازا لانه معاوضة تشبه البيع او على فساد البيع فيكون
دفع ذلك الاقل ماذونا فيه من البايع في مقابلة ما دفع ويبقى الباقي لمالكه والاقوى انه مع صحة البيع يلزمه دفع الجميع ولا بد من رعاية السلامة من الربا
ورعاية شروط الصرف لو كان اثمانا ولو وقع ذلك بصيغة الصلح صح ايضا وسلم من اعتبار الصرف لا من الربا على الاقوى فيهما لدخول الربا في كل معاوضة
عملا باطلاق الاية واختصاص الصرف بالبيع ومنع ابن ادريس من بيع الدين على غير من هو عليه مط وهو ضعيف **المقصد السادس في دين المملوك**

٢٢٣ قوله لا يجوز للمملوك آه جعل الاجارة تصرفا في نفسه واضح اما الاستدانة ونحوها من العقود الموجبة لجعل شيء في ذمته فوجه الحاقه بالتصرف في نفسه
انه يجعل نفسه مديونا فيه مناسبة للتصرف فيها بوجه وانما لم يجز التصرف فيما في يده على تقدير الحكم بملكه له لانه على ذلك التقدير محجور عليه
كالسفيه فلا ينفذ تصرفه بدون اذن المولى قوله وكذا لو اذن له آه لا بد قبل الكلام على العبارة من تحرير المسئلة فنقول اذا اذن السيد لعبده في ان
يشتري لنفسه اي لنفس العبد فهل يصح هذا الاذن بمعنى وقوع الشراء للعبد ام لا يصح بمعنى ان العبد هل يمكن ان يملك مثل هذا ام لا والاصح العدم
فاذا لم نقل بملك العبد واشترى هل يقع الشراء للسيد ام لا يحتمل الاول لان الشراء لنفسه يتضمن امرين الاذن في الشراء وتقييده بكونه لنفسه
فاذا بطل القيد بقي المطلق لان المطلق جزء المقيد فيقع للمولى لانه اذن في الابتياع في الجملة ولهذه المسئلة نظائر كثيرة في الفقه وغيره يدعى ان
المقيد يدل على المطلق بالجهة التي اشرنا اليها ويحتمل الثاني لان الاذن في الشراء لنفسه وقع فاسدا فلا يترتب عليه صحة البيع ويمنع من كون المقيد
يدل على المطلق فان الاذن انما تعلق بامر واحد وهو المقيد المخصوص بالعبد فحيث لم يصح كان الابتياع باطلا لانه غير ماذون فيه فلا يتم ملكا
للمولى لانه لم ياذن فيه على هذا الوجه وهذا هو الاقوى ثم على القول بوقوعه للمولى لو كان المبيع امة هل يستبيح العبد بضعها بهذا الاذن قيل لا
لاستلزام الاذن من المولى له في الشراء لنفسه الاذن له في الوطي لانها اذا كانت مملوكة للعبد كان جميع التصرفات له حلالا ومن جملتها الوطي فاذا بطل
الاذن الاول لعارض وهو عدم اهليته للملك نرفع بقي الثاني الداخل ضمنا او التزاما لان العبد اهل للاباحة كما تستبيح الامة التي باذن
لرقبها المولى فاستباحة الوطي بتلك الاذن لا من حيث الملك بل الاستلزامه الاذن ويضعف بان الماذون فيه هو الشراء لنفسه فان تحقق استلزم
اباحة التصرفات اما الاذن في التصرف مع كونه غير مالك للرقبة فغير حاصل ومن الجائز رضى المولى بكون العبد مالكا لنفسه ولا يرضى بوطئه
المولى فلا ملازمة بين الامرين فاذا لم يقع الشراء للعبد لم يستبح الوطي وهذا هو الاقوى وح فاستباحة العبد وطي الامة المذكورة ضعيفة
مبنية على ضعيف وهو وقوع الشراء للمولى فهو ضعيف في ضعيف فاذا تقرر ذلك فلنعد الى العبارة فنقول المشبه به المشار اليه بذا في قوله
وكذا لو اذن له المالك لا يجوز ان يكون هو الحكم السابق الذي حاصله انه لا يجوز التصرف المذكور الا باذن سيده لانه يصير التقدير انه لا يجوز
شراء الماذون في شرائها لنفسه الا بالاذن وظاهر فساده لان المفروض تحقق الاذن وايضا فالاشكال واقع مع الاذن كما قد عرفت بل الاولى كون
المشبه به هو اصل الحكم مجردا عن الاستثناء وهو عدم جواز تصرف العبد فيصير التقدير وكذا لا يجوز تصرفه لو اذن له سيده ان يشتري لنفسه
لكن يبقى فيه اجمال من حيث انه مع عدم الجواز هل يقع باطلا من راس او يقع للمولى ونظر الاطلاق الاول ثم قوله وفيه تردد اي في الحكم المذكور وهو عدم
جواز شرائه ما اذن في شرائه لنفسه وجعل منشا التردد انه اي العبد يملك وطي الامة المبتاعة وهذا يحتمل امرين احدهما ان يريد بالامة المبتاعة
التي تستبيح وطيها هي هذه الماذون في شرائها لنفسه ووجه التردد ح انه في عدم الصحة على هذا التقدير يتردد من حيث ان الماذون فيه لو
كان انه لملك وطؤها فلا يقع الاذن لاغيا بحيث يبطل فيما تضمنه عدم الجواز ولا يخفى فساد هذا المعنى ناتجا عن المتنازع وكيف يجعل منشا
التردد والثاني ان يريد بالامة المبتاعة التي ابتاعها العبد للمولى مع الاذن في وطيها بان يوكله المولى في ان يشتري امة ويطاها وهذه لا
اشكال في استباحة وطيها من الجهات المتقدمة فان شراء العبد لمولاه صحيح واباحة المولى له وطي امته صحيح ايضا واذا كانت الاذن المتضمنة للتقدير
يفيد اباحة الوطي على قول معتبر مع فساد ما دخلت في ضمنه فكيف لا الاذن المصرحة مع صحة الشراء المضموم اليه الاذن ووجه كون هذه منشا للتردد
في المسئلة المذكورة ان المسئلة اقتضت باطلاقها ان اذن المولى له ان يشتري لنفسه غير صحيح فتردد المص في اطلاق عدم الصحة من حيث انه
قد يصح في بعض الصور وهي المذكورة وفيه ان المتردد فيه الشراء لنفسه لا الاباحة واين هذا من ذلك ثم ان في صحة الاذن في المثال نظرا من حيث انه
اذن فيما لا يملكه المولى حين الاذن فيمكن القدح في الصحة ثم قول المص بعد ذلك مع سقوط التحليل في حقه اشارة الى ان هذه الاذن ليست تحليلا
من المولى لعبده لان العبد ليس اهلا للتحليل بناء على انه تمليك منفعة والعبد لا يقبل التمليك فصحة وطئه للامة المبتاعة ليس من حيث
التحليل بل من حيث الاباحة والاذن ويشكل بان التحليل لا يعلم كونه تمليكا بل يحتمل كونه عقدا او اباحة كما سياتي والعبد قابل لهما فلا
يعلم انتفاء التحليل في الامة المذكورة الا ان يقال ان الاذن السابقة على شراء الامة لا يمكن حملها على العقد لان المولى لا يملك العقد على امة الغير
فبقي ان يكون اباحة واذنا محضا فدل على تاثير الاذن السابقة في الجملة وعلى كل حال فعبارة المص في تعليله ليست بجيدة مط قوله ان آه محل النزاع
ما اذا استدان العبد باذن المولى لنفسه اما لو استدان للمولى فهو على المولى قولا واحدا ونبه عليه في لف والقولان للشيخ ره او لهما في الاستبصار
وتبعه عليه جماعة منهم العلامة في لف استنادا الى رواية ابي بصير لانه فيهما خالف القواعد الشرعية فان العبد بمنزلة الوكيل وانفاقه على المال على
نفسه في المعروف باذن المولى انفاق لمال المولى فيلزمه كما لو لم يعتق ويشهد للقول الثاني صحيحة ابي بصير عن الباقر وهو الاقوى قوله ولو آه هذا
التفريع واضح بعد الحكم بلزوم دينه للمولى لان المقسط هو مقتضى الاستحقاق في ذمته وروايته زرارة عن الباقر تدل عليه ايضا وفي الحقيقة لطلاق
غرماء العبد بطريق المجاز لوقوع الاستدانة منه والا فالجميع غرماء المولى قوله ولو آه من القواعد الاصولية ان الامر بالكلي ليس امرا بجزئي معين وان توقف
تحققه عليه بالعرض ومقتضى الاطلاق التخيير وانما اختص هنا بالنقد بواسطة قرائن خارجية عينت بعض افراد الكلي وهو الاضرار بالمولى في النسيئة
بثبوت شيء في ذمته بخلاف النقد لجواز ان لا يقدر المولى على غير ما دفعه العبد من المال اذ لا غرض له فيه وهذا هو حاصل ما اجاب به الفاضل قدس
الله سره ولما اعترض عليه العلامة المحقق قطب الدين الرازي حين قرء هذه المسئلة من القواعد بان البيع امر كلي والنسيئة جزئي فلم لا يدل الامر
اولا بان البيع اعم فلا يدل على النسيئة باحد الدلالات فاورد عليه العلامة انه لا يلزم من نفي الدلالة نفي الاستلزام لجواز كون اللزوم غير بين ثم

عارضه بالنقد فعدل الفاضل الى الجواب بما اشرنا اليه اولا من ان في النسية اضرارا بالمولى بثبوت شيء في ذمته بخلاف النقد قوله ولو اه اي لو تلف
الثمن قبل تسليمه الى البائع والحال انه قد اشترى نسية فانه يلزم المولى عوضه لان تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد وليس المراد به الثمن المعين
لان تلفه يبطل البيع فلا يلزم المولى عوضه ولا فرق بين تلفه بيد العبد بتفريط وغيره ولو لم يكن السيد اذن في الشراء بالذمة فاشترى بها ثم تلف الثمن
الذي دفعه اليه لم يلزم السيد بدله وح فان تبرع السيد بدفع ثانيا صح العقد لانه لا تبرع كالفضولي للسيد والبيع وقع له فاذا دفع الثمن صح له
الا فيتخير البائع الفسخ قوله واذا اذن اه يمكن ان يريد بمملوك المأذون الحقيقة تفريعا على القول بانه يملك بل هذا هو الظاهر ويمكن ان يريد به معناه المجازي
لان الاضافة تصدق بادنى ملابسة فيريد بمملوكه من هو في خدمته من مماليك المولى حالة التجارة بحيث يدخل تحت امره كما هو الواقع في كثير من التجار بالنسبة
لبعض عبيدهم وعلى التقديرين لا يملك المأذون له الاذن لمملوكه بما يعني اعتبر لان المولى انما اعتمد على نظره فلم يكن له ان يتجاوز ثم الاستنابة كالتوكيل وكذا
ليس للمأذون ان يوكل غيره لعين ما قلناه ونبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث ذهب الى ان للمأذون ان ياذن لعبده في التجارة مع ان ابا حنيفة
لا يقول بان العبد يملك فلذلك جعلنا العبد المذكور محتملا للمعنى المجازي بالنسبة الى المأذون قوله ولو اذن له في التجارة الى قوله فيه مجملا اذا
استدان المأذون له في التجارة فان كان لضرورتها ككفل المتاع وحفظه ونحوهما مما لا يحتاج الى ذلك يلزم المولى وغير الضروري لها وما خرج عنها
لا يلزم المولى فان كانت عينه باقية رجع الى مالكه والا فالاولى انه يلزم ذمة العبد فان اعتق اتبع به بعده والا ضاع وقيل يستسعى العبد فيه مجملا
استنادا الى اطلاق رواية ابي بصير وحملت على الاستدانة للتجارة ويشكل بان ذلك يلزم المولى من سعي العبد وغيره والاولى ان استدانته لضرورة
التجارة انما يلزم بما في يده فان قصر استسعى في الباقي ولا يلزم المولى من غير ما في يده وعليه تحمل الرواية قوله اذا اقترض اه وجه التخيير ان كلا منهما قد ثبت
يده على ماله فيرجع على من شاء فان رجع على المولى قبل ان يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد وان اعتق لاستقرار التلف في يده ولان المولى لا يثبت له
مال في ذمة عبده وان كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد فان كان عند اخذه للمال عالما بانه قرض فلا رجوع له على العبد ايضا وان كان قد غرم العبد
بان المال له ابحر رجع على العبد للغرور ولو رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده الا ان يكون قد
غر المولى فلا رجوع له عليه كامر **خاتمة** قوله اجرة الكيال اه المراد باجرة الدلال على من يأمره فان امره الانسان ببيع متاع فباعه له فاجرته على
البائع الامر لا على المشتري وان امره انسان ان يشتري له متاعا ولم يأمره مالكه ببيعه فاجرته على المشتري الامر وانما استحق الاجرة وان لم يشارط
عليها لان هذا العمل مما يستحق طالبه اجرة في العادة والدلال ايضا ناصب نفسه للاجرة فيستحق على امره الاجرة كما سيأتي في الاجارة قوله ولو تبرع اه
اي تبرع الدلال بالبيع او بالشراء او تبرع الكيال والوزان ونحوهما لم يستحق اجرة على من يلزمه الاجرة لو امره وان اجاز البيع والشراء والفعل لانه
بالفعل لم يستحق لمكان التبرع وبعد الاجازة لم يعمل عملا والاصل براءة الذمة من استحقاق شيء قوله واذا باع واشترى اه المراد كون الدلال باع
امتعة شخص واشترى امتعة لشخص اخر غير تلك الامتعة فيهما يستحق اجرتين على العملين لعدم المنافاة وهذا قسم ثالث للمسئلة السابقة التي
على استحقاقه اجرة واحدة من البائع على ما باع له واجرة واحدة من المشتري على ما اشترى له واما قوله ولا يتولاهما الواحد فظ سياق العبارة كغيرها
مما عبر فيه بذلك ان المراد بذلك ان الشخص الواحد لا يتولى العملين في متاع واحد بحيث يستحق به اجرة على البائع الذي امره بالبيع والمشتري الذي
امره بالشراء بل لا يستحق الا اجرة واحدة لانه عمل واحد ولان البيع مبني على المكايسة والمغالبة ولا يكون الشخص الواحد غالبا ومغلوبا والعمل
بالحالة الوسطى خارج عن مطلوبهما غالبا فيتوقف على رضاهما بذلك وح فمن كان يريد استحق عليه الاجرة خاصة لكن يشكل اطلاقه بالو كان
السعر مضبوطا عادة بحيث لا يحتاج الى المماكسة او كانا قد اتفقا على قدر معلوم واراد تولية طرفي العقد وح يكون عليهما اجرة واحدة بالسوية سوا
اقترنا في الامر ام لا خصوصا مع احتمال كون الاجرة على السابق هذا اذا جوزنا للواحد تولي طرفي العقد والا فعدم استحقاق الواحد لهما اوضح ويحتمل على
بعد ان يكون الضمير في يتولاهما عائدا الى الايجاب والقبول المدلول عليهما بالمقام او بالبيع والشراء تضمنا فيكون ذهابا الى المنع ويعود الضمير في الاجرتين
بناء على المنع من تولي الطرفين وعلى ذلك نزلا لشهيد ره كلام الاصحاب في هذه العبارة لانها عبارة متداولة بينهم ويضعف بان المص وكثيرا ممن عبر
بذلك لا يرى المنع من تولي الواحد الطرفين فتنزيل كلامه على ما لا يوافق مذهبه المعروف بمجرد احتمال ارادته مع امكان تنزيله على غيره بعيد جدا وحيث
كان تولي الطرفين من الواحد جائزا عند المص لم يمنع استحقاقه اجرتين عليهما لانهما عملان متغايران اعني الايجاب عن البائع والقبول عن المشتري فلو صرح
له بذلك استحق على كل واحد بحسبه وهو يرجع عرفا الى اجرة واحدة على البيع موزعة عليهما كما اسلفناه قوله واذا اه الحاصل ان الدلال امين فلا يضمن
الا مع التفريط ويقبل قوله في تلفه بما كما يقبل من كل امين لان الاصل في افعال المسلمين الصحة والسلامة عن الاثم والعدوان وعلى تقدير
ثبوت الضمان عليه باقراره او البينة يقبل قوله في قيمة المتاع لان الاصل براءة ذمته من الزائد عما يقر به والله الموفق

كتاب الرهن

قوله وهو وثيقة اه الرهن لغة الثبوت والدوام يقال رهن الشيء اذا ثبت ودام ومنه نعمة راهنة ويطلق على الحبس باي سبب كان قال الله تعالى كل نفس
بما كسبت رهينة اي محبوسة بما كسبته من خير وشر ولهذا الرهن الشرعي من هذا المعنى انسب لانه اقرب الى المناسبة من حيث ان الرهن يقتضي حبس العين
عن مالكها لاستيفاء الدين وعرفه المص شرعا بانه وثيقة لدين المرتهن والوثيقة فعيلة قد يكون بمعنى الفاعل والمفعول والانسب هنا الثاني لان الرهن
موثوق به واللام في لدين للتعليل اي لاجله ويمكن كونها للتعدية هنا وفي التعريف نظر من وجوه الاول ان وثيقة في العبارة وقعت خبرا عن
المبتدا وهو الضمير المذكر المنفصل وهو يقتضي عدم المطابقة بين المبتدا والخبر في التذكير والتانيث وهو خلل لفظي الثاني تخصيص الوثيقة
بالدين يرد على عكسه الرهن على الدرك وعلى الاعيان المضمونة كالمغصوب والمستعار مع الضمان فانها ليست دينا الثالث ان ادخال الرهن في التعريف

يفضي الى الدور لان المرتهن قابل الرهن او من له الرهن ونحوه فيتوقف تعريف كل منهما على الاخر ويمكن دفع الاول بجعل التانيث في الوثيقة لنقل اللفظ من الوصفية
الى الاسمية لا للتانيث كالتاء في الحقيقة والاكيلة والنطيحة فيحصل المطابقة والثاني بيناؤه على عدم جواز الرهن على المذكورات فان فيه خلافا وليس
في كلامه الاتي اشعار بحكمه نفيا ولا اثباتا بل في تخصيصه الجواز بالدين الثابت اشعار بعدم صحة الرهن عليهما وعلى تقدير الجواز يمكن تكلف الجواب بان
الرهن عليهما انما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق او تعذر العين والثالث بامكان كشف المرتهن بوجه لا يحصل الرهن
في مفهومه بان يريد به صاحب الدين او من له الوثيقة ونحو ذلك وعرفه في س بانه وثيقة للمدين يستوفي منه المال فسلم من بعض ما يرد هنا ويزيد
انه صرح بجواز الرهن على الاعيان المضمونة فذكر المدين ليس بجيد الا بالتاويل قوله والايجاب اه مما يؤدي المعنى وتغنك وهذا رهن عندك وارهنت
بزيادة الهمزة فانه لغة قليلة فيه لا يبلغ شئ ونحوها حد المنع بل هو اوضح دلالة من كثير مما عدوه وزاد في س انه لو قال خذه على مالك او بمالك فهو
رهن ولو قال امسكه حتى اعطيك مالك واراد الرهن جاز ولو اراد الوديعة او اشتبه فليس برهن وقد استفيد من ذلك كله ان الرهن لا يختص بلفظ
ولا بلفظ الماضي بل كل ما دل على الرضا بالرهن من الالفاظ كاف والوجه فيه ان الرهن ليس على حد العقود اللازمة لانه جائز من طرف المرتهن فترجح
جانب اللزوم ولزوم ما يعتبر في اللازم ترجيح من غير مرجح خصوصا مع ما سلف من الكلام على اعتبار ما ذكروه في العقد اللازم واستقرب في كره عدم اشتراط
اللفظ العربي ووافقه في س وفي كره الخلاف في الاكتفاء بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في البيع بجملته اتت هنا وهو حسن واعتبر
في كره مع ذلك كله وقوعه بلفظ الماضي مع انه اجاز هذا رهن او وثيقة عندك وليسا ماضيين بل هما جملتان اسميتان ولو قيل انهما بمعناه او ادل
منه من حيث دلالة الاسمية على الثبوت رد بانه شرط لفظ الماضي لا معناه وبان ذلك يستلزم جواز البيع بان يقول هذا مبيع بكذا وهم لا يقولون
به والظاهر انه احترز بالماضي عن المستقبل خاصة كما يشعر به قوله بعده بلا فصل فلو قال ارهنك كذا او انا اقبل لم يعتد به وقد تقدم ان الشهيد ره
اجازه بلفظ الامر كخذه وامسكه قوله ولو عجز اه يعتبر في الاشارة كونها افهمته للمقصود ولا يختص عضوا ويفهم من قوله بعد الكتابة وعرف ذلك من قصده
انه لا يكفي الكتابة بمجردها وهو كذلك لعدم العلم بثبوت القصد الى الرهن بها مجردة لامكان العبث او ارادة امر اخر ولا يرد مثله في الاشارة لانا
اعتبرنا فيها ايضا افهام المقصود ولا يعتبر دفع امكان غيره في الواقع لاحتمال اللفظ الصريح له ايضا بل الافهام للمقصود عرفا وفي كره اعتبر مع الكتابة
الاشارة الدالة على الرضا وهو كما هنا الا ان عبارة المص اشمل قوله والقبول اه اشار بذلك الى انه لا ينحصر في لفظ والقول فيه كما مر في الايجاب
ويمكن ان تدل العبارة على انه لا ينحصر في اللفظ ايضا لامكان استفادة الرضا بالفعل والاشارة ونحوهما وان لم يكتف بذلك في الايجاب والفرق
ان الرهن لازم من قبل الراهن لانه يتعلق بحق غيره فيجوز ان يعتبر في حقه ما لا يعتبر في حق المرتهن حيث انه من قبله جائز لانه يتعلق بحقه فيكفي فيه ما
يكفي في العقود الجائزة المحضة ولكن ظ الجماعة اعتبار القبول القولي وهو اجود والكلام في اعتبار المضي او ما يقوم مقامه وعدم الفصل بين الايجاب
والقبول بما يعتد به كما مر اذ يمكن القول باعتباره بما تطرق الى اللزوم بوجه وعدمه التفاتا الى الجواز من قبل القابل قوله ويصح الارتهان سفرا وحضرا ونبه
بذلك على خلاف بعض العامة حيث شرطوا في صحته السفر نظرا الى ظ قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فشرط السفر ومفهوم الشرط
حجة واجيب بانه مبني على الاغلب فان عدم الكاتب عادة لا يكون الا في السفر مثل قوله تعالى وان كنتم مرضى او على سفر الى قوله ولم تجدوا ماء فتيمموا فان
عدم الماء يكون في السفر غالبا مع انه معارض باشتراطه بعدم الكاتب مع انه غير شرط بموافقة الخصم وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله رهن درعه عند يهودي
وهو حاضر بالمدينة قوله وهل اه اختلف اصحابنا في اشتراط القبض في الرهن بمعنى كونه جزء السبب الى وبه من قبل الراهن كالقبض في الهبة
في كونه كذلك بالنسبة الى ملك المتهب وعدمه فاختار المص وجماعة الاشتراط استنادا الى قوله تعالى فرهان مقبوضة من حيث انه تعالى امر بالرهن المقبوض
فلا يتحقق المطلوب شرعا بدونه كما اشترط التراضي في التجارة والعدالة في الشهادة حيث قرنا بهما ورواية محمد بن قيس عن الباقر ع لا رهن الا مقبوضا
ويضعف بان دلالة الاية من حيث المفهوم الوصفي وهو ضعيف والرواية ضعيفة السند والحق ان وصف القبض في الاية للارشاد كما يرشد اليه
اشتراطه بالسفر وعدم الكاتب والاجماع على ان استدامة القبض ليست شرطا بل لو وكل المرتهن الراهن في القبض كفى عند القائل به فلا يتحقق الغاية
المطلوبة منه ويبقى معنا في الاشتراط اصالة العدم حيث لا دليل صالحا عليه وعمومات الاوامر الدالة على الوفاء بالعقد وربما استدل بالاية
حيث انه امر بالرهن المقبوض فدل على تحقق الرهن بدون القبض اذ لو لم يتحقق بدونه لم يحسن وصفه به كما لا يحسن ان يقول رهن مقبولة او موجبة
ويضعف بان الصفة كاشفة كوصف التجارة بالتراضي وبان القائل باشتراط القبض لا يجعله شرطا للصحة حتى لا يتحقق بدونه بل للزوم كما اشار
اليه ولا شبهة في ان العقد الجائز من الطرفين يطلق عليه اسمه بطريق الحقيقة بخلاف ما هو شرط الصحة كالقبول فانه لا يتحقق بدونه وقد ظهر بما حررناه
قوة عدم الاشتراط بقي هنا بحث وهو ان القائل باشتراط القبض لا يقول ان الرهن بدونه يقع باطلا بل هو صحيح عنده الا انه غير لازم كما اشرنا
قال في كره ولو رهن ولم يقبض كان الرهن صحيحا غير لازم بل للراهن الامتناع من الاقباض والتصرف فيه بالبيع وغيره لعدم لزومه فعلى هذا ينقسم الرهن
الصحيح الى لازم من طرف الراهن وجائز من الطرفين واطلاق الرهن انما ينزل على الصحيح ولا يقتضي احد القيدين الا بامر خارج ويشكل فيما لو شرط
الرهن في عقد لازم فان ما يجب الوفاء به هو الرهن الصحيح اعم من اللازم فينبغي ان يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض وان لم يلزم وح فللراهن فسخه
بعد ذلك لجوازه من طرفه ولا يحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه فينبغي التقييد في الاشتراط برهن مقبوض ونحوه وفي الاكتفاء بدلالة القرائن
عليه وجه ويظهر من الشهيد ره ان الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض وان قلنا بكونه شرطا في اللزوم وفي عدا استشكل في استحقاق
المرتهن المطالبة به على القول بالاشتراط والتوقف مجال اذا لم يدل القرائن على ارادته وعلى ما اخترناه من عدم اشتراط القبض يلزم من قبل الراهن

بدنه فلا يمكن فسخه لكن في استحقاق المرتهن الاقباض مامر ومن قال به هنا وآعلم ان اطلاق الشرطية على القبض بطريق المجاز فان الشرط مقدم على المشروط في الوجود وهنا لا يعتبر تقدمه اجماعا لكونه جزء السبب الشرعي قوله ولو قبضه آه اي لم يستعقد القبض بحيث يلزم منه لزوم الرهن بمعنى انه لا يلزم بذلك ويكون انعقاده الا كناية عن اللزوم ويؤيده عطفه حكم المسئلة الاتية على هذا الحكم وانما يتم مع ارادة انعقاد الرهن وهذا اظهر في مقصوده قوله وكذا آه الضمير في الجميع يعود الى الراهن والمشبه به في السابق الحكم بعدم الانعقاد ولا معنى لكون الانعقاد المنفي هنا القبض لانه لم يحصل اصلا بل المراد به الرهن كما اسلفناه ولا شبهة في كون عروض هذه الاشياء للراهن لا يقتضي انعقاد الرهن بناء على اشتراط القبض فيه انما الكلام في انه هل يبطل بذلك بناء على انه قبل القبض عقد جائز ومن شان الجائز بطلانه بعروض هذه الاشياء كالهبة قبل القبض وبه قطع في عد وس ولا يبطل بذلك لانه ليس على حد العقود الجائزة مطلقا بل هو آيل الى اللزوم كبيع الخيار فانه لا يبطل بموت البائع زمنه وبه قطع في كره فعلى الثاني يقوم الولي مقام الراهن في استحقاق الاقباض لكن ولي المجنون يراعي مصلحته فان كان الحظ في الاقباض بان يكون شرطا في بيع يتضرر بفسخه او غير ذلك من المصالح اقبضه وان كان الحظ في تركه لم يجز له اقباضه وعبارة المص قاصرة عن افادة احد الحكمين فانما حكم به من عدم الانعقاد لا يشتبه امره على احد ولو عرض ذلك للمرتهن فالحكم بعدم البطلان ولو لم نقل به ثم ينتقل القبض الى وليه ولو قلنا بالبطلان لو كان العروض للراهن فالاقوى انه لا يبطل هنا والفرق تعلق حق الورثة والديان بعد موت الراهن به فلا يستاثر به احد بخلاف موت المرتهن فان الدين باق فيبقى وثيقته وفي س واقوى هنا على عدم البطلان مع حكمه به في الراهن معولا على هذا الفرق ويحتمل البطلان فيه ايضا لما مر من كونه من العقود الجائزة قبل القبض وعلى تقديره ببقاء الصحة لا يجبر الراهن على الاقباض لانه لم يلزم بعد الا ان يكون مشروطا في عقد لازم فالاقوى وجوبه والزامه به خلافا للشهيد والفاضل فان لم يتفق القبض اما لعدم امكان اجباره عندنا او لعدم اختياره عندهما تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروط فيه وقد تقدم الكلام فيه في باب القرض وهذا البحث كله ساقط عند من لا يشترط القبض للزومه قبله فلا يؤثر فيه هذه العوارض بينهما قوله وليس آه هذا عندنا موضع وفاق نقل الاجماع عليه في كره نعم خالف فيه جماعة من العامة نظرا الى الوصف المتقدم في الاية وعدم دلالتها على الاستمرار واضح قوله ولو رهن ما هو في يد المرتهن اذا اشترطنا القبض في الرهن فالمعتبر تحققه ولو بالاستصحاب كما لو كان في يد المرتهن قبل الرهن بعارية او وديعة او اجارة لتحقق ماهية السبب لان استدامة القبض قبض حقيقة فيصدق عليه انه رهن مقبوض واما كون القبض واقعا مبتدا بعد الرهانة فلا دليل عليه فيكتفي بالسابق والمقارنة وهذا كله واضح في قبض مأذون فيه شرعا كما مثلنا فلو كان غير مأذون فيه كقبض الغاصب والمستام والمشتري فاسدا فقد اطلق المص والاكثر الاكتفاء به لما تقدم من الدليل اذ يصدق على الرهن انه مقبوض ولانا اذا اشترطنا القبض في الرهن كان مستحقا على الراهن فاذا كان في يد المرتهن وصل الحق الى مستحقه وعلى تقدير كون القبض المذكور منهيا عنه لا يقدح هنا لان النهي في غير العبادة لا يقتضي الفساد وقيل بعدم الاكتفاء به لان القبض على تقدير اشتراطه ركن من اركان العقد من الجهة التي يعتبر لاجلها وهو اللزوم ولهذا اوجبوا عليه الاقباض لو كان الرهن مشروطا عليه واذا وقع منهيا عنه لا يعتد به شرعا وانما لا يقتضي النهي الفساد في مثل ذلك حيث يكمل اركان العقد مع انهم قطعوا بانه لو قبض بدون اذن الراهن لم يعتد به وقد تقدم في كلام المص فلو كان مطلق القبض كافيا لزم مثله في ذلك القبض المبتدأ بغير اذن ويمنع استحقاقه على الراهن بمجرد الصيغة وقد تقدم وقطع في كره باشتراط الاذن ومضى زمان يمكن فيه تجديد القبض هنا وهو يتجه على ما قيل باشتراط الهيئة في المقبوض صحيحا ايضا استنادا الى ان القبض انما يعتبر بعد الرهن وهو لا يتم الا باذن ثم الاذن في القبض يستدعي تحصيله ومن ضرورته مضي زمان فهو دال على القبض الفعلي بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام ولما لزم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل او اجتماع الامثال المحال لان حمل اللفظ على المعنى الالتزامي لتعذر المطابقي ويضعف بمنع افتقاره الى القبض والاذن المتقدين بعد الرهن اذ لا دليل عليه بل غايته الدلالة على الاعم ومنع بقاء المعنى الالتزامي لان الزمان المدلول عليه التزاما من توابع القبض ضرورة افتقار تحصيله مع عدمه الى الزمان فمع حصوله لا معنى لاشتراط الزمان لتحصيله بل التحقيق ان اعتبار الزمان من باب المقدمة لان المطلوب انما هو الفعل بحيث يتوقف عليها ثبتت والا فلا كالمثال المشهور في الامر بسقي الماء فان كان على مسافة بعيدة دل بالمطابقة على السقي وبالالتزام او الاقتضاء على قطع المسافة وان كان المامور حاضرا عنده لم يفتقر اليه وقد ظهر بذلك ضعف القول بالافتقار اليها في المقبوض باذن وعدمه في غيره وحيث يفتقر الغاصب الى تجديد الاذن في القبض فالضمان باق عليه الى ان يتحقق ما يزيله وسيأتي الكلام انش في حكم الضمان قوله ولو رهن آه المراد انه لا يصير رهنا لازما بدون ذلك والا فقد تقدم ان اصل الرهن يتحقق بدون القبض بناء على اشتراطه غايته كونه عقدا جائزا واعتبار حضور المرتهن عنده او من يقوم مقامه ظاهر ان كان الرهن منقولا لان المعتبر في قبضه نقله او اعتباره بالكيل او الوزن ان كان مما يدخله ذلك واما لو كان غير منقول فانه يكفي فيه التخلية ثم ان لم يطلق عليه اسم القبض بها لو كان غائبا فلابد من وصول المرتهن او وكيله الى موضع الرهن ليتصور قبضه عادة لان المعتبر في القبض كونه تحت يده ومع البعد عادة يمتنع ذلك والحاصل ان القبض هنا كالقبض في البيع فجميع ما تقدم فيه ات هنا ولو قلنا بعدم اشتراط القبض سقط البحث قوله ولو اقر آه كما لو قال رهنته اليوم داري التي بالحجاز وهما بالشام واقبضته اياه فانه لا يلتفت اليه فانه ممتنع عادة على بناء ما سلف من اعتبار وصول المرتهن او من يقوم مقامه الى الراهن ويقبضه قوله ولو رجع آه اي لو رجع الراهن عن اقراره بالاقباض حيث يمكن لم يقبل رجوعه وحكم عليه به ولا تسمع بحيث يتوجه له على المرتهن اليمين نعم لو ادعى الغلط في اقراره واظهر تاويلا ممكنا بان قال اني اقبضته بالقول وظننت الاكتفاء حيث يمكن في حقه توهم ذلك او قال استندت فيه الى كتاب كتبه الي وكيلي فظهر مزورا ونحو ذلك سمعت دعواه بمعنى توجه اليمين على المرتهن بان القبض حقيقي او على نفي ما يدعيه الراهن لان الاصل صحة الاقرار ومطابقته للواقع واستقرب في كره توجه اليمين له على المرتهن وان لم يظهر تاويلا محتجا بان الغالب في الوثائق وقوع الشهادة قبل تحقق ما فيها فلا حاجة الى تلفظه به واما دعوى المواطاة في الاشهاد فانه لو سمر الوثيقة اي لاجل كتابتها والشهادة عليها حذرا من تعذر ذلك اذا تاخر الى ان يتحقق القبض فالاقوى انها مسموعة بمعنى توجه اليمين بها ايضا على المرتهن بما تقدم لجريان العادة

بوقوع مثل ذلك ويحتمل عدم السماع لانه مكذب لاقراره الاول ولا يخفى ان سماع دعواه انما يتم لو شهد الشاهدان على اقراره اما لو شهدا على نفس الاقباض وفعله لم تسمع دعواه ولم يتوجه على المرتهن اليمين وكذا لو شهدا على اقراره به فانكر الاقرار لم يلتفت اليه لانه تكذيب للشهود قوله ولا يجوز آه هذا بناء على المنقول لاستلزامه التصرف في مال الغير فلا يصح الا باذنه اما ما يكفي فيه مجرد التخلية ففي اشتراط اذنه نظر اظهره العدم لان الغرض مجرد رفع يد الراهن وتمكين المرتهن من قبضه وهو لا يستدعي تصرفا في ملك الغير وح فالقول بعدم التسوية اجود وقد تقدم في البيع ايضا ثم على تقدير عدم الجواز في الصورتين لو قبضه بدون اذن الشريك وضع بجريمة هل يتم القبض قيل لا للنهي كما لو قبضه بدون اذن الراهن وهو اختيار الشهيد ره والاقوى تحققه لان النهي انما هو لحق الشريك خاصة فلا اذن في قبض حق الراهن وكونه قبضا واحدا لا ينافي الحكم بالوقوع لاختلاف الجهة واختاره العلامة وجماعة ولو اتفقا على جعل الشريك وكيلا في القبض فيعتبر سماع الشريك اذن الراهن في قبضه للرهن واذن المرتهن فيه وان لم ياذن الراهن المرتهن في توكيل الشريك جاز قوله ومن شرطه آه هذه شرايط للرهن في الجملة لكنها ليست على وتيرة واحدة فان المملوكية شرط وقوعه لازما مع باقي الشرائط والآخر منها الاملاك صحيح كما سياتي ولكنه موقوف على اجازة المالك واما باقي الشرائط فهي شرط للصحة مطلقا قوله فلو رهن دينا آه بناء على ما اختاره المص من اشتراط القبض والدين لا يمكن قبضه لانه امر كلي لا وجود له في الخارج مع احتمال جواز رهنه على هذا القول كهبة ما في الذمة ويعتبر بقبض ما يعينه المديون ولو لم يشترط القبض فالمتجه جواز رهن الدين لوجود المقتضي فانه مال مملوك الى اخر ما يثبت اعتباره وانتفاء المانع وقد صرح العلامة في كره بنفي المنع فيه على اشتراط القبض ثم قال لا يصح رهن الدين ان شرطنا في الرهن القبض لانه لا يمكن قبضه لعدم تعينه حالة الرهن لكنه في عد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض وعدم جواز رهن الدين فتعجب منه شيخنا الشهيد ره في س ونجيبه في موضعه خصوصا وقد صرح بان المنع من رهنه مبني على اشتراط القبض واعتذر له المحقق الشيخ علي بان عدم اشتراط القبض لا ينافي اشتراط كون الرهن مما يقبض مثله نظرا الى ان مقصوده لا يحصل الا بكونه مما يقبض كما ارشدت اليه الاية الكريمة فاحدهما غير الاخر وفيه مع ما اشار اليه من تصريح العلامة بابتناء الحكم على القبض منع اعتبار كون الرهن مما يقبض مثله مطلقا اذ لا دليل عليه والاية قد تقدم عدم دلالتها على اعتبار القبض بل الارشاد اليه والمعتذر رده قد بالغ في تحقيق دلالتها على اعتباره في محل البحث عنه ولو سلم اعتبار صلاحية الرهن للقبض فالدين صالح لذلك بتعيين المديون له في فرد من افراد ماله فالمنع من رهنه على القول بعدم اشتراط القبض غير متجه ولو فرض كونه محتمل الملاك لا يدفع آ. عند ضعف الماخذ قوله وكذا لو رهن آه وذلك لان المطلوب بالرهن وهو التوثق على المال لا يحصل بها لانها تستوفى شيئا فشيئا وكل ما يحصل منها شيء عدم ما قبله والمطلوب من الرهن انه متى تعذر استيفاء الدين استوفى من الرهن والامر على مختار المص من اشتراط القبض واضح لان المنافع لا يصح اقباضها الا باتلافها ومع ذلك فالمنع من رهنها موضع وفاق قوله وفي رهن المدبر تردد منشأ التردد من ان التدبير من الصيغ الجائزة التي يصح الرجوع فيها كالوصية فاذا نقضه الرهن بطلت كما لو تعقبه غيره من العقود كالبيع والهبة لكون ذلك رجوعا عنه لان الغرض من العقود المملكة ملك من انتقل اليه ولا يتم الا بالرجوع وان الرهن استيفاء الدين من ثمنه فهو مناف للتدبير وهو قول الاكثر ومن ان الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن ويجوز فكه فلا يتحقق التنافي بين الرهن والتدبير بمجرد الرهن بل بالتصرف فيه وهو قول الشيخ محتجا عليه بعدم الدليل على بطلان كل واحد منهما وح فيكون التدبير مراعى بفكه فيستقر او باخذه في الدين فيبطل واستحسنه في س وربما بنى القولان على ان التدبير هل هو عتق بصفة او وصية بالعتق فعلى الاول لا يبطل لان العتق لازم وعلى الثاني يبطل وهذا البناء ضعيف عندنا لاجماعنا على جواز الرجوع في التدبير فيكون وصية وانما بنى هذا البناء اصحاب الشافعي ومن قال منهم بانه عتق بصفة قطع بعدم جواز الرجوع فيه ومن قال منهم انه وصية اختلفوا فبعضهم جعله رجوعا كما ذكرناه وبعضهم منعه ايضا قوله واما لو صرح آه هذه المسئلة من جزئيات رهن المنافع وقد تقدم عدم جواز رهنها وانما خص منافع المدبر بالذكر لما روي من جواز بيع خدمته فيصح رهنها لان ما جاز بيعه جاز رهنه والاقوى عدم الجواز قوله ولو رهن ما الذمي آه جوز الشيخ في الخلاف رهن الذمي الخمر للمسلم اذا وضعها عند ذمي لان الحق في وفاء الدين للذمي فيصح الرهن كما لو باعها ووفاه ثمنها لان الرهن لا يملك للمرتهن وانما يصير مجوسيا غير تصرف الراهن والاصح عدم الجواز لان يد الذمي الودعي كيد المسلم ولم يتسلط على الرهن بالبيع والاستيفاء على وجه هو هنا ممتنع قوله ولو رهن ارض الخراج آه ارض الخراج هي المفتوحة عنوة والتي صالح الامام اهلها على ان يكون ملكا للمسلمين وضرب عليهم الخراج وقد تقدم حكمها مرارا والاصح جواز رهنها تبعا لآثار المتصرف من بناء وشجر ونحوها لا منفردة قوله ولو رهن ما لا يصح اقباضه آه هذا على ما اختاره المص من اشتراط القبض والا فيصح ومع ذلك تقييد الطير بما لا يوثق بعوده عادة والسمك بكونه في ماء غير محصور بحيث يتعذر قبضه عادة والاصح وقد تقدم في البيع نظيره ولو لم يشترط القبض امكن القول بالصحة مطلقا لعدم المانع ويحتمل تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بيعه ويندفع بامكان الصلح عليه وكلية ما صح بيعه صح رهنه ليست منعكسة كليا عكسا لغويا وقد تقدم مثله في الدين قوله وكذا لو كان له آه انما يتم لو كان القبض شرطا للصحة وقد تقدم انه شرط اللزوم خاصة وقد صرح به في كره ويمكن ان يكون المص يجوز هنا في اطلاق عدم الصحة على عدم اللزوم او التمام قوله وكذا لو رهن عند الكافر آه وجه المنع ان ارتهانه له يقتضي الاستيلاء عليه على بعض الوجوه ببيع ونحوه وان كان في يد غيره وهو سبيل عليه منفي بالاية وما اختاره المص حسن لمنع تحقق السبيل بذلك لانه اذا لم يكن تحت يده لم يستحق الاستيفاء من قيمته الا ببيع المالك او من يأمره بذلك ومع التعذر يرفع امره الى الحاكم ليبيع ويوفيه ومثل هذا لا يعد سبيلا لان مثله يتحقق وان لم يكن هناك رهن قوله ولو رهن وقفا آه وعلى تقدير جوازه على بعض الوجوه يجب ان يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا فلا جهة للاستيفاء منه مطلقا نعم لو قيل بعدم وجوب ذلك فانه يدله امكن رهن الوقف حيث يجوز بيعه قوله ويصح الرهن آه مقتضى التعليل الراهن هو المشتري بناء على انتقال الملك اليه وان كان ثم خيار خلافا للشيخ ره حيث حكم بعدم انتقال الملك اليه لو كان الخيار للبائع او لهما ويشكل جواز رهن المشتري في الصورتين وان قلنا بملكه لما فيه من التعرض لابطال حق البائع ومثله بيعه وما اشبهه من الامور الناقلة للملك ومحز المسئلة

يحتاج الى التطويل نعم لو كان الخيار له خاصة فلا اشكال ويكون الرهن مبطلا للخيار وكذا يجوز للبايع رهنه لو كان الخيار له او لهما ويكون فسخا للبيع قوله وفي صحة
الصحة في غير الفطري وفي الانثى والاصح لقبول توبته فالمالية باقية فيه اما الفطري فيشكل فيه الصحة لانه لا يقبل توبته ويجب اتلافه شرعا فينتفي غاية
الرهن وهي التوثق ووجه الجواز جواز بيعه وبقاء ماليته حالة الرهن وتعرضه للاتلاف لا يصلح للمنع كالمريض المدنف وهو اجود قوله والجاني آه منشا التردد
في العمد من استحقاق القتل فهو في حكم التالف كالمرتد ومن بقاء المالية بالفعل ولجواز العفو والاقوى الجواز كما يصح بيعه وقد تقدم ثم ان قتله بطل الرهن
وان فداه مولاه او عفى الولي بقي رهنا واما في الخطأ فالمالية باقية من حيث عدم جواز القتل لكن معرضة للزوال باسترقاق المجني عليه له او بعضه للجناية
منه لو لم يفده المولى لان حقه مقدم على المرتهن فان استرق او بعضه بطل الرهن في ذلك ايضا ويفهم من العبارة ان جواز رهن الجاني خطاء اتفاقي وفيه
مع ان الشيخ منع من رهنه ايضا محتجا بتعلق الارش برقبته وفي كون رهن المولى له في الخطأ التزاما بالفداء وجهان تقدم مثلهما في البيع قوله ولو رهن آه
القول بالبطلان مع عدم شرط البيع للشيخ ره لعدم جواز بيعه بدون اذنه وفوات المالية بدونه فهو في قوة التالف وشمل قوله والا بطل ما لو شرط عدم البيع
الاجل وما لو اطلق ووجه البطلان في الاول واضح لمنافاته مقصود الرهن ح فيبطل واما مع الاطلاق فيبعد البطلان لانه حين الرهن مما يمكن
بيعه فلا مانع من رهنه فاذا اخيف فساده باعه المالك وجعل ثمنه رهنا فان امتنع اجبره الحاكم جمعا بين الحقين ويحتمل في صورة شرط عدم البيع ذلك
ايضا بقرب ما تقدم وشرط عدم البيع لا يمنع صحة الرهن لان الشارع يحكم عليه بعد ذلك صيانة للمال واحترز المص بقوله قبل الاجل عما لو كان لا يفسد الا
بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله فانه لا يمنع وكذا لو كان الدين حالا لامكان حصول المقصود منه ولو ترك المرتهن السعي في بيع ما يفسد حيث صح رهنه برأي
المالك او الحاكم حيث يمكن ضمن ولو تعذر الحاكم فان نهاه المالك عن البيع لم يضمن والا احتمل الضمان لجواز بيعه حينئذ ولا يخفى ان المراد بما يسرع
اليه الفساد في المسئلة المفروضة ما لا يمكن اصلاحه بتجفيفه كالعنب والرطب والا صح رهنه قولا واحدا ووجب على الراهن تجفيفه واصلاحه لان ذلك
من مؤنة حفظه كنفقة الحيوان المرهون قوله وهو آه المراد بالثابت في الذمة المستحق فيها وان لم يكن ثبوته مستقرا كالثمن في مدة الخيار واحترز بالدين
عن العين فلا يصح الرهن عليها سواء كانت امانة في يده كالوديعة والعارية غير المضمونة ام كانت مضمونة كالمغصوبة والمقبوضة بالسوم والمستعارة مع
الضمان وعدم جواز الرهن على الاول موضع وفاق وان احتمل طرو الضمان بالتعدي واما الثاني فقد اطلق المص وجماعة المنع استنادا الى ان مقتضى
الرهن استيفاء المرهون به من الرهن وفي الاعيان يمتنع ذلك لامتناع استيفاء العين الموجودة من شيء اخر ويضعف بان الامر ليس منحصرا في الاستيفاء
عند وجود العين بل يمكن التوثق بالرهن باخذ عوضها عند تلفها ولا يرد مثله في الاعيان التي ليست مضمونة حيث يحتمل تجدد سبب الضمان لعدم كونها
عند الرهن مضمونة فان الرهن انما يصح عند وجود سبب الضمان اما بدين او ما في حكمه كالعين المضمونة بخلاف ما يمكن تجدد سببه فانه كما سيتجدد من
من الدين ولاطلاق الادلة الدالة على جواز الرهن مع الحقوق بعينها ولمحل النزاع نعم الاية الشريفة المنبهة على الرهن متعلقها الدين الا انها لا تمنع
من غيره الا من باب المفهوم الضعيف وهذا اقوى وهل يلحق بالاعيان المضمونة رهن المبيع وثمنه لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما او نحوه ونقصان
قدرهما كيلا او وزنا قيل نعم اختاره الشهيد ره وجماعة لتحقق الفائدة وهي التوثق والارتفاق وقيل لا لعدم وجود المقتضي الان وما يتجدد يكون كما
يتجدد في الامانات السابقة مع الاجماع على عدم جواز الرهن عليها ويمكن الفرق بان ما يتجدد من الاسباب الموجبة للضمان يكشف عن حصوله من حين العقد كما
هو واضح في نقصان المقدار واستحقاق العين فيكون عند الرهن مضمونا في نفس الامر على تقدير الحاجة اليه بخلاف الامانات فان سبب الضمان متجدد
ظاهرا وفي نفس الامر فلا يتحقق المقتضي حين العقد وحيث جوزنا الرهن على الاعيان المضمونة فمعناه الاستيفاء منه اذا تلفت او نقصت او تعذر الرد
والاتلاف وقد تقدمت الاشارة اليه قوله كالدية آه اي قبل انتهائها الى الحد الذي تجب الدية وان علم انتهائها اليه على النفس لعدم ثبوت ذلك حين
الرهن وما حصل بالجناية في معرض الزوال بالانتقال الى غيره بل هو في الحقيقة ليس بثابت لان الشارع لم يرتب لها حكما الى ان تستقر ثم ان كانت حالة
او لازمة للجاني كشبيه العمد جاز الرهن عليها حالة او مؤجلة وان كانت مؤجلة على العاقلة كالخطاء لم يصح الرهن عليها الى ان تحل لان المستحق عليه هنا غير
مضبوط لان المعتبر من وجبه منها عند الحلول جامعا للشرائط بخلاف الدين المؤجل ومنه الدية على غير العاقلة لاستقرار الحق على مستحق عليه معين وربما
قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقر موجبها وان لم تستقر هي كقطع ما يوجب الدية فان غايته الموت ولا يوجب اكثر منها بخلاف ما دون ذلك وليس بجيد
قوله وكذا الجعالة آه اي لا يصح الرهن على مال الجعالة لعدم استحقاق المجعول له المال قبل تمام العمل وان شرع فيه كما سيأتي في بابه انشاء الله واختار في كره جوازه بعد
الشروع وقبل الاتمام لانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار وفيه نظر لما ذكرناه من عدم استحقاق شيء الان وان عمل اكثره والفرق بينها وبين
البيع زمن الخيار واضح لان البيع متى ابقي على حاله انقضت مدة الخيار وثبت له اللزوم والاصل فيه عدم الفسخ بخلاف الجعالة فان العمل فيها لو ترك على حاله
لم يستحق بسببه شيء والاصل عدم الاكمال قوله وكذا مال الكتابة آه ان كانت مطلقة فهي لازمة اجماعا فيجوز الرهن على مالها بغير خلاف وان كانت
مشروطة فعند الشيخ وجماعة انها جائزة من قبل العبد فيجوز له تعجيز نفسه فلا يصح الرهن على مالها لانتفاء فائدة الرهن وهي التوثق اذ للعبد اسقاط
المال متى شاء ولانه لا يمكن استيفاء الدين من الرهن لانه لو عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب والاقوى المشهور من لزومها مط كالمطلقة
لعموم الامر بالوفاء بالعقود ومعه فيتحقق الفائدة ويصح الرهن على مالها ولو قلنا بجوازها لا يمنع الرهن كالثمن في مدة الخيار وعلى ما قررناه فاطلاق المص
المنع اولا ثم حكمه بالجواز مط ثانيا غير جيد قوله ولا يصح آه لما كان الغرض من الرهن استيفاء الدين منه مع تعذر الوفاء او لا معه لم يصح الرهن على الـ
المتعلق بعين مخصوصة كالواجر نفسه شهرا معينا او داره كذلك او دابته المعينة لحمل معين ونحو ذلك لان تلك المنفعة لا يمكن استيفاؤها الا
من العين المخصوصة حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت او خراب ونحوهما بطلت الاجارة بخلاف الاجارة المتعلقة بالذمة كما لو استاجره على تحصيل

خياطة ثوب لنفسه او لغيره فان الواجب تحصيل المنفعة على اي وجه اتفق ومن اي عين كان فيصح الرهن عليها لامكان استيفائها منه قوله ولو رهن آه لعدم
المانع منه مع وجود المقتضي فان التوثق بشيء لا ينافي التوثق الاخر خصوصا مع زيادة قيمته على الاول ولا يشترط فسخ الرهن الاول ثم تجديده لهما
بل يضم الثاني بعقد جديد ويجوز العكس ايضا بان يرهن على المال الواحد رهنا اخر فصاعدا وان كانت قيمة الاول تفي بالدين لان الجواز عام ولا مانع من
استيفائه منه ولزيادة الارتفاق قوله ولا ينعقد آه اي لا ينعقد انعقادا تاما على حد ما يقع من المختار لا انه يقع باطلا لانه لو اجازه بعد ذلك صار
كعقد الفضولي لا كعقد غير كامل العقل كالصبي والمجنون حيث لا يقع وان اجازاه بعد الكمال ومن ثم فصله عنه بقوله ولا ينعقد بعد قوله يشترط تنبيها على اختلاف
الحكم باختلاف العبارة ولا يخفى ان ذلك كله في غير الاكراه الرافع للقصد فان عبارته ح تصير كعبارة غير الكامل وقد ثبت تحقيق ذلك كله قوله ويجوز لولي آه
ضابط جواز الرهن حيث يكون الاستدانة له اولى من بيع شيء من ماله بحسب نظر الوصي ويتوقف على الرهن وكذا يجوز ذلك حيث يجوز ولم يمكن وحيث
يجوز الرهن يجب كونه في يد امين يجوز ايداعه منه ولا فرق بين الاولياء في ذلك كله نبه في كره وهذا الحكم لا اختلاف فيه عندنا وانما خالف فيه بعض الشافعية
فمنع من رهن ماله مط قوله ويجوز لولي اليتيم آه يمكن ان يراد بالجواز معناه الخاص فلا يجب لاصالة العدم خصوصا اذا كان الدين في ذمة ملي وثقة والجواز
ابضاع ماله ولا يتصور فيه الرهن والاولى ان يراد به معناه الاعم فيشمل الوجوب وهو المراد هنا وبه قطع في كره فانه قال ولو كان المشتري موسرا لم يكتف
به بل لا بد من الارتهان بالثمن قال ولو لم يحصل او حصل الظن بيساره وامانته امكن البيع نسيئة بغير رهن كما يجوز ابضاع مال الطفل انتهى وحيث يمكن اخذ
يعتبر كونه مساويا للحق او زائدا عليه ليمكن استيفاؤه منه وكونه بيد الولي او يد عدل ليتم التوثق والاشهاد عليه ولو اخل ببعض هذه ضمن قوله و
لا يجوز آه وحيث يجوز يجب كون المديون ثقة مليا ويرهن على الحق ما يفي بقيمته كل ذلك مع الامكان قوله ولا يجوز له اقراضه آه المراد اقراضه من غيره فان
ذلك غير جائز الا مع مصلحة الطفل كخوف تلف المال فيقرضه من الثقة الملي ويرهن عليه ويشهد كما مر واما اقراضه من نفسه فيحتمل كونه كذلك لانه تصرف في مال
اليتيم وهو مشروط بالمصلحة ويحتمل جواز اقراضه مع عدم الضرر على الطفل وان لم يكن له مصلحة لاطلاق رواية ابي الربيع عن الصادق ع انه سئل عن رجل ولي يتيم
فاستقرض منه فقال ان علي بن الحسين ع قد كان يستقرض من مال الايتام كان في حجره فلا باس بذلك والرواية مع تسليم سندها مطلقة يمكن تقييدها بالمصلحة
وفي كره شرط في جواز اقراضه الولاية والملائة ومصلحة الطفل واحتج عليه بالرواية المذكورة ومن مسوغات اقراض مال اليتيم خوف تلفه بعثور النهب او الحظ و
شبهها فيقرضها من الثقة الملي مع الامكان بالرهن ان امكن وجوده وتعذر الايفاء قوله ولو تعذر آه اي تعذر الرهن وظاهره وجوبه لاشتراطه بتعذره في اقراضه
الثقة فيريد كون الجواز بمعناه الاعم ومقتضى العبارة انه مع امكان الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقة ولا مليا لانضباط الدين بالرهن وفي كره اعتبار الرهن
والملائة والثقة جميعا مع الامكان واسقط اعتبار الرهن مع عدم امكانه وبقي فيهما وفي العبارة ما لو تعذر الثقة ايضا فظاهرهما عدم جواز الاقراض
ويشكل حيث يؤدي تركه الى تلف المال فانه لا يزيد على اكل المقترض له بل الظاهر ان المقترض كذلك اولى لامكان حصوله منه بخلاف ما لو ترك وعلى تقدير تحقق
عدم الوفاء وتحقق التلف بدونه يمكن اولوية اقراضه لثبوته في ذمته فيحتمل تخلصه او اداؤه منه او اخذه منه في الاخرة بخلاف التلف من الله الا ان يثبت العوض
عليه تع فقد يحتمل ترجيحه لانه اكثر والمراد بقول المص من الثقة غالبا الثقة في ظ الحال بمعنى الاكتفاء بظاهره ولا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبر عن الظ
بالغالب نظرا الى ان الظ يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة لا ان المراد كونه في اغلب احواله ثقة دون القليل من احواله فان ذلك غير كاف لان
المراد بالثقة في هذا ونظائره العدل لان ذلك هو المعتبر شرعا مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فانها اعم من الشرعية على ما يظهر الان من عرف الناس
قوله واذا اشترط آه اطلاق الرهن لا يقتضي كون المرتهن وكيلا في البيع لكن يجوز اشتراط كونه وكيلا في عقد الرهن لانه من الشروط السائغة وكذا يجوز
اشتراطها لوارثه من بعده والوصية اليهما بذلك بعد الموت وكذا يجوز اشتراطها لغيره وغير وارثه فاذا اشترط ذلك فهل للراهن فسخها بعده قولان
احدهما الجواز اما لان الوكالة من العقود الجائزة ومن شانها تسلط كل منهما على الفسخ او لان الشروط لا يجب الوفاء بها وان كانت في عقد لازم بل غايتها
تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه ان كان كما مر او لان لزوم الشرط انما يكون مع ذكره في عقد لازم كالبيع والرهن ليس كذلك فان ترجيح احد
طرفيه على الاخر ترجيح من غير مرجح ويضعف الاول بان جواز الوكالة بحسب اصلها لا ينافي لزومها بسبب عارض كشرطها في عقد لازم وهو هنا كذلك والثاني بمنع
عدم وجوب الوفاء بالشروط في العقود اللازمة وقد تقدم مع ان الوكالة هنا ما العقد المشروط فيه كاف في تحققها فلا يحتاج بعده الى صيغة اخرى لها لان
الغرض منها مجرد الاذن باي لفظ اتفق وقد تقدم ايضا ان ما العقد كاف في تحققه كجزء من الايجاب والقبول فحيث يكون لازما يلزم وان قلنا بعدم وجوب الوفاء
بشرط لا يكفي العقد في تحققه والثالث بان عقد الرهن لما كان من طرف الراهن لازما كان ما يلتزم به الراهن لازما من قبله عملا بمقتضى اللزوم والشرط وقع من الراهن
على نفسه فيلزم ولما كان من طرف المرتهن جائزا كان ما يلتزم به كذلك فيجوز له فسخ الوكالة وهو واضح لانها حقه فيجوز له تركه واما فسخ العقد المشروط فيه فانه
لا يتوجه هنا لان فسخ المرتهن للرهن يزيده ضررا نعم لو كان مشروطا في بيع مثلا توجه فسخه الا ان المفروض هنا شرطها في عقد الرهن خاصة قوله وتبطل آه اي تبطل
الوكالة المشروطة له او لغيره بموت المشروطة له لا لكون الوكالة من العقود الجائزة ومن شانها ان تبطل بالموت بل لان الوكالة اذن في التصرف فيقتصر فيها
على من اذن له فاذا مات بطلت من هذا الوجه كما تبطل العقود اللازمة فيه كالاجارة بموت من شرط عليه العمل به بنفسه واما الرهن فلا يبطل لانه وثيقة على
الدين فما دام الدين باقيا يبقى الرهن ولا يقتضي اذنا بمجرده في التصرف كما مر فعلى هذا ينتقل الرهانة الى الوارث لو كان الميت المرتهن والوكالة لا ترد وان كان
الا مع شرطها للوارث كما مر قوله ولو مات المرتهن آه المراد ان الرهن لم يعلم كونه موجودا في التركة ولا معدوما فح يكون كسبيل مال المرتهن اي بحكم ماله يعني
انه لا يحكم للراهن في التركة بشيء عملا بظاهر حاله من كون ما تركه لورثته واصالة براءة ذمته من حق الراهن اذ الرهن لم يتعلق بذمته لانه امانة ولا بماله لاصالة
بقاء ماله على ما كان من عدم استحقاق احد فيه شيئا هذا بحسب الظ وان كان في نفس الامر يمكن كونه من جملة التركة وقوله حتى يعلم بعينه المراد به ان الحكم

٢٤٣ المذكور ثابت الى ان يعلم وجود الرهن فى التركة عينا سواء علم مبينا او مشتبها فى جملة التركة وان كان ظ العبارة تؤذن بخلاف فى ذلك وان الرهن اذا لم يعلم فى التركة متعينا متميزا والا فهو كسبيل مال الدولين مرادا قطعا اذ لا فرق فى ثبوت حق الراهن وغيره بين العلم بكون ماله متعينا فى مال الآخر او مبهما وان كان مجهول العين وطريق التخلص الصلح واعلم ان المصنف وغيره ذكروا هذه المسئلة هنا جازمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارة متقاربة او متحدة وذكروا نظيرها فى باب الوديعة وباب القرض واستشكلوا حكمها والامر فيه كذلك فان اصالة براءة ذمة المرتهن معارضة باصالة بقاء المال وبحال انه فى يد المرتهن وقد قال ع على اليد ما اخذت حتى تؤدى فاذا مات ولم يعلم بعينه فاصالة بقائه وثبوت يده يقتضى كونه فى يده فاذا لم يعلم عينه كان كالمعلوم بقاؤه وان لم يتحقق كونه من جملة التركة لاحتمال كونه فى محل آخر الا ان على المرتهن التخلص عنه وجب لم يتعين يكون مضمونا خصوصا اذا امكنه الوصية والاشهاد فلم يفعل وعلى هذا يحتمل كونه مع الراهن كالمال الموجود فيقدم بقدره على غيره من الديان لانه بمنزلة الشريك حيث حكم ببقاء عين ماله ويحتمل كونه بمنزلة الديان لعدم العلم ببقاء عين المال واصالة بقائه بحسب الظاهر فيكون بمنزلة الدين ويمكن ان يرد على اصل هذا الاشكال لا تعارض بين الاصلين السابقين فان اصالة بقاء المال يمكن ان يجامع اصالة البراءة لان المال بيد المرتهن غير مضمون بل هو امانة ثم يمكن تلفه بغير تفريط فلا يكون مضمونا وحديث على اليد ما اخذت حتى تؤدى لا بد من تخصيصه بالامانات ولم يعلم هنا ما يزيل الامانة فيبقى اصالة براءة الذمة رافعة لاستحقاق الراهن عن المال والذمة لعدم التعارض فيهما اطلقوه حيث يشتبه الحال وهذا البحث جار فى كل امانة يمكن تلفها قبل الموت بغير تفريط قوله ويجوز للمرتهن اه موضع الشبهة الموجبة لذكر المسئلة ما لو كان وكيلا فى البيع فانه يجوز له ان يبيعه من نفسه ويتولى طرفى العقد لان الغرض وهو البيع بثمن المثل حاصل وخصوصية المشترى ملغاة حيث لم يتعرض لها وربما قيل بالمنع لان ظاهر الوكالة لابتناوله والاقوى الجواز كما فى كل وكالة وكذا يجوز له ان يبيع على ولده بطريق اولى ومنع ابن الجنيد من بيعه على نفسه وولده وشريكه ومن يجرى مجراهما لتطرق التهمة قوله والمرتهن اه يتحقق التعارض فى الحى اذا كان مفلسا محجورا عليه اذ بدونه يتخير فى الوفاء والخلاف فى تقديم المرتهن على غرماء الميت فقد روى انه وغيره سواء والاقوى تقديمه مطلقا لسبق تعلق حقه بالعين قوله والرهن اه هذا هو المشهور بل ادعى عليه الشيخ الاجماع وقد روى انه لو تلف بغير تفريط يقع التقاص بين قيمته وبين الدين وهو متروك وعليه نبه المص بقوله ولا يسقط من حقه شيء والاقوى الرواية لم يصح اطلاق سقوط شيء من حقه وان حكم بضمان الرهن لان الدين قد لا يكون من جنس ما يضمن به التالف فلا يسقط من الحق شيء وان كان التالف مضمونا لاختلاف الحقين قوله ولو تصرف فيه ضمان الاجرة فى الاولين واضح لانه انتفاع بمال الغير بغير اذنه فيضمن اجرته واما ضمان الاجرة بالاجارة فى تمامه مع مضى مدة يقابلها اجرة عادة لا بمجرد عقد الاجارة كما يقتضيه ظ العبارة وان كان ذلك يعتد بالاان الاجرة لا تترتب الا بمضى مدة يحتملها كما لا يخفى ثم على تقدير ضمان الاجرة فى الثلثة يختلف كيفية الضمان فان المضمون فى الاولين اجرة المثل واما الثالث فاذا امضت مدة الاجارة او ما يقابل باجرة فان الراهن يتخير بين فسخ الاجارة والرجوع باجرة المثل وبين امضاء الاجارة فيرجع بالمسمى قوله وان كان للرهن مؤنة اه القول للشيخ ره استنادا الى رواية ابى ولاد والمشهور انه ليس للمرتهن التصرف فى الرهن مط الا باذن الراهن فان تصرف لزمته الاجرة فيما له اجرة المثل او القيمة فيما يضمن كذلك كاللبن واما النفقة فان امره الراهن بها رجع بما غرم والا استاذنه فان امتنع او غاب رفع امره الى الحاكم فان تعذر انفق هو بنية الرجوع واشهد عليه ليثبت له استحقاقه فان تصرف مع ذلك فى شيء مما ذكر سابقا ضمنه مع الاثم وتقاصا ورجع ذو الفضل بفضله وهذا هو الاقوى والرواية محمولة على الاذن فى التصرف والانفاق مع تساوى الحقين وربما قيل بجواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استيذانه واستيذان الحاكم واستحسنه الشيخ ره فى الروضة ولا دليل عليه قوله ويجوز للمرتهن اه المراد انه لم يكن وكيلا فى البيع اما لعدمها ابتداء واما لبطلانها بموت الراهن كما مر فانه يجوز له ان يبيعه بنفسه وينبغى ان يخاف جحود الوارث للدين والمراد الخوف المستند الى القرائن المثمرة للظن الغالب وكذا يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن ايضا ولم يكن وكيلا كل ذلك مع عدم البينة المقبولة عند الحاكم والا لم يجز بل يثبت عنده الدين والرهن ويستاذنه فى البيع وربما الحق بخوف الجحود احتياجه الى اليمين فيجوز الاستبداد بالبيع دفعا لليمين قوله ولو وطئ المرتهن اه المراد العشر ان كانت بكرا ونصف العشر ان كانت ثيبا وقيل مهر مثلها مطلقا لانه عوض الوطى شرعا وربما قيل بتخير المالك بين الامرين ووجه الشهيد ره فى بعض حواشيه وهل يجب مع ذلك ارش البكارة ولا يدخل فى المهر يحتمله لانه عوض جزء فايت والمهر على اى وجه كان عوض الوطى فان قيل اذا وجب ارش البكارة صارت ثيبا فيجب عليه مهر الثيب خاصة قلنا انه وطئها بكرا فقد استوفى منفعتها على تلك الحال وفوت جزء منها فيجب عوض كل منهما ولا ينبغى التداخل ولان احدهما عوض جزء والآخر عوض منفعة وربما قيل بدخوله فى العشر وعدم دخوله فى مهر المثل واكثر عبارات الاصحاب هنا مطلقة قوله ولو طاوعته اه هذا هو المشهور ومستنده قوله ص لا مهر لبغى وهو نكرة فى سياق النفى فيعم وفيه منع دلالته على موضع النزاع لان الامة لا تستحق المهر ولا تملكه ولا ينافى استحقاق سيدها له مع كونها تصرف وقع فى ملكه بغير اذنه وايضا فالمهر شرعا يطلق على عوض بضع الحرة حتى سميت بسببه مهيرة بخلاف الامة فالنفى محمول عليها الهذين الوجهين مضافا الى ما ذكرناه فثبوت المهر اقوى والمراد باحد الامرين السابقين ثم على تقدير بقيه لا شبهة فى ثبوت ارش البكارة هنا لانه جناية على مال الغير فيثبت قوله ولو استترا عمدا اه لئلا يتسلماه منه مع طلبه منهما تسلمه فان له ان يرفع امره الى الحاكم اذ لا يجب عليه الاستمرار الى الاستيداع والحاكم ولى الممتنع اما لو كانا غائبين اتفاقا فان المستودع يجب عليه الصبر الى ان يحضرا اذا لم يحصل منهما تقصير فان عرض له عذر عن ابقائه فى يده كسفر عزم عليه او مرض خاف منه رده الى الحاكم لانه ولى الغائب وللحاكم ان يقبضه لا يقبضه لهما لا يقال اذا كان الحاكم ولى الغائب فللمدلاع دفعه اليه مع غيبتهما وان لم يكن له ضرورة كالمالك دفعه الى الوكيل لانا نقول ان ولاية الحاكم ليست كولاية المالك مط بل هى منوطة بالحاجة والمصلحة ومن القواعد المقررة وسيأتى فى بابها ان الودعى ليس له دفع الوديعة الى الحاكم مع امكان المالك ولا مع غيبته الا مع الضرورة وهذه من افراد ذلك ولو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع اليه فى صورتين ومع هذا الفرق بحث ولو تعذر الحاكم واضطر الى الايداع اودعه الثقة واشهد عليه عدلين ولا ضمان قوله ولو وضعاه اه لان الراهن لم يرض بامانته

٢٤٤ احدهما منفردا فلا يجوز لاحدهما الانفراد وان اتفق الآخر ومتى سلمه احدهما الى صاحبه ضمن كل منهما فى الجملة لكن هل يضمن الجميع بناء على ان كلا منهما يجب عليه حفظه اجمع وقد حصل منه سبب الضمان للجميع فيتخير المالك فى تضمين ايهما شاء ام يضمن النصف لانهما بمنزلة امين واحد والواجب عوض واحد وهما متساويان فى ثبوت سبب الضمان احدهما بالتفريط والآخر بالعدوان فيه وجهان اجودهما الاول لما ذكر ويضعف الثانى بمنع كونهما بمنزلة امين واحد بل كل واحد منهما امين على الجميع وان كان قد شرط انضمامه الى الآخر وتساويهما فى ثبوت سبب الضمان لا يقتضى التقسيط كما لو ترتبت ايدى الغاصبين على العين الواحدة وعلى هذا فالاجود استقرار الضمان على من تلفت فى يده مع احتمال استقراره على من ضمنه المالك قوله ولو باع المرتهن الرهن اه الفرق بين العيب والاستحقاق ان العيب لا يبطل البيع وانما يبطل بفسخ المشترى من حين الفسخ وهو مسبوق بقبض المرتهن الثمن وتعلق حق الوثيقة به سواء كان قد اخذه من دينه ام ابقاه وثيقة به وفى الحقيقة حصل بمجرد البيع لانه وقت نقل الثمن الى الراهن فلا يبطله الفسخ الطارى من المشترى بل يرجع المشترى على الراهن بعوض الثمن بخلاف ظهور استحقاق الرهن فانه يبطل البيع من اصله فلا يدخل الثمن فى ملك الراهن ولا يصح قبض المرتهن له ورجع فيطالبه من هو فى يده من العدل والمرتهن ولو وجده تالفا فان كان تلفه فى يد العدل والمشترى عالم بانه وكيل فالرجوع على الراهن وان لم يعلم رجع على العدل لان المعاملة بينهما والثمن مملوك للمشترى فيكون مضمونا على من هو فى يده ظاهرا ويرجع العدل على الراهن وان كان التلف فى يد المرتهن رجع عليه بالعوض ايضا وهل يغرم المرتهن او يرجع على الراهن نظر ومقتضى قواعد الغصب رجوعه مع جهله وعلم الراهن بالاستحقاق لغروره والكلام اثنما لو تلف الرهن فى يد المرتهن ثم ظهر مستحقا قوله واذا مات المرتهن اه وضع الرهن فى يد المرتهن او غيره مشروطا باتفاقهما عليه فان شرطا فى عقد الرهن تعين والا فاجب ما يتفقان عليه فاذا كان فى يد المرتهن بالاشتراط او بالاتفاق فمات لم يجب على الراهن ابقاؤه فى يد وارثه فانه قد يستأمن المورث ولا يستأمن الوارث وكذا للوارث الامتناع من تسليم الرهن لم يرض فان اتفقا على احد ممن يجوز توكيله وان لم يكن صح والا جاز والا تسلمه الحاكم او سلمه الى عدل ليقبضه لهما وكذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع من ابقائه فى يد المرتهن والعدل لانهما فى القبض بمنزلة الوكيل يبطل وكالته بموت الموكل وان كانت مشروطة فى عقد الرهن الا ان يشترط استمرار الوضع بعد موته فيكون بمنزلة الوصى فى الحفظ قوله ولو خان اه اذا اتفقا على وضعه على يد عدل فصار هشا انفقا على ابقائه فى يده او نقله الى غيره فلا كلام والا رفع الممتنع امره الى الحاكم ليخرجه من يده الى يد عدل غيره وكذا لو تجدد للعدل عداوة ولو اذا تحدثت لاحدهما او ضعف عن حفظه ولو اختلفا فى التغيير المجوز للنقل يحث عنه الحاكم فان ظهر التغيير نقله والا اقره وكذا لو كان فى يد المرتهن فادعى الراهن تغيير حاله قوله لا يجوز للراهن اه لما كان الرهن وثيقة لدين المرتهن لم يتم الوثيقة الا بالحجر على الراهن وقطع سلطنته ليتحرك الى الاداء فمن ثم منع الراهن من التصرف فى الرهن سواء ازال الملك كالبيع ام المنفعة كالاجارة ام انقص المرهون وقلل الرغبة فيه كالتزويج ام زاحم المرتهن فى مقصوده كالرهن لغيره ام اوجب انتفاعا وان لم يضر بالرهن كالاستخدام والسكنى ولا يمنع من تصرف يعود نفعه على الرهن كمداواة المريض ورعى الحيوان وتأبير النخل وختن العبد وخفض الجارية ان لم يؤد الى النقص اذا انفرد ذلك فلو تصرف الراهن بما يمنع منه فان كان عقدا كان موقوفا على اجازة المرتهن فان اجازه صح والا بطل وان كان بانتفاع منه او ممن سلطه عليه ولو بعقد لم يصح وفعل حرم ما ثم ان قلنا ان المنافع المتجددة تتبع الرهن يثبت عليه اجرة ذلك ان كان مما له اجرة عادة وكانت رهنا وان لم نقل بالتبعية لم يلزمه شيء واطلق الشيخ ره انه لو اجره فالاجرة لم يجوز للراهن الا انزال على الاتيان مط وهو ضعيف لتعرضه للنقص ولانه انتفاع فى الجملة يناف الحجر هذا كله اذا لم يكن العقد او الانتفاع باذن من الراهن المرتهن فلو كان باذنه بان اجره او اسكنه او حلله الوطى او باعه وشبهه فانه يصح لاختصاص الحق بهما كما لو اتفقا على ذلك التغيير قوله وفى صحته اه منشأ التردد من كون العتق ايقاعا فلا يكون موقوفا لاعتبار التنجيز فيه ومن ان المانع حق المرتهن وقد زال بالاجازة وهو اقوى ويمنع منافاة التوقف المذكور للتنجيز كغيره من العقود التى يشترط فيها ذلك ايضا فان التوقف الممنوع هو توقف المقتضى على شرط لا على زوال المانع وعلى هذا لو لم يبطله المرتهن الى ان يفك الرهن لزم قوله وكذا المرتهن عطف على اول المسئلة والمشبه به عدم جواز تصرف الراهن فى الرهن بشيء من الامور المذكورة سابقا الا على مسئلة العتق لانها تالية قوله وفى عتقه وجه التردد قريب مما سبق الا ان المنع هنا اقوى بل كثير من الاصحاب لم يتوقف فى حكمه لان المرتهن غير مالك ولا عتق الا فى ملك فيكون كالفضولى لا يصح عتقه بالاجازة قوله ما لم يسبق الاذن اى اذن الراهن للمرتهن فى العتق فانه يصح العتق لزوال المانع وقد يشكل بان المرتهن غير مالك واذن الراهن له لا يصيره ملكا له فيأتى ما تقدم ويندفع بما سيأتى فى العتق من ان المأذون والمأمور بعتق عبده عن غيره يصح عتقه وينتقل الى ملك الآمر والمأذون له قبل ايقاع الصيغة آنا ما ثم يعتق او بالصيغة المقترنة بالامر او الاذن ولو كان اذن الراهن للمرتهن فى عتقه مط او عن الراهن فلا اشكال لان المرتهن ح وكيل عن المالك ولو حملت العبارة على ذلك كان اولى واسلم من ذلك الاشكال الموقوف على نقل الدعوى وتحقيقه قوله وهل يباع اه اذا وطئ الراهن امته المرهونة فاحبلها صارت ام ولد سواء وطئ باذن المرتهن ام لا وان اثم فى الثانى والمعزر وعلى التقديرين لا يبطل الرهن لعدم المنافاة بينه وبين الاستيلاد لجواز موت الولد وهل يجوز بيعها مع حصول اجل الدين اقوال احدها الجواز مط لاطلاق الاولوية بيع الرهن فى الدين وسبق حق المرتهن على الاستيلاد وثانيها المنع مط للنهى عن بيع ام الولد وتشبثها بالحرية وبناء العتق على التغليب كل ذلك ما دام ولدها حيا من الرهن وثالثها التفصيل باعسار الراهن فيباع ويساره فيلزمه القيمة من غيرها يكون رهنا جمعا بين الحقين اختاره فى كره وهو قول الشيخ فى الخلاف ومرجع الاقوال الى تعارض ادلة منع بيع ام الولد وتسويغ بيع الرهن فمنهم من جمع بينهما ومنهم من رجح والاقوى ترجيح جانب الرهن لسبق سببه فيجوز البيع مط اقوى وربما قيل بجواز بيعها مع وطئه بغير اذن المرتهن ومنعه مع وقوعه باذنه ولختاره الشهيد ره فى بعض حواشيه فيكون الاقوال اربعة قوله ولو وطئها اه لا شبهة فى عدم خروجها عنه بمجرد الوطى اذ لا منافاة بينهما بل لا تخرج بالحبل ايضا كما قدمناه وان منعنا من بيعها لامكان موت الولد فانه مانع فاذا زال عمل السبب السابق عمله قوله ولو اذن له اه لما كان حق المرتهن متعلقا بعين الرهن فاذا اذن للراهن فيما فيه زوال الملك عنه فان كان بغير عوض كالعتق والهبة فلا اشكال فى عدم لزوم اقامة

بذله لزوال متعلق الرهن وهو المبيع باذن المرتهن سواء كان الدين حالا ام مؤجلا وان كان بعوض كالبيع فالمشهور انه كذلك لعين ما ذكر وللشيخ ره قول بان الاذن
ان كان بعد محل الحق يكون الثمن رهنا مكانه لان عقد الرهن يقتضي بيع الرهن عند محله فينصرف الاذن اليه هذا كله مع عدم شرط جعل الثمن رهنا عند الاذن
في البيع والا لزم قطعا لعموم قوله المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك ايضا بين ان يكون الدين حالا او مؤجلا ومثله في الجواز ما لو كان الدين مؤجلا فاذن
المرتهن في البيع بشرط ان يعجل حقه من ثمنه فيلزم الشرط لانه شرط سائغ تدعو الحاجة اليه نبه عليه في كره قوله ولو اذن للراهن اه وجه عدم الجواز لعدم استحقاقه
ح والاذن في البيع لا يقتضي الاذن في تعجيل الاستيفاء ولو كان ذلك بعد الحلول فهذا الطلاق المص ره صحة التصرف للمرتهن وهو مبني على كون الحق وايضا
للثمن جنسا ووصفا فلو تخالفا لم يجز التصرف فيه الا باذن الراهن كما لا يجوز له التصرف في نفس الرهن لافتقاره الى معاوضة اخرى قوله فاذا حل الاجل او
هذا حكم استيفاء المرتهن حقه من الرهن وحاصله انه ان كان وكيلا في بيع الرهن بنفسه مع حلول الدين اما باصله او بانقضاء اجله حتى لو كان حالا فله البيع
في مجلس الرهن ما لم يشترط عليه تاخير التصرف الى مدة فيقوم مقام تاجيل الدين وان لم يكن وكيلا طلب من الراهن البيع او الاذن فيه فان فعل والا رفع
امره الى الحاكم والمص ره طوى هذه الواسطة لظهورها فيلزمه الحاكم بالبيع او يبيع عليه لانه ولي الممتنع وهذا كله لا اشكال فيه وانما يقع الاشتباه في
موضعين احدهما لو كان حقه لا يمكنه اثباته عند الحاكم لعدم بينة مقبولة او حاضرة عنده والثاني ما لو تعذر وصوله الى الحاكم لعدمه او لبعده
فيحتاج في جواز استقلاله بالبيع بنفسه ليستوفي حقه كالوظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينة وهو ضيره [illegible] كره بل فرضها فيما هو ابلغ من
ذلك وهو ما لو لم يكن في البلد حاكم والظاهر ان المعتبر بعده بحيث يشق التوصل اليه عادة لا مطلق كونه في غير البلد ولو امكن اثباته عند الحاكم نادرا
لكن افتقر الى اليمين لكون المدعى عليه غائبا ونحوه فالظاهر انه غير مانع ولا يجوز له الاستقلال لامكان الاستيفاء من قبل المديون وهو الحاكم فلا
يستبد بنفسه مع احتمال الجواز دفعا لمشقة الحلف بالله تع قوله الرهن لازم اه عقد الرهن ذو جهتين بالنسبة الى الجواز واللزوم فهو لازم من قبل الراهن
وجائز من قبل المرتهن والفرق ان الراهن يسقط حق غيره والمرتهن يسقط حق نفسه والعمل نظيره في العقود الا الكتابة المشروطة عند الشيخ ره فانها لازمة
من قبل السيد جائزة من قبل العبد نعم ربما ناسبه عقد الفضولي من احد الجانبين فانه لازم من قبل من عقد عنه فضولا وعلى هذا يمكن تمشيه في سائر العقود
على هذا الوجه اذا انفرد ذلك فلا يجوز للراهن انتزاعه بغير اذن المرتهن مط وما استثناه المص يخرجه عن كونه رهنا فالاستثناء فيه منقطع وجملة ما ذكره
من مبطلات الرهن ثلثة احدها اقباض الدين ولا يعتبر كونه من الراهن بل لو اقبضه غيره وان كان متبرعا فك الرهن ثم في حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن ونحوه
به وثانيها ابراء المرتهن له من الدين وفي حكمه الاقالة المسقطة للثمن المرهون به وبالجملة فالضابط براءة ذمة الراهن من جميع الدين فلو عبر به المص كان اشمل مضافا
الى الثالث وهو اسقاط المرتهن حقه من الرهانة بمعنى فسخه لعقدها وامره واضح لجوازه من قبله وبقي في المسئلة امر اخر وهو ما لو اقبضه البعض او ابراه منه هو
فهل يكون حكمه حكم ما لو اقبض الجميع او ابرئ منه يحتمل ذلك لان الرهن انما وقع في مقابلة مجموع الدين من حيث هو مجموع وقد ارتفع بعضه فيرتفع المجموع ضرورة
ارتفاعه بارتفاع بعض اجزائه فعلى هذا يبطل الرهن لسقوط جزء ما من الدين وان قل ويحتمل بقاؤه اجمع ما بقي من الدين جزء نظرا الى الغالب من تعلق الا[غراض]
باستيفاء الدين عن اخره من الرهن وهذا هو الذي قواه في س وادعى فيه ظاهرا الاجماع والاول يختار عدم نعم لو شرط كونه رهنا على المجموع لا على كل جزء منه
فلا اشكال في الاول كما انه لو شرط كونه رهنا على كل جزء منه فلا اشكال في بقائه ما بقي جزء وعلى الاول لو بذل الراهن شيئا من الدين ففي وجوب قبوله
في غير ما يلزم منه نقص المالية كمال السلم وثمن المبيع نظر من ادائه الى الضرر بالانفساخ ومن وجوب قبض بعض الحق في غير ما ذكر ويمكن ان يخرج هذا الفرد
بنقص المالية فان ابطال الرهن موجب للنقص خصوصا مع اعسار الراهن فيؤدي الى الضرر المنفي ويتفرع في المسئلة عند الاطلاق احتمال ثالث وهو مقابلة
اجزاء الرهن باجزاء الدين وتقسيطه عليها كما هو مقتضى كل معاوضة فاذا برئ من بعض الدين ينفك من الرهن بحسابه فمن النصف النصف ومن الثلث
الثلث وهكذا وهذا الاحتمال متوجه لان اطلاق المقابلة بين الامرين في المعاملة يقتضي ذلك الا انه يشكل بما لو تلف جزء من المرهون فانه يقتضي ان لا
يبقى الباقي رهنا على مجموع الدين بل على جزء بتقسيط الحساب ويمكن اندفاع هذا بما ذكروه في توجيه الاحتمال الثاني من تعلق الغرض باستيفاء الدين كله
من الرهن ومرجعه الى ح لا الى العرف على هذا المعنى قوله وبعد ذلك يبقى اه المراد انه يبقى في يد المرتهن بعد انفساخ الرهن امانة مالكية لا شرعية ومن
لوازمها عدم وجوب تسليمها الى مالكها الا بمطالبته بخلاف الشرعية وانما كان كذلك لانه مقبوض باذن المالك وقد كان وثيقة وامانة فاذا اسقطت الوثيقة بقيت
الامانة مضبوطة بمنزلة الوديعة لا بمنزلة ما لو اطار الريح ثوبا الى دار انسان حيث يلزمه رده على مالكه ابتداء او اعلامه به وهذا ونحوه هو المعبر عنه بالامانة
الشرعية حيث ان الشارع جعله امينا عليه بدون المالك فيجب المبادرة الى احد الامرين لان المالك لم يرض بكونه في يده ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث
ذهب الى انه اذا قضاه يكون مضمونا واذا ابراه ثم تلف الرهن في يده لا يضمنه استحسانا وهو تحكم بل ينبغي العكس فانه مع القضاء يكون المالك عالما بانفكاكه
ماله فاذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه امانة واما الابراء فقد لا يعلم به الراهن فلا يكون تاركا لماله باختياره قال في كره وينبغي ان يكون المرتهن اذا ابرأ
الراهن من الدين ولم يعلم الراهن ان يعلمه بالابراء ويرد الرهن عليه لانه لم يتركه عنده الا على سبيل الوثيقة بخلاف ما اذا علم لانه قد رضي بتركه في يده وهو حسن
قوله ولو شرط ان لم يؤد اه المراد انه رهنه الرهن على الدين المؤجل وشرط له ان لم يؤد الدين في ذلك الاجل يكون الرهن مبيعا له بالدين او بقدر مخصوص فانه لا
يصح الرهن ولا البيع اما الرهن فلانه لا يتوقت الا بالوفاء واما البيع فلانه لا يتعلق وعبارة المص مطلقة الا انها منزلة على ذلك وان كان الاطلاق يقتضي بطلان
ايضا الا انه حيث لم يعين وقتا لا يتحقق عدم الوفاء ما دام الراهن حيا فيتعلق البيع على الوفاء وهو غير صحيح ايضا الا ان الاصحاب وغيرهم فرضوها كما ذكرناه
وقد يكتفى في تعليل بطلان الرهن ببطلان البيع المعلق فهو شرط فاسد فافسده كما تقدم وخالف في ذلك بعض العامة فصحح الرهن وافسد البيع لان دخل على العقد
الراهن اذا رضي بالرهن مع هذا الشرط كان اولى ان يرضى به مع بطلانه وفساده ظ لان [illegible] الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد اذا انفرد ذلك

ولو اذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الاجل لم يتصرف في الثمن الا بعد حلوله ولو كان بعد حلول الاجل ونفذ الاذن انما كان للمرتهن البيع ان كان وكيلا والا رفع امره الى الحاكم ليلزمه البيع فان امتنع كان له حبسه وله ان يبيع عليه الثاني في احكام متعلقة بالرهن الرهن لازم من جهة الراهن ليس له انتزاعه الا مع اقباض الدين او الابراء منه او تصريح المرتهن باسقاط حقه من الارتهان وبعد ذلك يبقى امانة في يد المرتهن لا يجب تسليمه الا مع المطالبة ولو شرط ان لم يؤد ان يكون الرهن مبيعا لم يصح متن

٢٢٣ فلو قبضه المرتهن على هذا الوجه ضمنه بعد الاجل لا قبله لانه في مدة الاجل رهن فاسد وبعده مبيع فاسد وكل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وحيث كان
صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك وحيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك والسر في ذلك انهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضمونا
فقد دخل القابض على الضمان ودفع المالك عليه مضافا الى قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو واضح وحيث يكون غير مضمون يكون التسليم واقعا
على اعتقاد صحة العقد فلم يقصد المسلم ضمانا ايضا فينتفي المقتضي له وهذا القسم انما يتم لو كانا جاهلين بالفساد او عالمين به لاذن الدافع في القبض فيكون
بمنزلة الامانة وكذا لو كان الدافع عالما به والقابض جاهلا اما لو انعكس اشكل من حيث ان القابض اخذ بغير حق والدافع توهم اللزوم والالما رضي بدفع ماله
فينبغي ان يكون مضمونا لعموم الخبر السالف الا ان الاصحاب وغيرهم اطلقوا القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها احد ويمكن توجيهه ايضا بان المالك اذن في
قبضه على وجه لا ضمان فيه والمسلم تسلمه منه كذلك وعدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم فالاذن حاصل والمانع غير معلوم قوله ولو غصبه ثم رهنه الضمير البارز
في غصبه ورهنه يعود الى المال المجعول رهنا واما المستكن فيهما فلا يخلو من خفاء فيمكن ان يكون الفعلان مبنيين للمعلوم فيعود ضمير غصب الى فاعل الغصب
المدلول عليه بالمقام اكتفى به لامن اللبس وضمير رهن يعود الى المغصوب منه المدلول عليه بالغصب لاستلزامه غاصبا ومغصوبا منه وعلى هذا فيصير ضمير
رهنه البارز احد مفعوليه والثاني محذوف والتقدير رهنه منه او اياه او الغاصب ونحوه ويمكن بناء الصيغة الاولى للمجهول وضمير المستكن نائب الفاعل
وضمير رهنه المستكن يعود اليه اي لو غصب انسان مالا ثم رهنه ذلك المغصوب منه والتقدير انه رهنه من الغاصب الا ان فيه قصور العبارة عن تأدية هذا
التقدير ولا بد منه لانه مفروض المسئلة الا انه يظهر بمعونة ما ياتي من قوله ولم يزل الضمان ويمكن العكس بان يبني الصيغة الاولى للمعلوم والثانية
للمجهول والتقدير الاول كامر وضمير رهنه المستكن الذي هو نائب الفاعل يعود الى الغاصب والبارز الى المال المضمر في غصبه ولا يحتاج الى بيان الفاعل
لظهور ان الراهن شرعا لا يكون الا المالك المغصوب منه وهذا الوجه الاخير اوجه الثلثة وان اشترك في الدلالة على صعوبة تاليف العبارة اذا انفرد ذلك
فنقول قد عرفت فيما تقدم انه يجوز رهن العين المغصوبة عند الغاصب والخلاف في ان قبضه هل يتحقق بمجرد العقد او لا بد فيه من اذن جديد وان المص
اختار تحققه بمجرد العقد اكتفاء بالقبض السابق وبقي الكلام هنا في ان الضمان الذي كان قد حصل بالغصب هل يزول بالرهن ام لا وانما يقع الاشتباه
لو اكتفينا بالقبض السابق كما اختاره المص اما لو قلنا بافتقار الرهن الى قبض جديد فلا شبهة في انه قبله مضمون لانه مقبوض بالغصب والمص ره جزم ببقاء
الضمان وان تحقق القبض المصحح للرهن ووجهه ان الضمان كان حاصلا من قبل ولم يحصل ما يزيله فيستصحب وانما قلنا انه لم يحصل ما يزيله لان الحاصل هو الرهن
المقبوض بجامع الضمان لو تعدى المرتهن في الرهن فانه يصير مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان واذا لم يكونا متنافيين استمر الضمان لعدم المعارض ولقوله
على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولان ابتداء كل شيء اضعف من استدامته بناء على احتياج المبتدأ الى المؤثر قطعا واستغناء الباقي عنه او الخلاف في احتياجه
وان المتفق على احتياجه اضعف من المختلف فيه واذا كانت حالة الرهن القوية وهي استدامته لا يمنع حالة الضمان الضعيفة وهي ابتداؤه فحالة الضمان القوية
وهي استدامته فيما لو طرأ ابتداء الرهن على استدامة الغصب اولى خصوصا وقد تقدم ان وجه الاكتفاء بالقبض السابق وان كان غصبا صدق قوله تع فرهان
مقبوضة اعم من كونه مقبوضا امانة وعدوانا ونحو فيبقى ضمان الغصب مستمرا الى ان يقبضه المالك ثم يرده اليه او يسقط عنه ضمانه واستقرب العلامة في القواعد
زوال الضمان هنا بمجرد العقد لانصراف القبض المستدام بعده الى الرهن المقتضي لصيرورته امانة ولزوال السبب المقتضي للضمان لانه لم يبق غاصبا فلا يبقى
الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه وحدوث التمكن في الرهن يوجب الضمان للعدوان لا للغصب والحال ان هنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث
ما يوجبه والاقوى الاول وقد عرفت انه لا منافاة بين انصراف القبض الى الرهن وبقاء الضمان والوجهان آتيان فيما لو لم يكتف بالقبض السابق وجدد له المالك
الاذن في القبض بغير بينة للدليل الا ان زوال الضمان هنا اقوى لان اذن المالك له في قبضه بمنزلة تسليمه اياه ثم دفعه اليه لانه حكم كبيله بخلاف السابق وهذا البحث
آت في كل قبض مضمون كالمقبوض بالبيع الفاسد والسوم على القول به والمستعير المفرط والمشروط عليه الضمان لاشتراك الجميع في المعنى قوله وما يحصل اه
المراد بما يحصل منه زوائده وفوائده متصلة كانت ام منفصلة متولدة كالثمرة ام لا كالكسب فان جميعها ملك للراهن تبعا للاصل فان حبسه بحق المرتهن لا يخرجه
عن حقيقة الملك ويبقى انه هل يدخل معه في الرهن ام لا وسيأتي قوله وكذا اه عدول له عن المسئلة السابقة الى الامثلة المذكورة يوهم ان الخلاف فيما ذكره وقد كان
الاولى تفريعها على السابق بان يقول بعد الحكم بكون الفوائد ملكا للراهن وهل يدخل في الرهن تبعا للاصل ام لا ويحكم بما يختاره والحاصل ان فوائد الرهن و
زوائده المتجددة بعد الارتهان ان كانت متصلة اتصالا لا يقبل الانفصال كالسمن والطول دخلت اجماعا وان كانت منفصلة كالثمرة والولد او يقبل
الانفصال كالشعر والثمرة قبل الجذاذ ففي دخولها قولان احدهما وهو المشهور بل ادعى عليه ابن ادريس الاجماع ما اختاره المص وهو دخولها فيه ووجهه اما
الاجماع المنقول بخبر الواحد او ان النماء من شانه تبعية للاصل في الحكم كما يتبع ولد المدبرة لها فيه والثاني عدم الدخول ذهب اليه الشيخ وتبعه العلامة
وولده والمحقق الشيخ علي لاصالة عدمه ولان للاصل في الملك ان يتصرف فيه مالكه كيف شاء خرج منه الاصل لوقوع الرهن عليه فيبقى الباقي واحتج له
العلامة برواية السكوني وصحيحة اسحق بن عمار عن الكاظم ع ولا شاهد فيهما الا ان الاولى مع ضعفها تضمنت كون المنفعة في مقابلة النفقة والثانية
الغلة لصاحب الاصل ولا نزاع فيه اذ لا يلزم من دخوله في الارتهان خروجه عن الملك ويمكن ان يبنى على القول بعدم الدخول يلزم جواز انتفاع الراهن
بالرهن لان المنفعة اذا لم تكن رهنا لا وجه لمنعه من التصرف فيها لكن الاجماع على منعه ويندفع ذلك بان منعه من التصرف لا من حيث المنفعة بل من
حيث استلزام التصرف في المرهون ولهذا لو انفصلت المنفعة كالثمرة والولد لم يمنع من التصرف فيهما ولعل هذا القول اقوى ان لم يتم الاجماع والتبعية
في الملك مسلمة لا في مطلق الحكم وتبعية ولد المدبرة لتغليب جانب العتق ولو شرط المرتهن دخولها او شرط الراهن خروجها ارتفع الاشكال ولزم
الشرط واستثنى في كره من ذلك ما يتجدد من المنافع بالاختيار كالكتابة للعبد فلا يصح اشتراط دخوله لانها ليست من اجزاء الاصل فهي معدومة

ولو غصبه ثم رهنه صح ولم يزل الضمان وكذا لو كان في يده ببيع فاسد ولو اسقط عنه الضمان صح وما يحصل من الرهن من فوائده فهي للراهن ولو حملت الشجرة او الدابة او المملوكة بعد الارتهان كان الحمل رهنا كالاصل على الاظهر ولو كان في يده رهنان بدينين متغايرين ثم ادى احدهما لم يجز امساك الرهن الذي يخصه بالدين الاخر متن

كما اذا طرأ التعدي على الرهن فلان لا تمنع حالة الرهن الضعيفة وهي ابتداؤه مم

على الاطلاق قوله وكذا اى لا يجوز للمرتهن ذلك بنفسه بغير رضا الراهن والا فقد تقدم انه يجوز ادخال الدين المتجدد في الرهن وجعل الرهن على دين آخر من الراهن قوله واذا آه اجمع العلماء على جواز رهن مال الغير باذنه على دينه في الجملة وسموه استعارة للرهن وجعلوها مضمونة على الراهن ورده الى المالك تاما فلا بحث وان تلف في يد المرتهن بغير تفريط لم يضمن وضمن الراهن مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا والمعتبر في القيمة يوم التلف لانه لم يخرج عن ملك المعير هذا اذا ان اختلف القيمة بتفاوت السوق فان تفاوته غير مضمون على العارية الا وفي فهنا اولى وان كان التفاوت لنقص في العين ضمنه المستعير كما يضمن الجملة وفي حكم التلف تعذر رده لغصب ونحوه واما تعذره لبيع المرتهن له فسيأتي حكمه فاطلاق المص تعذر اعادته يحتاج الى التقييد وانما يلحق هذه العارية الحكمان السابقان بعد الرهن اما قبله فالاقرب استعارتها فلا يضمن الا بالتفريط ويجوز للمعير الرجوع فيها وكذا يجوز بعده قبل القبض ان جعلناه شرطا في اللزوم ثم ان سوغ المالك للراهن الرهن كيف شاء جاز رهنه من شاء على اى مقدار شاء باى اجل شاء وان قيد له بعضها تقيد وان اطلق الاذن ففي جوازه قولان احدهما الجواز فيتخير كالوعم علما بالاطلاق وبه قطع في س والثاني المنع لما فيه من الغرر والضرر بكثرة تفاوت الدين والمرتهن والاجل وهو اولى فيعتبر ذكر قدر الدين وجنسه ووصفه وحلوله او تاجيله وقدر الاجل فان تخطى كان فضوليا الا ان يرهن على الاقل فانه يدخل بطريق اولى قوله ولو بيع آه اذا اراد المرتهن استيفاء دينه من الرهن المستعار فحكمه حكم غيره من جواز بيعه ان كان وكيلا والا استاذن المالك والا الحاكم كما مر فاذا باعه على وجه يصح فليكن بثمن المثل فصاعدا كما في كل وكيل فان باعه باكثر فللمالك الاكثر لانه ثمن ملكه اذ العين باقية على ملكه الى زمان البيع ولا يتصور بيعه بنقصان عن قيمته فعبارة المص بثبوت الزيادة عن ثمن المثل اجود من عبارة القواعد بانه يرجع باكثر الامرين من القيمة وما بيع به لايهامه امكان بيعه بدون القيمة وهو ممتنع بخلاف الزيادة لامكان اتفاق راغب فيها يزيد عن ثمن المثل بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريه لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله وربما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحة البيع بسبب قلة الراغب في الشراء مع كون قيمة المال في ذلك الوقت والمكان تعتد ذوى الرغبة ازيد مما بذل فيه ويشكل بان المعتبر في القيمة ما يبذل في ذلك الوقت لا ما يمكن بذله فان كان الذى باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواه والا لم يصح البيع قوله واذا رهن آه زوائد الرهن الموجودة حال الرهن متى كانت منفصلة كالولد واللبن او متصلة لكن يقبل الانفصال كالثمرة والشعر والصوف المستجز لم يدخل في الرهن على المشهور واستقرب في كرة دخول الصوف والشعر على ظهر الحيوان محتجا بانه كالجزء منه وقوى دخول اللبن في الضرع وفي عد تردد في الاخير ولا فرق في ذلك بين ثمرة النخل وغيره وانما خص المص ثمرة النخل الا انها بعد الظهور وقبل التابير تدخل في بيع الاصل بخلاف غيرها من الثمار فانها متى ظهرت لا تدخل في عقد مط ولما كان ذلك الحكم مختصا بالبيع نبه المص عليه ونبه به ايضا على خلاف بعض العامة حيث ادخله قياسا على البيع كما في ذلك مع عدم الشرط قوله وكذا ان رهن الارض آه منشأ التردد من توهم كون الشجر من حقوق الارض كما فهمه الشيخ ره ومن ظهور عدمه اذ لا يعد من حقوقها لغة ولا عرفا والاصح عدم الدخول وقد سبق مثله في البيع نعم لو قال بجميع ما اشتملت عليه او نحوه دخلت على الظ قوله وكذا ما ينبت آه انما خص ذلك بعد حكمه بعدم دخول النماء المتجدد للتنبيه على ان مثل هذا لا يعد نماء للارض فلا يجرى فيه الخلاف واما ما كان منه من الشجر المرهون فلا اشكال في بقائه على ما كان لانه يتجدد له الدخول وهل يتوقف غرسه على اذن المرتهن يحتمله لانه تصرف في الرهن وانتفاع فيتوقف وعدمه لانه مصلحة لزيادة في قيمته كالسقي والدواء وقد تقدم نعم لو اضر بالارض فلا ريب في توقفه على اذنه وكذا لو كان الغرس من غير المرهون قوله وهل يجبر الراهن آه وجه ما اختاره المص ان ابقائه في المحل المرهون تصرف فيه وهو ممنوع منه كما لو وضع متاعه في الدار ووجه العدم اصالته ومنع ان مثل ذلك يعد تصرفا وقد يفرق بينه وبين المتاع بان وضع المتاع منه فهو سبب في بقائه بخلاف ما انبته الله تع نعم لو كان ذلك بفعل الراهن فاجباره على ازالته اقوى قوله ولو رهن لقطة آه لا اشكال في الجواز حيث لا يحصل الاشتباه لعدم المانع ووجود المقتضى للصحة اما معه فقال الشيخ ره انه لا يصح الرهن لتعذر الاستيفاء بسبب عدم التمييز ولانه لا يصح بيعه عند الاجل لجهله فلا يصح رهنه ويضعف بمنع تعذر الاستيفاء لامكانه بالصلح ولان المعتبر اجتماع شرائط الصحة وقت الرهن وهى حاصلة وصحة البيع لو سلم شرطيتها فالمعتبر منها ما كان عند انشاء الرهن لانه وقت اعتبار الشرائط وهى حاصلة ايض فما اختاره المص من عدم البطلان اصح قوله واذا جنى المرهون آه انما كان حق المجنى عليه اولى مع ان سببه متأخر عن حق المرتهن ومن شأن السابق التقدم عند التعارض لوجوه الاول ان حق المجنى عليه متعين في الرقبة ومن ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد شئ وحق المرتهن متعلق بالرقبة وبذمة الراهن فلا يفوت حقه بفواتها ويرجع ذلك الى ان للمرتهن بدلا ولا بدل للمجنى عليه الثاني ان حق المجنى عليه يتقدم على حق المالك فلان يتقدم على حق المرتهن اولى الثالث ان تعلق المرتهن بالرهن اضعف من تعلق المجنى عليه ومن ثم كان للمجنى عليه الاستيفاء بدون مراجعة المالك بخلاف المرتهن وهذه الوجوه الثلثة واردة في جناية العمد واما الخطأ فيختص بالاولين اذا تقرر ذلك فنقول جناية العبد المرهون ان كانت نفسا واوجبت قصاصا فامره الى المجنى عليه فان اقتص بطل الرهن وكذا ان استرق وان عفى عنه بقى رهنا اذ لم يبطل الرهن بالجناية وانما اثبت عليه الحقوق وان عفى على مال فان بذله السيد بقى رهنا ايض والا بيع العبد وبطل الرهن وان عاد الى ملك الراهن وان اوجبت قصاصا في الطرف ونحوه اقتص منه وبقى رهنا ايض وان اوجبت مالا في بعض صور العمد او في الخطاء مط فالامر كما قررناه من انه ان فداه السيد بقى رهنا وان استرق او بيع فان فضل منه شئ بقى كك والا بطل الرهن ولو كان الواجب دون قيمة العبد لكن تعذر بيع البعض او انتقصت القيمة به بيع الجميع والفاضل من الثمن عن الجناية يكون رهنا كما لو اضطر الى بيع الرهن ولا فرق في ذلك كله بين كون الجناية من العبد ابتداء او بامر السيد وان كان مكرها له عليها وان كان مع الاكراه يحبس المكره حتى يموت نعم لو كان العبد غير مميز او اعجميا يعتقد وجوب طاعة السيد في جميع اوامره فقد قال في كرة ان الجاني هو السيد وعليه القصاص او الضمان ولا يتعلق برقبة العبد شئ بل يبقى رهنا وان كان السيد معسرا قوله ولو جنى على مولاه آه جناية العبد على سيده ان كانت عمدا واوجبت قصاصا تخير مولاه او وليه بين القصاص والعفو فان اقتص وبقى حيا كما لو كانت على طرف بقى رهنا والا فات وان اوجبت مالا في العمد على بعض الوجوه او في الخطاء لم يثبت للمولى شئ لان العبد ماله ولا يثبت له على ماله مال والا لزم تحصيل الحاصل بخلاف القصاص في النفس و

وكذا لو كان له دينان وباحدهما رهن لم يجز ان يجعله رهنا بهما ولا ان ينقله الى دين مستأنف واذا رهن مال غيره باذنه ضمنه ولو تلف بغير تفريط ان تلف او تعذر اعادته ولو بيع باكثر من ثمن مثله كان له المطالبة بما بيع به واذا رهن النخل لم تدخل الثمرة وان لم تؤبر وكذا ان رهن الارض لم يدخل الزرع ولا الشجر فيها ولا النخل ولو قال بحقوقها دخل على تردد ما لم يصرح وكذا ما ينبت في الارض بعد رهنها سواء انبته الله تعالى او الراهن او اجنبي اذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون وهل يجبر الراهن على ازالته قيل لا وقيل نعم وهو الاشبه ولو رهن لقطة مما يلقط كالخيار فان كان الحق يحل قبل تجدد الثانية صح وان كان متأخرا تأخرا يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لا يتميز قيل يبطل والوجه انه لا يبطل وكذا البحث في رهن الخرطة مما يخرط والجزة مما يجز واذا جنى المرهون عمدا تعلقت الجناية برقبته وكان حق المجنى عليه اولى وان جنى خطأ فان افتكه المولى بقي رهنا وان سلمه كان للمجنى عليه منه بقدر الجناية والباقي رهن وان استوعبت الجناية قيمته كان المجنى عليه اولى به من المرتهن ولو جنى على مولاه عمدا اقتص منه ولا يخرج عن الرهانة من

والطرف

والطرف لانه شرع للزجر والانتقام والعبد احق بهما صيانة عن سيده قوله ولو كانت الجناية آه اذا جنى العبد المرهون على من يرثه المالك فان كانت فيما دون النفس فامره يتعلق بالمجنى عليه وهو في ذلك كالاجنبى وقد تقدم حكمه وفي عبارة المص تسبب ذلك يجوز لانه جعل الحكم في جميع الاقسام للمالك وان كانت نفسا واوجبت قصاصا اخذ لقتله لانه لا يخرج عن حكم القسمين السابقين وهو واضح وان اختار الاسترقاق او كانت خطأ او كان الموروث قد مات في القسم الاول قبل الاستيفاء ثبت للمالك ما كان يثبت لمورثه من الحكم فصلناه وما اطلقه من الرهن يحل المال والفرق بين الجناية على المولى وعلى مورثه مع ان الحق للمولى في الموضعين ان الواجب في الجناية على المولى له ابتداء ويمتنع ان يجب له على ماله مال كما مر اما الجناية على مورثه فالحق فيها ابتداء للمجنى عليه وانما ينتقل الحق الى الوارث من الموروث وان كان دينا لانها محسوبة من تركته يوفى منها دينه وتنفذ وصاياه وكما لا يمتنع ثبوت مال لمورث المولى على عبده لا يمتنع انتقاله عنه اليه فيفك من الرهن لذلك ونبه بالفرق على خلاف بعض الشافعية حيث حكم بسقوط المال بانتقاله الى سيده ويبقى هنا الوجه الذى انتفى لو كان المال للسيد ابتداء قوله ولو اتلف الرهن آه الاتلاف مشعر بالمباشرة وهو يقتضى الضمان والحاصل ان اتلاف الرهن متى كان على وجه يوجب عوضه مثلا او قيمة سواء كان المتلف الراهن ام المرتهن ام الاجنبى كان العوض رهنا لكن لو كان المرتهن وكيلا في حفظ الاصل او في بيعه بطلت وكالته والفرق بين الرهن والوكالة مع اشتراكهما في التعلق ابتداء بالعين ان الغرض من الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفى الحق من قيمتها فالقيمة لا تخرج عن غرض الرهن بخلاف الوكالة فانها اذن منوطة بما عينه المالك والاغراض تختلف كثيرا في حفظ الاموال وبيعها باختلاف الاشخاص فربما استامنه على عرض ولا يستامنه على قيمته وربما كان عارفا ببيع متاع بحيث لا يغبن فيه وليس بعارف بغيره قوله ولو رهن عصيرا آه انما يبطل الرهن بذلك بطلانا مراعى ببقائه كك او بتلفه فلو عاد خلا عاد الرهن وان كانت عبارة المص يؤذن بخلاف ذلك من حيث البطلان ومن قوله عاد الى ملك الراهن فانه يشعر بعدم عوده رهنا كما لو ملك الراهن الرهن بعد انفكاكه عن الرهن بوجه من الوجوه ولو قال فلو عاد خلا رجع رهنا كان احضر وافاد الحكمين فان عوده رهنا يستلزم عود ملك الراهن والحاصل انهم لا يعنون ببطلان الرهن هنا اضمحلال اثره بالكلية بل ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية باقية ويبقى علاقة الرهن لبقاء اولوية المالك على الخمر المتخذ للتحليل فكان الملك والرهن موجودان فيه بالقوة القريبة لان تخلله متوقع والزايل المعبر عنه بالبطلان الملك والرهن بالفعل لوجود الخمرية المنافية ونظير ذلك ان زوجة الكافر اذا اسلمت خرجت بذلك من حكم العقد وحرم وطؤها عليه فاذا اسلم الزوج قبل انقضاء العدة عاد حكم العقد وكك اذا ارتد احد الزوجين ثم ان كان الرهن مشروطا في عقد كبيع وكانت الخمرية بعد قبضه فلا خيار للمرتهن لحدوث العيب في يده وان كان قبل القبض فان لم يشترط فالحكم كك لعروض المبطل بعد تمام الرهن وان اشترطنا القبض تخير المرتهن في العقد المشروط فيه قوله ولو رهن من مسلم آه ضمير له يعود الى المرتهن المدلول عليه برهن فانه يقتضى راهنا ومرتهنا والمراد انه اذا رهنه الخمر واقبضه اياها لم يصح الرهن لان الخمر لا يملكها المسلم وان اتخذت للتخليل فاذا دفعها الى المرتهن و تخللت في يده ملكها المرتهن لاستيلاء يده عليها كما يملك سائر المباحات التى لا يد لاحد عليها بذلك ووجه التردد في ذلك مما ذكر ومن ان يد الاول لم تزل بالرهن لان الراهن له يد على الرهن في الجملة وهى اسبق ويقوى ذلك لو كانت محترمة وهى التى اتخذها الراهن للتخليل اما غيرها فالاول اقوى قوله وكذا لو جمعه آه اى جمعه صابا في يده خلا فانه يكون له على تردد فيه مما ذكر سابقا ويزيد احتمال كونه للاول ضعفا لخروج اولوية يده باراقتها فانتفى تعلقه بها بالكلية فيكون ملكا للثاني وربما وجه ملك الاول بان جمع الثاني لها محرم فلا يثبت يده عليها ولا يصح تملكها وهو ممنوع لان تحريم الجمع انما يتم لو لم يرد التخليل واما لو اراده صح له ذلك كما يصح ابقاؤها وحفظها لذلك ومن ثم سميت محترمة اى يحرم غصبها واتلافها على من هى في يده ولولا احترامها لادى ذلك الى تعذر اتخاذ الخل لان العصير لا ينقلب الى الحموضة الا بتوسط الشدة فالقول بملك الجامع لها اقوى واعلم ان الخمر مؤنث سماعى فحق الضماير العائدة اليها ان تكون مؤنثة وفي عبارة المص ايض كك لكنه جائز غير فصيح قوله ولهذا كك آه بمعنى انه لو غصب عصيرا فصار في يد الغاصب خمرا ثم عاد خلا فان الغاصب لا يملكه بل يكون ملكا للمغصوب منه لانه غصبه وهو ملكه فلم يكن ليد الغاصب اثر وان كان قد يقدح احتمال ملكه من حيث زوال ملك المغصوب منه حين صيرورته خمرا فيصير كالمعدوم فاذا تخللت في يد الغاصب ملكها باليد الطارية بعد التخليل ولا يؤثر كونه غاصبا قبل ذلك لان الغصب زال بالخمرية حيث لم يبق مالا وهو ممنوع بما تقدم من عدم بطلان اليد عليها حيث يراد التخليل كيف وقد كانت من قبل مالا محضا ولقد كان على المص ان يذكر قبل هذه المسئلة حكم من غصب خمرا من غيره فتخلل في يده فان في ملكه لها لو خلا فالمشهور اثم يقول ولهذا كك لو غصب عصيرا اذ لا خلاف في هذه وايض فالحكم السابق ليس فيه حكم غصب الخمر فانما فيه جمع المراق ورهنه وكلاهما لا يناسب سلب حكمه عن غاصب العصير وان كان في الحقيقة مسلوبا اذ ليس من شكل وانما يناسب سلبه عن غاصب الخمر ان حكم فيه بملك الغاصب كما اختاره جماعة قوله ولو رهن بيضة الى قوله فزرعه وجهه واضح فان هذه الاشياء نتيجة مال الرهن ونمائه فلم يخرج عن ملكه بالتغير والاستحالة وانما المتجددة صفات حصلت فيها يحصل لسببها استعدادات مختلفة وتكونات متنافية خلقها الله تع فيها ووجها الرفليس للمرتهن في ذلك شئ ونبه بذلك على خلاف من قال ان هذه التغيرات تفيد ملك القابض لانه للعين بمنزلة التالف فغاصبه ضمان المثل او القيمة وهو ضعيف جدا وقد ذكروا هذه المسئلة في باب الغصب وخالف فيها جماعة من العامة والشيخ من اصحابنا في بعض اقواله قوله اذا رهن اثنان عبدا آه هذا عندنا موضع وفاق ووجهه ان رهن كل منهما عند الاطلاق انصرف الى دينه لا الى دين صاحبه فان ذلك هو مقتضى العرف الا ان يصرحا بكون كل منهما قد رهن حصته على دينه ودين صاحبه فانه حينئذ لا ينفك الا بوفاء الدينين ونبه بذلك على خلاف ابى حنيفة حيث حكم بان الاطلاق منصرف الى جعل كل منهما على الدينين فلا ينفك حتى يوفيا معا ويكون حصة كل منهما بالنسبة الى دين الاخر بمنزلة المستعار للرهن وانما يقع الاشتباه في المسئلة لو جعلنا الاطلاق الرهن موجبا لكونه على كل جزء من الدين ولو قلنا بانفكاكه بحسب عند وفاء بعض الدين فلا شبهة هنا في الانفكاك وقد تقدم البحث في ذلك قوله اذا رهن مشاعا الى قوله ان كان له اجرة لا فرق بين اختلافهما في امساكه لاجل القبض وامساكه لاجل الاستيفاء الى ان يحل الاجل فان الحاكم ينصب له عدلا ليقبضه عن الرهن وليكن باذن الراهن وللامانة ثم ان كان ذا اجرة اجره

ولو كانت الجناية قصاصا فقتله ... الجناية خطأ لم يكن له ... اما لو كانت خطأ ... عليه شئ وبقي رهنا ولو كانت الجناية على من يرثه المالك ثبت للمالك ما ثبت للمورث من القصاص او انتزاعه في الجناية الخطأ ان استوعبت الجناية قيمته او اطلاقه ... ولو اتلف الرهن متلف الزم قيمته ويكون رهنا ولو اتلفه المرتهن ... ولو كان وكيلا في الاصل لم يكن وكيلا في القيمة لان العقد لم يتناولها ولو رهن عصيرا فصار خمرا بطل الرهن فلو عاد خلا عاد الى ملك الراهن ولو رهن من مسلم خمرا لم يصح فلو انقلبت في يده خلا فهو له على تردد وكذا لو جمعه مسلم من خمر اراقها وليس كك لو غصب عصيرا ولو رهن بيضة فاحتضنها فخرج فرخا كان الملك للراهن وكذا لو رهنه حبا فزرعه واذا رهن اثنان عبدا بدين عليهما كان حصة كل واحد منهما رهنا بدينه فاذا اداه صارت حصته طلقا وان بقيت حصة الآخر رهنا الثالث في النزاع الواقع فيه وفيه مسائل الاولى اذا رهن مشاعا وتشاح الشريك والمرتهن في امساكه انتزعه الحاكم واجره ان كان له اجرة ثم قسمها بينهما بموجب الشركة والا استأمن عليه من شاء قطعا للمنازعة

الحاكم او من نصبه مدة لا تزيد عن اجل الحق فلو زادت بطل الزائد وتخير المستاجر مع جهله الا ان يجيز المرتهن ثم ان قلنا بدخول النماء المتجدد في الرهن تعلق الرهن بحصة الراهن من الاجرة والا فلا قوله اذا اتفقا على ان المرتهن اه قد تقدم ان الرهن لا يبطل بموت كل منهما الا انه لازم من جهة الراهن وحق المرتهن ولكن الوكالة في حفظه وبيعه تبطل لفوات متعلقها وان كانت مشروطة في عقد لازم فان الاغراض تختلف في الاستيمان باختلاف الاشخاص وح فان اتفقا على امين والا دفع امره الى الحاكم لانه ولي الممتنع وهذا الحكم واضح قوله اذا فرط في الرهن اه حكم المص باعتبار قيمته يوم قبضه مبني على ان القيمي يضمن بمثله ومع ذلك ففي اعتبار يوم القبض نظر لانه ثم لم يكن مضمونا فينبغي على ذلك اعتبار المثل يوم الضمان والقول بضمانه يوم هلاكه للاكثر ومنهم المص في النافع لانه وقت الحكم بضمان القيمة لان الحق قبله كان منحصرا في العين وان كانت مضمونة هذا اذا كان الاختلاف بسبب السوق وبسبب نقص في العين غير مضمون اما لو فرط فنقصت العين لهزال ونحوه ثم هلك اعتبر اعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف كالغاصب لان ضمان الاجزاء تابع لضمان العين والقول باعلى القيم يحتمل ما ذكرناه ووجهه واضح وان يريد بالاعلى من حين التلف الى الحكم عليه بالقيمة وهو قول ابن الجنيد والاعلى من حين القبض الى يوم التلف مساواة للغاصب حكاه في النافع ونسب الى الشيخ في ط واطلق جماعة ام هي كالمثلي المص ويضعف قول ابن الجنيد بان المطالبة لا دخل لها في ضمان القيمي والاخير بانه غير مضمون قبل التفريط فلا وجه لاعتبار قيمته هنا كله اذا كان قيميا ولو كان مثليا ضمن بمثله ان وجد والا فقيمة المثل عند الاداء على الاقوى لان الواجب قبله انما كان المثل وانما انتقل الى القيمة لتعذر المثل بخلاف القيمي فان القيمة استقرت في الذمة من حين التلف قطعا وانما يقع الاشتباه في قدرها بسبب الاعتبارات السابقة قوله فلو اختلفا اه الاشبه لانه منكر للزائد والاصل عدمه وبراءته منه والقول الاول للاكثر نظرا الى كون المرتهن صار خائنا فلا يقبل قوله ويضعف بانا لم نقبل قوله من هذه الحيثية بل لما ذكرناه قوله لو اختلفا فيما على الرهن اه الاول قول الاكثر وهو الاقوى لاصالة عدم الزيادة وبراءة ذمة الراهن ولانه منكر فيكون القول قوله ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ع وموثقة عبيد بن زرارة عن الص ع والقول الثاني لابن الجنيد استنادا الى رواية السكوني عن الص ع ان عليا ع قال يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لانه امينه والرواية مع ضعفها وندورها معارضة للصحيح مخالفة للاصل بقي في المسئلة شيء وهو ان المص في هذا الكتاب نقل قول ابن الجنيد بان القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه الرهن ومقتضاه انه مع الاستغراق لا يقدم قوله سواء ادعى ان الدين بقدر قيمة الرهن ام ازيد لتحقق الاستغراق فيهما وفي النافع نقل القول بتقديم قوله ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن وكذا عبر اكثر الجماعة ومقتضاه انه لو ادعى قدر الدين كان القول قوله والموجب لهذا الاختلاف اختلاف عبارة ابن الجنيد فانه قال المرتهن يصدق في دعواه حتى يحيط بالثمن فان زادت دعوى المرتهن على القيمة لا يقبل الا ببينة فانه في اول العبارة جعل غاية التصديق احاطة الدعوى بالثمن والغاية خارجة عن المغيا فيقتضي عدم التصديق مع الاحاطة وعقبه بقوله فان زادت دعوى المرتهن عن القيمة لا يقبل ومفهوم الشرط انه مع عدم الزيادة يقبل فقد تناقض كلامه مفهوما الغاية والشرط فاختلف النقل عنه لذلك واما الرواية التي هي مستند الحكم فقد ذكرنا لفظها سابقا كذلك وحاصلها جعل الاحاطة غاية القبول ولم يتعرض للزيادة وح فيبنى على ان الغاية هل هي داخلة في المغيا حيث ينفصل منه حسا ام لا ويبنى على ذلك دلالة الرواية لكن لما كان المختار والمنصح خروجها جعل المص في هذا الكتاب شرط القبول عدم الاستغراق وفاقا الى صدر كلام ابن الجنيد والجماعة ومنهم المص في النافع نظروا الى عجز كلام ابن الجنيد واعتبروا فيه مفهوم الشرط وحملوا الغاية عليه جمعا وانه اقوى وح انما يظهر اثر هذا الاختلاف لو قلنا بقوله وعملنا بالرواية وحيث اطرحناها سهل الخطب قوله لو اختلفا في متاع اه القول الاول للاكثر وعليه العمل لاصالة عدم الرهن ولان المالك منكر فيكون القول قوله ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ع والقول الثاني للشيخ في الاستبصار وقبله الصدوق لرواية عباد بن صهيب وابن ابي يعفور عن الص ع وفيهما مع ضعفهما مخالفة للاصل ومعارضة الصحيح وفصل ابن حمزة فقبل قول المرتهن ان اعترف الراهن له بالدين وقول الراهن ان انكره للقرينة وفيه ايضا جمع بين الاخبار لكن قد عرفت ما فيه واعلم ان المراد بقول المصاحبة هو المالك بقرينة ما بعده وبعدم الصاحبة لو كان غيره فلو ابدل به كان اولى قوله اذا اذن المرتهن اه وجه التكافؤ ان الراهن يدعي تقديم البيع على الرجوع والاصل عدمه والمرتهن يدعي تقديم الرجوع على البيع والاصل عدم تقدمه ايضا فتكافأ الاصلان فيتساقطان ويبقى حكم الرهن على العين باقيا وهو ترجيح جانب الوثيقة وفيه ان اصالة بقاء الرهن معارض ايضا باصالة صحة البيع لان وقوعه معلوم كما ان وقوع الرهن معلوم فيتعارضان ايضا ويتساقطان ويبقى مع الراهن ملكية المرهون بصحة تصرفه فيه فان الناس مسلطون على اموالهم فان قيل اصالة صحة العقد مترتبة على سبقه الاذن فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد قلنا واصالة استمرار الوثيقة مترتبة على سبق الرجوع للبيع فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بترجيحها نعم يمكن دفعه بوجه اخر وهو ان صحة العقد غير معلومة لقيام الاحتمال المذكور وصحة الرهن معلومة لوقوعها سابقا جامعا للشرائط وانما حصل الشك في طرو المبطل فيرجح لانها اقوى من هذه الجهة فان قيل ان الاصل وان كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدعيه الراهن الا ان الناقل عنه قد حصل بصدور البيع مستجمعا للشرائط وليس ثم ما يخل بصحته الا كون الرجوع قبله ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك والاستناد الى اصالة بقاء الاذن السابق لان المانع لا يشترط العلم بانتفائه بل يكفي عدم العلم بوقوعه والا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية اذ لا قطع بانتفاء الموانع وح فينتفي حكم كل من الاصلين السابقين قلنا لا نم وقوع البيع جامعا للشرائط الشرعية لان من جملة شرائطه اذن المرتهن وحصوله غير معلوم وتنقيح ذلك ان الرهن المانع للراهن من التصرف لما كان متحققا لم يمكن الحكم بصحة البيع الواقع من الراهن الا باذن معلوم من المرتهن حالة البيع ولما حصل الشك في حصولها حالته وقع الشك في حصول الشرط نفسه لا في وجود المانع ومعلوم ان الشرط لا يكفي فيه عدم العلم بانتفائه بل لا بد من العلم بحصوله ليترتب عليه المشروط ولو بطريق الاستصحاب كالصلوة مع تيقن الطهارة سابقا والشك في بقائها الان والامر هنا كذلك فان الرهن المانع من صحة البيع واقع يقينا ومستصحب الى الان والشرط المقتضي لصحة البيع وان كان معلوم الوقوع لكن لا في زمان البيع لا باليقين ولا بالاستصحاب فيرجح جانب الوثيقة كما ذكروه نعم في اطلاق الحكم بذلك بحث اخر وهو ان ذلك كله انما يتم حيث يطلقان الدعويين من غير اتفاق على زمان معين للبيع او الرجوع او مع اتفاقهما على

وقت البيع من تعارض الاصول المذكورة اما لو اتفقا على زمان احدهما واختلفا في تقدم الاخر فان الاصل مع مدعي التاخر لعين ما وجه ذلك انما لو اتفقا مثلا على وقوع البيع يوم الجمعة وادعى المرتهن الرجوع قبله من غير تعيين زمان فالاصل يقتضي تاخره لان ذلك حكم كل حادث الى ان يعلم وجوده وانما علم وجوده بعد البيع فيقدم قول الراهن ولو انعكس بان اتفقا على وقوع الرجوع يوم الجمعة وادعى الراهن وقوع البيع قبله من غير اتفاق على وقت فالاصل يقتضي تاخره الى ان يعلم وجوده وانما علم بعد زمان الرجوع فيقدم قول المرتهن وهذا التفصيل هو الاولى وهو خيرة س وفيما عداه يقدم قول المرتهن كما ذكره الاصحاب لقيام الدليل على ترجيح جانب الوثيقة كما حققناه قوله اذا اختلفا فيما يباع اه المراد ان احدهما طلب بيعه بالنقد الغالب والاخر بغيره فانه يباع بالنقد الغالب لانصراف الاطلاق اليه وانما فرضنا ذلك ليحصل الفرق بينها وبين المسئلة الاتية حيث قال ولو طلب كل واحد منهما نقدا غير النقد الغالب وتعاسرا رده ما الحاكم في اه ليكن ان اختلافهما مع اتحاد النقد الغالب منحصر في كون احدهما موافقا والاخر مخالفا او كونهما مخالفين فالاول هو الاولى والثانية الثانية ولو كان ذكر الاولى مغنيا عن الثانية لامكان اخذها مطلقة بحيث يشملها وتوقف ردهما على الحاكم انما يحتاج اليه مع عدم كون المرتهن وكيلا او معه وقد اراد بيعه بغير الغالب اما لو كان وكيلا وكانت الاثمن واراد بيعه بالغالب لم يتوقف على اذن الحاكم ولم يلتفت الى معارضة الاخر لانصراف الاطلاق الى ذلك شرعا وعرفا قوله ولو كان للبلد نقدان اه اي يباع الرهن بما ناسب الحق المرهون عليه وهو ما يكون من جنسه ان اتفق موافقة احدهما له فان باينا عين الحاكم ان امتنعا من التعيين قال في س ولو كان احد المتباينين اسهل صرفا الى الحق تعين وهو حسن وفي قوله المشابه بالحق تجوز فانه مع مناسبة احدهما له لا يتحقق التشابه فان الشيء الواحد لا يشبه نفسه وان خالفاه كان الاسهل صرفا اولى كما ذكره في س او كانا سواء كما اختاره في عد واما مجرد القرب الى المشابهة مع تحقق المباينة خصوصا مع بعده عن صرفه اليه عن الاخر فلا يصلح مرجحا والظاهر انه اراد بالمشابهة الموافق وفي التحرير لو باينا بيع باوفرهما حظا وهو اقصد من الجميع فانه ربما كان عسر الصرف الى الحق اصلح للمالك قوله اذا ادعى رهانة شيء اه انما انتفى ما ينكره المرتهن لان الرهن لحقه فاذا نفاه انتفى عنه بغير يمين وايضا فالعقد جائز من طرفه فانكاره يكون فسخا لو كان وتبقى اليمين على الراهن لنفي ما يدعيه لرجوع النزاع الى ان ما يدعيه المرتهن هل هو رهن ام لا فالقول قول المالك في عدمه ولا اشكال في ذلك اذا كان الرهن المتنازع فيه غير مشروط في عقد اما لو كان كك ففي بقاء الحكم السابق وجهان من بقاء المعنى الذي اوجب ذلك الحكم وهو انتفاء ما يدعيه وقبول قول الراهن فيما ينكره ومن ان انكار المرتهن هنا يتعلق بحق الراهن من حيث انه يدعي عدم الوفاء بالشرط الذي هو ركن من اركان لزوم ذلك العقد فيرجع الاختلاف الى تعيين الثمن فان شرط الرهن من مكملات الثمن فكل واحد يدعي ثمنا غير ما يدعيه الاخر فهو كما لو قال بعتك بهذا العبد فقال بل بهذه الجارية وقد تقدم ان الحكم في مثل ذلك التحالف وفسخ العقد وقرب في عد تقديم قول الراهن ويشكل مع بقاء العقد المشروط فيه الرهن مع انتفاء الشرط حيث انتفى كل واحد من الفردين المتنازع في رهنهما احدهما بنفي المرتهن والاخر بانكار الراهن والحال انهما متفقان على وقوع عقد بشرط ولم يحصل وكك يشكل فسخه في حق الراهن بمجرد نفي المرتهن اشتراط رهن ما يدعيه مع اطلاق الادلة بوجوب الوفاء بالعقد الذي لم يدل على فسخه دليل فالقول بالتحالف وفسخ العقد بعده لا يخلو من قوة قوله لو كان له دينان اه لا شبهة في تقديم قوله لان النية من الامور الخفية التي لا يعلمها الا من قبله ولكن هل يلزمه مع ذلك يمين يحتمل العدم لان دعوى غيره غير مسموعة اذ لا اطلاع له على نفسه والحق ثبوته لامكان الاطلاع عليه باقراره ولسماع الدعوى فيما يخفى بمجرد التهمة كما في نظائره فلا فرق بين تنازعهما على النية ابتداء وعلى اللفظ بان ادعى عليه انك قلت انه عن الدين الفلاني وعبارة المص ظاهرة في القسم الاول قوله ولو اختلفا في رد الرهن اه لاصالة عدم الرد فيلزم المرتهن بالمثل او القيمة لا بالعين لامكان ان لا يكون في يده فيلزم تكليفه بالاطلاق او تخليده الحبس والفرق بين المرتهن والمستودع حيث قبل قوله في الرد ان المستودع قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض وما على المحسنين من سبيل بخلاف المرتهن فانه قبض لمصلحة نفسه ومثله المستعير والمقارض والوكيل بجعل والله الموفق

كتاب المفلس

قوله المفلس هو الفقير الى قوله في امواله عرف المص المفلس بتعريفين احدهما لغوي والاخر شرعي واشار الى الاول بقوله هو الذي ذهب جيد ماله وبقي فلوسه فهو ماخوذ من الفلس واحد الفلوس يقال افلس الرجل بصيغة اللازم فهو مفلس بكسر اللام اذا صار كك كما يقال اذل الرجل اذا صار ذا ذل واسهل واحزن اذا صار الى السهل والحزن كانه صار الى الفلوس وهذا على سبيل الكناية لان الغرض ذهاب ماله واكثره بحيث لا يبقى منه الا الردي كالفلوس ويقال له مفلس بالفتح من فلسه القاضي تفليسا اذا حكم بافلاسه واشار الى الثاني بقوله والمفلس اه وهو بفتح اللام اي المجعول مفلسا وهو الممنوع من التصرف في امواله وهذا ليس على وجه التعريف الحقيقي بل على وجه الايضاح لمعناه الشرعي والا فالممنوع من التصرف في ماله اعم من المفلس بل من الستة التي عقد لها كتاب الحجر كما سيأتي وكلام المص يؤذن بانه لا يسمى مفلسا شرعا حتى يحجر عليه لاجل الفلس بل فيه ان تفليسه هو الحجر عليه كما يقال فلسه القاضي اذا صيره مفلسا بمنعه من التصرف وكلام الفقهاء في هذا الباب مختلف فان منهم من جعل التفليس هو الحجر المذكور كما صنع المص فقبل الحجر لا يسمى المديون مفلسا وان استغرقت ديونه امواله وزادت عليها ومنهم من اعتبره مفلسا متى كان كك وان لم يحجر عليه ولهذا يقولون الفلس من اسباب الحجر ويقولون لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم يترتب الاحكام ويقولون شرط الحجر على المفلس ان لا يحكم الحاكم وغير ذلك من الاحكام التي صار هذا الاسم يسمى بها حقيقة لكثرة استعمال الفقهاء له بهذا المعنى واطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز اما بما يؤول اليه او باعتبار المعنى اللغوي فانه مجاز شرعي بعيد واكثر الفقهاء منا ومن غيرنا عرفوه شرعا بانه من عليه ديون فلا مال له يفي بها وهذا شامل لمن حجر عليه ولمن لا والحق ان الفلس سابق على الحجر ومغاير له وهو احد اسبابه كما ذكروه لا عينه ولا الحجر جزء مفهومه نعم قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس كما يقال فلسه القاضي لكنه من باب اطلاق اسم السبب على المسبب وعلى هذا لا مانع من اجتماع الفلس والصغر كما اذا استدان الولي للصبي الى هذه المرتبة وكذا السفيه ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي للفلس لانه ليس بشرط في تحقق مفهومه شرعا كما حققناه وعلى هذا فبين المعنى اللغوي والشرعي عموم من وجه يجتمعان فيمن عليه الديون ولا مال له وينفرد اللغوي

بين ذهب ماله وليس عليه دين وسفه دالشرع فيقولون ما لكثير ولكنه دين بين يديه عن ماله وعلى ما يظهر من تعريف المص وبعضهم فيهما منها بان قوله ان تكون
ديونه زائدة فلو كانت مساوية لها او ناقصة لم يحجر عليه عند علمائنا اجمع بل يطالب بالديون فان قضاها والا حبسه الحاكم مع طلب اربابها بين حبسه الى ان يقضيها
وبين ان يبيع متاعه ويقضي به الدين ولا فرق في ذلك بين من ظهرت عليه امارات الفلس مثل ان يكون نفقته من راس ماله ويكون ما في يده بازاء دينه ولا
لنفقته الا ما في يده ومن لم يظهر كمن كان كسوبا ينفق من كسبه خلافا للشافعي حيث جوز الحجر على المساوي في احد قوليه وعلى من ظهرت عليه امارته في اخر وقد ضعفوا
ثالث قوله ويحتسب من الاموال التي ملكها بعوض ثابت في ذمته كالاعيان التي اشتراها واستدانها وانما احتسب من جملة امواله لانها ملكه الان وان
كان اربابها بالخيار بين ان يرجعوا فيها وبين ان لا يرجعوا ويطالبوا بالعوض وكما يحتسب من امواله يحتسب اعواضها من جملة ديونه ونبه بذلك على خلاف بعض العامة
حيث زعم انها لا تقوم لان لاربابها الرجوع فيها فلا يحتسب من ماله ولا عوضها عليه من دينه واعلم ان ضمير امواله يعود الى المفلس المبحوث عنه وان كان هذا
الحساب قبل الحجر لما قد بينا من تحقق الوصف قبل الحجر وعلى ما ذكره المص يرجع اليه بطريق التجوز او الى المديون الذي يراد تعلق الحجر به لدلالة المقام عليه وان لم
يجر له ذكر قوله ان تكون حالة فلو كانت مؤجلة لم يحجر عليه وان لم يف ماله بها اذ ليس لهم المطالبة في الحال وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة ولو كان بعضها
حالا اعتبر قصور ماله عن خاصة فلو وفا به لم يحجر عليه وان لم يبق للمؤجل شيء وان قصر عن الحال حجر عليه لها وقسم عليها ولا يدخر للمؤجل شيء قوله ان يلتمس الغرماء
لان الحق لهم فلا يتبرع الحاكم عليهم به نعم لو كانت الديون لمن له عليه ولاية كالطفل واليتيم والمجنون والسفيه كان له الحجر وكذا لو كان بعضها كذلك مع
التماس الباقين حجر ولو كانت الديون لغائب لم يكن للحاكم الحجر عليه لان الحاكم لا يستوفي ملك الغائب في الذمم بل يحفظ اعيان امواله وانما يحجر عليه مع التماس
البعض اذا كانت ديونهم يفضل ويجوز الحجر عليه ثم يعم الحجر الجميع لثبوت الديون كلها واستحقاق اربابها المطالبة بها بخلاف المؤجلة واستقرب في كره جواز
الحجر بالتماس بعض ارباب الديون الحالة وان لم يكن دين الملتمس زائدا عن ماله قوله وكذا لو سأل هو اه هذا هو المشهور لان الحجر عقوبة والرشد والحر يربأ به
فلا يصار اليه الا بدليل صالح وانما يتحقق مع التماس الغرماء واستقرب في كره جواز اجابته محتجا بان في الحجر مصلحة للمفلس كما فيه مصلحة للغرماء فكما يجاب الغرماء
الى ملتمسهم حفظا لحقوقهم فكذا المفلس ليسلم من حق الغرماء ومن الاثم بترك وفاء الدين وقد روي ان النبي حجر على معاذ بالتماسه خاصة قوله ويمنع من
انما يمنع من التصرف المبتدأ في المال لا من مطلق التصرف فلا يمنع من الفسخ بالخيار والعيب لانه ليس بابتداء تصرف وسيأتي التنبيه عليه في كلام المص ولا من
التصرف في غير المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو عنه ونحو ذلك ولعل المص نبه على ذلك بقوله احتياطا للغرماء اذ لا ضرر على الغرماء
في ذلك وكذا لا يمنع مما يفيد تحصيل المال ولا يقتضي تصرفا فيه كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية فيملك بذلك وان منع من التصرف فيه بعده
وكان على المص ان ينبه على ذلك قوله فلو تصرف كان اه اي تصرف فيما يمنع من التصرف فيه والبطلان الذي حكم به يمكن ان يريد به حقيقته بمعنى بطلانه اذا تصرف
من رأس لمنعه منه شرعا فيكون عبارته مسلوبة كعبارة الصبي فلا يصح وان لحقته الاجازة وهذا هو المناسب للحجر فان معنى قول الحاكم حجرت عليك منعتك
من التصرف ومعناه تعذر وقوعه منه وهو احد الوجهين في المسئلة ويمكن ان يريد به عدم نفوذه بحيث لا يتوقف على شيء على وجه المجاز فلا ينافي صحته
لو اجازه الغرماء او فضل عن الدين بعد قسمة ماله عليهم وهو الوجه الثاني في المسئلة فانه لا يقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي فلا ينافيه منعه
من التصرف لان المراد منه التصرف المنافي لحق الغرماء كما مر اذ لا دليل على ارادة غيره ولان عبارته لا تقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه مع صحة تصرفه المحجور
بلجازة الولي ولعل هذا اقوى فعلى هذا ان اجازه الغرماء نفذ والا اخر الى ان يقسم ماله لا ان يباع ولا يسلم الى الغرماء فان لم يفضل منها الشيء بطل
وان فضل ما يسعه صح ويتصور الفضل مع قصوره وقت الحجر بارتفاع قيمة ماله وابراء بعض الغرماء ونحو ذلك قوله سواء كان بعوض اه المراد بالتصرف
الذي بغير عوض ما صادف المال كما نبه عليه التمثيل بالعتق والهبة والا فالتصرف الذي لا يصادف المال كله بغير عوض مع كونه صحيحا كما بيناه سابقا
قوله اما لو اقر بدين اه لا اشكال في صحة الاقرار في الجملة لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز وليس الاقرار كالانشاء حيث قيل ببطلانه راسا فلا ينفذ بعد
الحجر لان الغرض من ابطال التصرف الغاء الانشاء الموجب لاحداث الملك اما الاقرار فانه اخبار عن حق سابق لم يبطل بالحجر فاذا تعلق غرض المفلس به نفذ منه
بالاقرار وجب قبوله منه وانما الكلام في ان المقر له هل يشارك الغرماء ام لا فان فيه خلافا فالمص هنا قطع بمشاركته واستقربه العلامة في كره والتحرير و
قبلهما الشيخ في ط لانه عاقل فينفذ تصرفه للخبر وعموم الخبر في قسمة ماله بين غرمائه والمقر له احدهم ولان الاقرار كالبينة ومع قبلهما لا اشكال في المشاركة
ولانتفاء التهمة على الغرماء لان ضرر الاقرار في حقه اكثر منه في حق الغرماء ولان الظاهر من حال الانسان انه لا يقر بدين عليه مع عدمه ويشكل بمنع دلالة الخبر
على المدعى لانا قبلناه على نفسه ومن ثم الزمناه بالمال بعد زوال الحجر ولم يدل على انه جائز على غيره ولو شارك المقر له الغرماء لنفذ عليهم لتعلق حقهم بجميع
ماله ولا معنى لمنعه من التصرف الا عدم نفوذه في ماله الموجود والمشاركة تستلزم ذلك ونمنع مساواة الاقرار للبينة في جميع الاحكام ويظهر اثره فيما لا يقبل
اقراره اذا قيمت عليه البينة واذا لم تكن القاعدة كلية لم تصلح كبرى للشكل ولا ينتج المط والتهمة موجودة في حق الغرماء لانه يريد اسقاط حقهم باقراره
ويحقق الضرر عليه لا يمنع من ايجابه الضرر عليهم ولامكان المواطاة بينه وبين المقر له في ذلك فلا يتحقق الضرر الا عليهم وعلى كل حال لا يمكن الحكم بنفي التهمة
على الاطلاق بل غايته انه قد يكون منها وقد لا يكون فلا يصلح جعل عدم التهمة وجها للنفوذ مط والاقوى عدم المشاركة واحترز بالدين السابق عما لو اسند
الدين الى ما بعد الحجر فانه لا ينفذ في حق الغرماء وان صح الاقرار في نفسه كما مر لان المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلقت باعيان امواله كانت باطلة او موقوفة
فلا يزيد الاقرار بها عليها ويبقى تقييده بما يتعلق بالمعاملة ليحصل القطع بعدم المشاركة اما لو اسنده الى ما يلزم ذمته كالاتلاف مال وجناية ففيه
الوجهان السابقان والفرق ان الجناية والاتلاف وقعا بغير اختيار المالك والمجني عليه فلا يسند الى تقصيره بخلاف المعاملة لصدورها عن الرضا
والاختيار من الجانبين قوله وكذا لو اقر بعين اه جميع ما سبق في تحقيق الوجهين آت هنا ويزيد هاهنا اشكالا انما اشار اليه المص من تعلق حق الغرماء باعيان

امواله

امواله وهذا الاشكال بعينه وارد في الدين على القول بالمشاركة اذ لا فرق بين اخذ بعض الاعيان بموجب التقسيط مساواة لهم وبين اخذه ذلك البعض
نفذ بالاقرار عليهم مع تعلق حقهم بالعين فالقول بعدم النفوذ مطلقا فيهما اقوى مما يفرد بالعين لو قلنا بنفوذ الاقرار مطلقا تسليمها الى المقر له وان قصر
مال المفلس عن ديون الغرماء لان الضرب انما هو بالدين وصاحب العين يختص بها واعلم ان جملة الاقوال في المسئلة اربعة على قياس الاحتمالات الممكنة
اربعة ففي نفوذه فيهما كما اختاره العلامة في الارشاد والشهيد وجماعة واثباته فيهما وهو خيرة كره وثبوته في العين دون الدين وهو مذهب ابن ادريس والعكس
وهو ظاهر المص في الكتاب ان كان يعود لك تردد قوله ولو قال هذا المال مضاربة اه القول للشيخ في ط وهو متفرع على قبول اقراره بالعين ووجه افراده بما
لذكر انه الاقرار بالعين كان لمعين فيأخذها عنده وفيه هنا الاقرار لغائب فيدل عليه قوله بعد ذلك وان كان لحاضر وصدقه دفع اليه وان اكذبه قسم بين الغرماء
والحكم في ذلك قد سبق مع توجيه القولين ويبقى في حكم الشيخ هنا اشكال من وجهين احدهما اثباته اليمين على المقر مع انه لا اثبات مال الغير والثاني اقراره
في يده مع انه مسلوب اهلية اليد لان الحجر عليه رفع يده عن السلطنة المالية والظاهر ان هذا هو منشأ افراد المص المسئلة بالذكر والا فقد علم حكمها مما تقدم
في غيرها من الحكمين ويمكن ان يدفع الاشكال الثاني بان المفلس انما رفع يده عن ماله لتعلق حق الغرماء به اما مال الغير الذي هو وكيل فيه فلا وجه
لرفع يده عنه لانه مكلف مختار رشيد ويده ثابتة بعدوان قوله ولو اشترى بخيار اه لم يتقدم من المص ما يدل على ان التصرف الممنوع منه هو
المبتدأ حتى يعلل بذلك ولكن قد عرف مما هنا انه يريد بالسابق المبتدأ وليس ببعيد فان المناسب لاله السابق على اللاحق دون العكس وحاصل
المسئلة انه لو كان قد اشترى بخيار قبل الحجر عليه وبقيت مدته الى بعد الحجر فله فسخ البيع لان هذا التصرف اثر امر سابق على الحجر فلا يمنع منه ولا فرق
بين ان يكون له غبطة في الفسخ وعدمها وكذا له الرد بالعيب السابق مط وشرط العلامة اعتبار الغبطة وفرق الشهيد بين الرد بالعيب والخيار بان الخيار ثابت باصل
العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها بخلاف الرد بالعيب فانه يثبت على طريق المصلحة فيتقيد بها وفيه نظر لان كلا من الخيارين ثابت باصل العقد
وانما افترقا بان احدهما ثبت بالاشتراط والاخر بمقتضى العقد ولم يقل احد بتقييد فسخ العيب في غير المفلس بالمصلحة فاعتبار الغبطة فيه هنا مع كونه ليس
من التصرفات المبتدأة ليس بجيد ولو قيل ان الحكمة الباعثة على اثبات خيار العيب هو الغبطة نظرا الى نقص المعيب قلنا مثله في الخيار فان حكمة الخيار مع ان
الاصل في البيع اللزوم لانه لم يوضع الا للتملك كل من المتعاوضين مال الاخر انما هي امكان ان يتجدد لذي الخيار ما يوجب ارادة الفسخ فلا يجد السبيل اليه فشرع
الخيار لذلك ومن ثم يثبت في الحيوان ثلاثة ايام من غير شرط لان الحيوان مما يشتمل على امور خفية لا يطلع عليها ابتداء غالبا بخلاف غيره ولما امكن في غيره
شرع اشتراط الخيار وحاله مختلف من افراد العيب لا غبطة في رده بل الغبطة في قبوله غالبا كخصاء العبد فانه عيب مع استلزامه زيادة القيمة ومثله آخر
بخيار مجرد التشهي فالحكم فيهما واحد وبالجملة فالقواعد الكلية في الاحكام الشرعية اخرجت الامور الحكمية عن بعض موضوعاتها الجزئية وفي كره فرق
بين الخيار والعيب بان العقد في زمن الخيار متزلزل لا ثبات له فلا يتعلق حق الغرماء بالمال ويضعف تعلقه به بخلاف ما اذا خرج معيبا واذا ضعف التعلق
جاز ان لا يعتبر شروط الغبطة وفيه نظر فان التزلزل مشترك فيهما فالفرق تحكم ونقل فيها عن بعض الشافعية اعتبار الغبطة فيهما قياسا وحملا على
اعتبار الغبطة فيهما وتبعا وهو الوجه قوله ولو كان له حق اه يمكن ان يريد بالاقتضاء على قبض البعض اسقاط الباقي وبثبوت منعه لم يعن في ذلك ظاهر انه
تصرف مبتدأ فلا يمكن منه فيكون قبض البعض كناية عن الاقتضاء عليه مع اسقاط الباقي ويمكن ان يريد به قبض بعض الحق في ذلك المجلس وتاخير الباقي
الى وقت آخر لا يفوت فيه غرض الغرماء وانما يكون لهم منع حيث لا يلزم قبض البعض اذا بذله من عليه الحق كثمن المبيع واو كان الحق عوضا عن دين او تلف
مال كان له قبض البعض وقد تقدم تفصيل ذلك في البيع واعلم ان نسبة القبض اليه على طريق المجاز فانه لا يمكن من قبض المال لاقتضاء الحجر ذلك وانما
المراد اثبات تسلطه على الحكم المذكور وان كان القابض غيره قوله ولو اقرضه انسان اه هذا في العالم بحاله موضع وفاق ولاقدامه على دينه حيث علم اعساره
وتعلق حق الغرماء باموال اما لو كان جاهلا بحاله فقد جزم المص بانه كك لتعلق حق الغرماء الموجودين عند الحجر باموال وان كانت متجددة بناء على
الحجر بالمتجدد من ماله فلا يوجبه له الضرب معهم ولا اخذ عين الرجوع فيه وجهان احدهما ان له الاحتياج لانتقضه ولاختصاصه بعين ماله لعموم قوله صاحب المتاع احق بما
اذا وجده بعينه والثاني الضرب مع الغرماء لان له حقا ثابتا في الذمة فهو غريم فيضرب به كسائر الغرماء ولانه قد دخل في مقابل الثمن ما لا قبضه عن الثمن
اذ ليس فيه اضافة على الغرماء ويضعف الوجهان بما تقدم من تعلق حق الغرماء بالمال وان كان متجددا اقبل هذا الغريم مع ان الوجهين متنافران لانه ان كان
غريما اختص بعين ماله وان لم يكن غريما لم يضرب وما اختاره المص لا يخلو من قوة ولحصر يكون الثمن في ذمته عما لو اشترى بعين من اعيان ماله فان الشراء يقع
باطلا على ما سلف او موقوفا على اجازة الغرماء او على زوال الحجر وسيأتي تلك المبين قوله ولو اتلف مالا اه انما يضرب به صاحب المال المتلف مع كون السبب
متأخرا عن الحجر لانتفاء رضاه وانما يثبت حقه بوجه قهري فيقبله استحقاق الضرب ومن ثم قيل في الجاهل بالمعاملة ذلك الا ان بينهما فرقا وهو ان
الجاهل مختار وربما كان جهله مستندا الى تقصيره في البحث عن حال معاملة لان المحجور عليه يشيع خبره على وجه لا يشتبه الا على المقصر في البحث وفي حكم الاتلاف
المال جنايته على نفس ادمي محترم او طرفه قوله ولو اقر بال باطل اه قد علم مما تقدم ان ثبوت المال في ذمة المحجور عليه قد يكون مما يضرب به كالذي سبق سببه
والواقع بعده كالاتلاف والجناية وقد لا يكون كك كالمبيع باختيار الغريم فاذا اقر بالمط احتمل كونه مما يضرب به مع الغرماء وعدمه ومع احتمال
الامرين يضعف عن مقاومة ما علم تعلقه شرعا بالرد وهو حق الغرماء السابقين على الحجر فيختص به لاصالة عدم استحقاق المقر له المشاركة وربما
قيل بوجوب استفساره لان البعض لا يستحق المقر له الضرب ام لا ولا شبهة في جوازه واولويته اما وجوبه فيمكن دفعه بان تعلق حق الغرماء بعين ماله لما كان معلوما
وتعلق حق المقر له غير معلوم لما ذكرناه فينبغي على اصالة عدم المشاركة الى ان يثبت خلافها قوله ولا تحل الديون المؤجلة اه هذا هو المشهور وعليه العمل
لاصالة بقاء ما كان عليه وقال ابن الجنيد انه يحل قياسا على الميت وهو باطل مع وجود الفارق بتحقق الضرر على الورثة ان منعوا من التصرف الى حلوله

وصاحب الدين ان لم يمنع انخلاف المفلس ولا فرق في دين الميت بين مال السلم والجناية المؤجلة عليه وغيرهما على الاقوى لعموم النص ووجه احتمال خروجهما ان الاجل في السلم جزء من العوض فلو حل مال السلم لزم نقصان العوض واجل الجناية متعين بالشارع فقد ونه لا يكون تلك الدية وعموم النص يدفع ذلك ويسقطها ادعى تأثيره لانهما فردان من افراد الديون فيثبتا ولما كثير مما قوله ومن وجد منهم كان له اخذها آه هذا هو المشهور وعليه العمل والنصوص الدالة عليه وللشيخ قول بانه لا اختصاص الا ان يكون هناك وفاء استنادا الى صحيحة ابي ولاد عن ابي عبد الله ع ولا دلالة فيها لانها واردة في غريم الميت لا غريم المفلس وقد تقدم انه يمكن تجدد الوفاء وان كان في ابتداء الحجر قاصرا عن الدين اما بارث او اكتساب او ارتفاع قيمة امواله او نمائها فلا يرد ان شرط الحجر القصور فكيف يتصور الوفاء معه ويمكن هناك ايضا ان يكون الديون انما زيدت عن امواله مع ضميمة الدين المتعلق بمتاع واحد فاذا اخرج دينه من بين الديون ومتاعه من بين امواله صارت وافية بالديون قوله اما الميت فغرماؤه سواء آه مستند ذلك صحيحة ابي ولاد التي اشرنا اليها سابقا والمراد بالنحو هنا المثل يعني ان يكون تركته قدر ما عليه فصاعدا بحيث لا يحصل على باقي الغرماء قصور وانما عبر المص بالنحو تبعا للرواية ولا فرق بين ان يموت المديون محجورا عليه او لا لان الموت بمنزلة الحجر وقيل الحكم مختص بالمحجور عليه واطلاق النص يدفعه والحكمة في شرط الوفاء في مال الميت دون الحي واضحة لان الميت لا يبقى له ذمة فلا يناسب الاختصاص الا مع الوفاء لئلا يتضرر الغرماء بخلاف الحي فانه ما يتخلف من الدين يتعلق بذمته وربما لا يضيع والقول بذلك هو المشهور بين الاصحاب وخالف فيه ابن الجنيد فحكم بالاختصاص هنا وان لم يكن وفاء كالحي وهو ضعيف قوله وهل الحيلة في ذلك على الغرماء آه الاشارة بذلك الى ما تقدم في الحي والميت فان في كون الحيلة للواجد الغريم حيث يجوز له اخذها على الغرماء الذي الحي قولين منشاهما اطلاق النص بجوازه فيستصحب الجواز الى ثبوت المزيل وهو الذي مال اليه المص هنا ووجوب الوفاء بالعقد بناء البيع على اللزوم فيقتصر في الخروج عن ذلك على موضع الضرورة جمعا والحق ان هذا الحيلة خاص مخرج لما ذكر عن العموم او مقيد له فيثبت مط وان كان مراعاة القوة اولى قوله ولو وجد بعض المبيع سليما آه اذا وجد البائع بعض مبيعه دون بعض فلا يخ اما ان يكون البعض الفائت مما يتقسط عليه الثمن بمعنى بسطه عليه وعلى الباقي بالنسبة وهو الذي يصح افراده بالبيع كعبد من عبدين ونصف ثوب او لا يكون كك كيد العبد وعلى التقديرين فالتالف اما ان يكون تلفه من قبل الله تع او بجناية اجنبي او من المشتري او من البائع فالصور ثمان ومحصل حكمها ان البعض الفائت ان كان له قسط من الثمن بالمعنى الذي ذكرناه فان البائع يتخير بين ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن ويضرب مع الغرماء بحصة التالف وبين ان يضرب بجميع الثمن وهذا هو القسم الذي صدر به المص ولا خلاف في حكمه عندنا مط ولان الموجود يصدق عليه انه عين ماله فله اخذها وانما خالف فيه بعض العامة وزعم انه ليس له الرجوع بالباقي لانه لم يجد المبيع بعينه وان لم يكن للفائت قسط من الثمن كما لو وجد العبد بغير يد فان كان فواتها بآفة من الله تع فليس للبائع الا الرضا به على تلك الحالة او الضرب بالثمن عند المص واكثر الاصحاب ان المص لم ينقل فيه خلافا وانما لم يكن له هنا ارش لانه لا حق له في العين الا بالفسخ المتجدد بعد العيب وانما حقه قبل الفسخ في الثمن فلم يكن العين مضمونة له ولم يكن له الرجوع بارش المتجدد وذهب ابن الجنيد الى مساواة هذا القسم للسابق في استحقاق ارش النقصان ووافقه العلامة في لف والشيخ على وجه وهو حسن لان فسخ المعاوضة يوجب رجوع كل مال لصاحبه فان كان باقيا رجع به وان كان تالفا رجع ببدله كائنا ما كان وكون العين في يد المشتري غير مضمونة للبائع معارض بما له قسط على انا لا نقول انها مضمونة مط بل بمعنى ان الفائت في يد المشتري يكون من ماله الا ان ذلك هو مقتضى عقود المعاوضات المضمونة فاذا ارتفع عقد المعاوضة رجع كل من العوضين الى مالكه او بدله واما كون مثل اليد لا قسط لها من الثمن فان ارادوا ان الثمن لم يبذل في مقابلها منه شيء فهذا ظاهر الفساد اذ لولاها لم يبذل جميعه قطعا وان ارادوا ان الثمن لا يقسط عليها وعلى باقي الاجزاء على نسبة الكثرة والقلة كالشرع متساوي الاجزاء فانه يقسط عليه عشر الثمن ويحسب قيمته فيما يمكن افراده بالبيع كالعبد من عبدين فلا دلالة له فيه على مطلوبهم وان كان فوات الجزء المذكور بجناية اجنبي تخير البائع بين اخذه والضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة وبين الضرب بجميع الثمن وذلك لان الاجنبي لما ثبت عليه ارش الجناية والارش جزء من المبيع وقد اخذه المشتري فلا يضيع على البائع بخلاف التعيب بالآفة السماوية حيث لم يكن لها عوض كذا عللوه وهو مبني على ما ذكروه سابقا لانه الموضع وقت لم يكن العين مضمونة عليه ولم يستحقها البائع الا بعد الفسخ كما ذكروه وعلى ذلك التعليل ينبغي ان لا يكون له الا الرضا بالمعيب لانه لم يجد سواه وعلى ما قررناه من ان الفسخ يوجب رجوع كل من المتعاوضين الى ماله او بدله فالاشكال منتف والحق هنا ان يكون الارش المرجوع به على نسبة نقصان القيمة عما ضمنه الجاني فانه لا يعتبر لان ضمان ارش الجناية قد يكون بتقدير شرعي بحيث يكون بقدر قيمة المجني عليه فيلزم الرجوع بالعوض والمعوض وكذا لو كان العبد يساوي مائتين مثلا وقد اشتراه بمائة فجنى عليه الجاني بقطع يده فان ارشها نصف القيمة وهو مائة فلا يرجع البائع بها وبالعبد لئلا يجمع بينهما بل الارش الذي يرجع به جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة نقصان القيمة اليها لان هذا هو قاعدة الارش واما حكم ارش الجناية فخارج بامر شرعي يستحقه مالك العين حين الجناية وان كان فوات الجزء بجناية البائع فهو كالاجنبي لانه جنى على العين مملوك لغيره ولا فرق في ضمانه وهذا القسم داخل مع الاجنبي في قول المص تعد استحق ارشه وان كان بجناية المشتري فقد قطع المص بكونه كالفوات من قبل الله لما سبق من التعليل وعلى ما اخترناه لا فرق ويحتمل ان يكون جنايته كجناية الاجنبي لان اتلاف المشتري نقص واستيفاء فكانه صرف جزء من المبيع الى غرضه فهذه جملة احكام الاقسام قوله ولو حصل منه نماء آه هذا موضع وفاق لم يخالف فيه الا بعض العامة ولانه انفصل في ملك المفلس فلم يكن للبائع الرجوع فيه لانه ليس عين ماله ولا فرق في الولد بين الحمل والمنفصل ولا في اللبن بين المحلوب وغيره ومثله الثمرة المتجددة وان لم تقطف قوله ولو كان النماء متصلا آه القول للشيخ ره وجماعة منهم العلامة في عدة محتجين بان هذه الزيادة محض صفة وليست من فعل المفلس فلا تعد مالا له ولانه يصدق انه وجد عين ماله فيرجع به ووجه التردد مما ذكر ومن كون الزيادة ملكا للمفلس وان لم تكن بفعله لانها نماء ملكه وان الرجوع في العين على خلاف الاصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات مال المفلس ولانه انما يثبت عين ماله بل هي مع شيء آخر وربما اشكل الفرق بين الزيادة هنا وفي زمن الخيار حيث يرجع ذو الخيار بالعين مع هذه الزيادة والفرق بان الخيار ثابت باصل

العقد فلا يزيلها هنا فانه طار بالحجر لا يدفع لاشتراكهما في ان الفسخ من جهته فالسابق وقع في ملك المشتري وذهب جماعة منهم العلامة في لف وابن الجنيد الى ان الزيادة للمفلس فان رجع البائع في العين يكون شريكا للمفلس بمقدار الزيادة وفي كره استقرب عدم جواز الرجوع في العين والطلق والمراد به ولو مع رد الزيادة لانه علل بعد ذلك مسئلة ما لو كان حبا فزرعه فانه ليس له اخذه لانه اذا لم يكن له اخذ العين مع الزيادة المتصلة فهنا اولى وح فتصير الاقوال ثلثة وكلها للعلامة وقول المص قبل اخذه يحتمل كون الاخذ مجانا وهو الظ فيكون اشارة الى قول الشيخ ويحتمل كون المراد مع رد الزيادة فتكون اشارة الى قول ابن الجنيد والظ ان مراده الاول قوله وكذا لو باع نخلا آه ان كانت الزيادة في الثمرة المذكورة في نفس العين فالحكم كما سلف بل هي فرد من افراد تلك المسئلة وهذا هو الذي يقتضيه حال الثمرة قبل البلوغ وبعده وان كانت الزيادة في القيمة خاصة مع بقاء الثمرة على قدرها ففي الحاقها بها وجهان من كون الزيادة القيمية حصلت في ملك المفلس فلا يؤخذ منه مجانا ومن بقاء عين مال البائع من غير تغيير فيدخل في عموم الخبر واستقرب في كره عدم جواز الرجوع في العين مط في زادت قيمتها للزيادة السوقية والجوهرية ما لو اشتريها المفلس بدون ثمن المثل قوله اما لو اشترى حبا آه اشار بالتعليل الى ان الخبر الدال على الرجوع يقتضي اعتبار كون عين المال قائمة وح فلا رجوع في حب المزروع والبيضة لان الموجود الان ليس عين المال وان كان متحصلة من ماله وبهذا فارقوا الغاصب لان التغير في المغصوب كان في ملك المغصوب منه وكان الموجود له كيف كان ومثله القول في زرع المرتهن للحب المرهون وبالجملة فالمرجع هنا الى وجود العين لا الى مجرد الملك وكذا القول في العصير اذا تخمر في يد المشتري ثم تخلل ولو قلنا بالمنع من الرجوع في مسئلة الزيادة المتصلة فهنا اولى قوله ولو باعه نخلا حائلا آه لان الطلع ثمرة متجددة في حكم المنفصلة فلا يتبع وانما تبعت في البيع بنص خاص فلا يتعدى وفيه تنبيه بذلك على خلاف الشيخ ره حيث حكم بجواز اخذ النخل مع الطلع وهو احد قولي الشافعي الا انه قاسه على البيع والشيخ لا يقول بالقياس ولو كانت قد ابرت فلا خلاف في عدم التبعية لانها نماء حصل للمشتري على ملكه فلا يزول ولا يقصر تبعيته بوجه وكذا القول في باقي الثمار بعد الظهور وانما خص ثمرة النخل قبل التابير بالتنبيه المذكور وحيث يكون الثمرة للمشتري واخذ البائع الشجر يجب عليه ابقاؤها الى اوان قطعها عادة بغير اجرة قوله وكذا لو باع امة حاملا آه القول في الحمل كما مر في الثمرة وخالف فيه الشيخ ايض فجعل الحمل كالجزء من الامة وحكم بان بيع الحامل يستتبع الحمل لذلك فيلزمه مثله هنا لان مذهبه ان الزيادة المتصلة لا تمنع من اخذ البائع مجانا فيكون هنا كك ولكنه لم يصرح به الا انه مقتضى ما تسلزمه وحيث حكم بكون الحمل للمشتري يجب على البائع ابقاؤه الى الوضع بغير اجرة ويمكن اعتبار شرب اللباء ايض وقد ذكره في نظائره محتجين بان الولد لا يعيش بدونه قوله ولو باع شقصا آه قد اشتملت هذه المسئلة على حكمين احدهما تقديم حق الشفيع على البائع ووجهه ان حقه اسبق من حقه لان الشفيع استحق العين بالبيع وحق البائع انما تعلق بها بالحجر وهو متاخر عن البيع ولان حق الشفيع لاحق للبيع لذاته وحق البائع لاحق له بواسطة الحجر وما بالذات اولى مما بالعرض ولان حقه اقوى لانه ياخذه من المشتري ومن نقله اليه وان تعدد ويبطل جميع العقود والبائع انما يتعلق بالعين ما دامت باقية على ملك المشتري ولانه ياخذها وان زادت والبائع لا ياخذها مع الزيادة على ما تقدم والثاني ان الثمن لا يختص به البائع بل يكون فيه اسوة الغرماء ووجهه لانه انما يثبت للمشتري بالاخذ بالشفعة وفي تلك الحال يكون مالا للمشتري فيتساوى فيه الغرماء ولا يقدم به البائع لانه ليس عين ماله بل عوضه وهو لا يقدم بالعوض والمص اقتصر على الحكمين طارحا ما عداهما عن درجة الاعتبار لضعفه وقد حكى الشيخ في ط وجهين آخرين وكذا العلامة وهما قولان للشافعية احدهما ان البائع يقدم على الشفيع فيفسخ وياخذ العين لعموم الخبر الدال على اختصاص البائع بعين ماله ولان الشفعة شرعت لدفع الضرر بالشركة التي لا يختارها الشريك والضرر هنا يزول عن الشفيع لان البائع اذا رجع في الشقص عاد الامر كما كان قبل البيع ولم يتجدد شركة غيره ويضعف بمنع شمول الخبر المتنازع فيه لسبق حق الشفيع سلمنا لكن يعارض عموما فيقدم الاسبق ومراعاة دفع الضرر في الشفعة غير لازم وان كان اصل الحكمة فيها ذلك بل هي ثابتة بالنص والاجماع فلا يبطل بهذه الاعتبارات الوهمية وثانيهما تقديم الشفيع بالعين والبائع بالثمن على سائر الغرماء حيث تعذر اخذه للعين وحيث انه عوض ماله الذي قد وجده فكما لو وجده بعينه وقد كان حقه التقدم به لولا عروض مانع سابق فيرجع الى بدله جمعا بين الحقين ويضعف بان الخبر انما افاد حكما لاخذ العين والا لم يتعقد والثمن لعدم تناول الخبر له بل هو من جملة اموال المفلس وللشيخ ره في هذه المسئلة قول مبني على اصله السابق وهو انه مع الوفاء يكون البائع اولى بالثمن وان لم يكن في ماله وفاء كان اسوة الغرماء اختاره في ط وهو ضعيف المأخذ لكنه غير مخالف في فائدة الحكم لانه مع وفاء ماله بدين الغرماء يفضل له الثمن المذكور الا انه لا يختص الفضل به قوله ولو فلس المستاجر آه اذا فلس المستاجر ولم يكن قد دفع الاجرة جاز للموجر الفسخ واخذ العين الموجرة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان ولانه يدخل في عموم الخبر لانه قد وجد عين ماله وله امضاء الاجارة والضرب مع الغرماء بالاجرة وتفصيل المسئلة ان الحجر عليه لا يخ اما ان يكون قبل مضي شيء من المدة قبل تقسيط الاجرة عليه فان فسخ الموجر اخذ العين وسقطت الاجرة وان اختار امضاء الاجارة ضرب مع الغرماء بالاجرة واجر الحاكم العين على المفلس كما يوجر اعيان امواله التي لا يمكن بيعها وصرفت الاجرة الى الغرماء هذا ان كانت معينة ولو كانت في الذمة واختار الموجر الامضاء امره الحاكم بتعيينها ليوجرها وان كان بعد مضي شيء من المدة له قسط من الاجرة فان كانت فارغة وفسخ الموجر ضرب مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الاجرة المسماة كما لو باع عبدين فتلف احدهما وفسخ في الباقي وان اختار الامضاء ضرب بجميع الاجرة وان كانت مشغولة فان كان بزرع وقد استحصد واختار الفسخ فله المطالبة بالحصاد وتفريغ الارض وان كان قبله فان اتفق مع الغرماء على قطعه فصيلا قطع وكان كالسابق وان اتفقوا على التبقية فلهم ذلك مع بذل اجرة المثل لبقية المدة مقدمة على الغرماء اذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حقهم كاجرة الكيال والوزان وان كان دابة تحمل نقل الحمل الى مأمن باجرة المثل لذلك الحمل من ذلك المكان مقدما بها على الغرماء كما مر فاذا نقله سلمه الى الحاكم مع امكانه والا وضعه على يد عدل وكذا لو كانت الاجرة لركوب المفلس وحصل الفسخ في اثناء المسافة فانه ينقل الى المأمن باجرة مقدمة دفعا للضرر عن نفسه الذي هو اولى من حفظ ماله ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الاجارة العين او الذمة لتحقق التعيين قوله ولو اشترى ارضا آه انما كان له الرجوع في الارض مع تغيرها بالغرس لانها عين ماله

٢٣٢ وهي صبيرة عن مال المفلس لا يستلزم الرجوع فيها اخذ مال المفلس ولا ضرر عليه لانه يبقى فيهما الى ان يفني بغير اجرة فيدخل في عموم الخبر وانما لم يكن له الازالة
لانها وقعت بحق في زمن ملكه فتكون محترمة ولا يجوز ازالتها ولا مع الارش على الاقوى والقول بجواز ازالتها مع الارش للشيخ في ط وربما استدل له بظاهر
الخبر حيث ان المتبادر من الرجوع في العين استحقاقها فارغة بحيث وضع الغرس بحق يجمع بين الحقين بقلعه بالارش وعلى هذا ينبغي ان يجوز ابقاؤه باجرة
لا مجانا لان ذلك هو مقتضى التعليل ولكن لم يذكر احد استحقاق الاجرة لو ابقاها ثم هو وجه لبعض الشافعية والفرق بين هذه وبين العين المؤجرة
اذا فسخ فيها المؤجر وقد اشتغلت بغرس المستاجر حيث انه يستحق الاجرة فيها كما تقدم دون هذه ان المعقود عليه في البيع الرقبة وانما يحصل له بالفسخ و
لم يأخذ الاجرة وفي الاجارة المعقود عليه هو المنفعة فاذا فسخ العقد فيها واستوفاها المستاجر بغير عوض خلا الفسخ عن الفائدة ولم يعد له حقه فلم يستفد
بالفسخ شيئا لجريان المنفعة حيث لم يمكن استيفاؤها بالاجرة وايضا فان المشتري دخل على ان لا يضمن المنفعة فلم يثبت عليه اجرة كما لو باع اصولا دون ثمرتها
بخلاف المستاجر فان متعلق ضمانه هو المنفعة فيجب عليه الاجرة وفي حكم الغرس البناء اما الزرع فيجب على البائع ابقاؤه الى اوانه بغير اجرة لو فسخ في الارض ولا
واحدا والفرق ان للزرع امدا قريبا ينتظر فلا يتعذر العين معه كالثالثة فينتظر بخلاف الغرس والبناء وعلى القول بجواز قلع الغرس والزام البناء بالارش
نظريق تقديره ان يقوم الغرس قائما الى ان يفنى بغير اجرة والبناء ثابتا كذلك ومقلوعا فالارش هو التفاوت قوله ثم يباعان اه هذا تفريع على عدم استحقاق
البائع ازالتهما ولا بالارش فالطريق الى وصوله الى حقه ان تباع الارض بما فيها من البناء والغرس فله من الثمن ما قابل الارض وطريق معرفته ان يقوما معا
ثم يقوم الارض مشغولة بهما ما بقيا مجانا وينسب قيمتها كذلك الى قيمة المجموع ويؤخذ من الثمن لها بنسبة ذلك والباقي للمفلس هذا ان رضي البائع ببيع
الارض والا لم يجبر عليه بل يباع مال المفلس على حالته التي هو عليها من كونه في ارض الغير مستحق البقاء الى ان يفنى مجانا وان استلزم ذلك نقصانا
في قيمته لو ضم الى الارض ولحق للارض قسطا فان ذلك هو حق المفلس فلا يؤثر هذا النقصان وحيث يباع منفردا يصح كحكم من باع ارضا واستثنى
شجرة في جواز دخول مالكها اليها وسقيها الى اخر ما ذكر من احكامها وقد تقدمت في البيع قوله ولو اشترى زيتا فخلطه بمثله اه انما لم يبطل حق البائع بمزج المبيع
لوجود عين ماله في جملة الموجود غايته انها غير متميزة وذلك لا يستلزم عدمها اذ لا واسطة بين الموجود والمعدوم ويمكن التوصل الى حقه بالقسمة لان الزيت
كله سواء فيتخلص حقه بالكيل او الوزن هذا اذا خلط بمثله او ادون اما لو خلط بالاجود فالاقوى انه كذلك لعين ما تقدم فان العين موجودة ايضا قطعا غاية
ما هناك انه تعذر تميزها لكن يمكن التوصل الى قيمتها بان يباعا ويكون له بنسبة ما يخصه من القيمة وهو مختار العلامة في الق والتحرير فعلى هذا لو كانت قيمة
زيته درهما والممزوج به درهمين بيعا واخذ ثلث الثمن ويحتمل ان يكون له ذلك في الخلط بالاردى ايضا لانه حقه والحال ان العين باقية وقد يتعذر التوصل
اليها فيعدل الى القيمة واختاره في التحرير والقول ببطلان حقه لو مزج بالاجود للشيخ وتبعه العلامة في كره وعد فصير للعلامة في المسئلة ثلثة اقوال و
وجه هذا القول ان العين تصير بمنزلة التالفة من طريق المشاهدة والحكم اما الاول فللاختلاط واما الثاني فلانه لا يمكنه الرجوع الى عينه بالقسمة واخذ
المقدار من الممتزج للاضرار بصاحب الاجود وهو ضعيف لان العين موجودة ويمكن التوصل الى الحق بالقيمة ولو اثر مثل هذا الاختلاط في ذهاب العين
لزم مثله في القسمين الاخيرين وحكى الشيخ ره في قسم الاجود قولا ثالثا وهو ان يدفع الى البائع من عين الزيت بنسبة قيمته المخصه فاذا خلط جرة تساوي دينارا
بجرة تساوي دينارين فللبائع قيمة ثلث الجميع فيعطى ثلثا الزيت وهو ثلثا جرة ثم غلطه باستلزام الربا وهو مبني على القول بثبوته في كل معاوضة ولو خصصناه
بالبيع لم يكن القول بعيدا قوله ولو نسج الغزل اه اعلم ان الزيادة اللاحقة للمبيع لا يخ اما ان يكون من نفسه او من خارج والاول اما متصلة محضا كالسمن
او منفصلة محضا كالولد او منفصلة من وجه دون اخر كالحمل وقد تقدم حكم الثلثة والزيادة الخارجية اما ان تكون عينا محضة كالغرس او صفة محضة كنسج
الغزل وقصر الثوب او صفة من وجه وعينا من اخر كصبغ الثوب وقد تقدم حكم القسم الاول وبقي الاخيران وهذه المسئلة حكم الثاني والثالث بعدها بلا
فصل اذا تقرر ذلك فنقول اذا اشترى عينا وعمل فيها عملا يزيد في صفتها لا في ذاتها كان طحن الحنطة او خبز الدقيق او قصر الثوب او خيطه بخيوط منه او نسج
الغزل او نشر الخشب الواحا او جعلها ابوابا ونحو ذلك لم يسقط حق رجوعه بالعين عندنا لان العين لم يخرج عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها فكان
واجدا عين ماله ثم ان لم يزد قيمة المبيع بهذه الصفات فلا شيء للمفلس سواء غرم المفلس عليه شيئا ام لا وان نقصت قيمته فلا شيء للبائع معه لو اختار اخذ العين
وان زادت القيمة بسببها صار المفلس شريكا فيها كزيادة العين فتباع العين ويكون للمفلس من الثمن بنسبة ما زاد فلو كانت قيمة الثوب مائة خاما ومقصورا
مائة وعشرين كان للمفلس سدس الثمن هذا هو الذي قطع به المص وهو احد القولين في المسئلة والقول الاخر ان العين تسلم الى البائع مجانا الحاقا لهذه
الزيادة بالمتصلة كالسمن ونحوه بناء على ان حكم المتصلة ذلك وقد تقدم الخلاف فيها فمن حكم هناك بان الزيادة للمشتري يحكم هنا بطريق اولى ومن يحكم
بكونها للبائع يمكن ان يحكم بان هذه للمشتري لان هذه من فعله او ما في حكمه بخلاف السمن والكبر فانهما من فعل الله تع وان كان سببهما من فعل المكلف
كالعلف والسقي ومن ثم يتخلف السمن عنهما في بعض الاحيان وربما يحصل بدونهما في الاخر وعلى تقدير استناده اليهما فالفاعل هو الله تع بخلاف طحن
الحنطة وخبز الدقيق ونحوهما ومن ثم جاز الاستيجار عليه ولم يجز الاستيجار على القسمين ونحوه كما لا يخفى والاقوى في الموضعين ان الزيادة للمفلس وح فا
لمعتبر بالقيمة مع الزيادة حين الرجوع قوله ولو صبغ الثوب اه هذا مثال ما لو كانت الزيادة عينا من وجه وصفة من اخر فان الصبغ في نفسه عين واحدث
للثوب صفة من اللون لم تكن وح فاما ان يزيد الثوب في القيمة بقدر قيمة الصبغ او اقل او اكثر او لا يزيد شيئا او ينقص ففي الاول يكونان شريكين بنسبة
المالين كما لو كانت قيمة الثوب مائة والصبغ عشرين وساوى بعد الصبغ مائة وعشرين فللمفلس سدس الثمن والقسمة هنا على الاعيان ولا يتحقق للصبغة
حكم لانتفاء الزيادة بسببها وفي الثاني يكون للبائع بقدر قيمة الثوب والنقصان على المفلس لان الصبغ يتفرق اجزاؤه في الثوب ويهلك والثوب قائم
بحاله فكانت نسبة النقصان الى الصبغ اولى لكن يشترط في ذلك ان لا يعلم استناد النقصان او بعضه الى الثوب والا الحقه بحسبه وفي الثالث وهو

[illegible]

زيادة قيمته مصبوغا عن قيمة الثوب والصبغ كالو صار في المثال الثاني مائة وثلثين فلا شبهة في كون كل منهما محفوظة بقيمتها وانما النزاع في الزائد ٢٣٣
عنها فانه صفة محضة فيجري فيها البحث في المسئلة السابقة فان الحقناها بالاعيان فهي باجمعها للمفلس وهو الاقوى وان الحقناها الا ثر بالعين فهي
للبائع ويحتمل بسطها على نسبة المالين لعدم الاولوية حيث انها تابعة للعينين وان لم تزد قيمة الثوب شيئا بالصبغ او نقصت لم يكن للمفلس شيء لان
عين مال البائع قائمة وعين مال المفلس ذاهبة كالمرد والصفة منفية فينتفي الشركة فيه ولا واسطة او يمكن شمول قول المص اذا لم ينقص قيمة الثوب
بالمصبغين وان كان في الثاني اوضح قوله وكذا لو عمل المفلس اه هذا من افراد الصفة المحضة وقد كان يمكن الغناء عنه بالسابق فانه اعم من كونه بنفسه
وبغيره وانما يكون له ما يتعدد العمل مع زيادة العين بسببه خاصة والاجارة فيه ما تقدم من الاقسام قوله ولو اسلم في متاع اه القول الاول للشيخ ووجهه
مع وجدان عين ماله دخوله في العموم ومع عدمه يضرب بدينه كان كل غريم دينه هو المسلم فيه فيضرب به وانما اعتبر القيمة لان الضرب باعتبارها
والا فالمرجع الى نفس الدين ووجه الثاني مع تلف عين ماله ما تقدم في السلف من انه متى تعذر المسلم فيه في وقته تخير المسلم بين الفسخ والصبر فيكون
هناك الا انه مع الفسخ يضرب بالثمن ومع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه اذ لا صبر هنا لاحد من الغرماء وهذا هو الاقوى وهو اختيار الاكثر لكن
يجب تقييده بما لو لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه او يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه فلو فرض ذلك لم يكن له الفسخ اذ لا انقطاع للمسلم فيه
ولا تعذر ومن الممكن ان يصل الى جميع حقه بان نفرض عدم قصور المال حين القسمة وان كان قاصرا كامر فلا بد من ملاحظة مثل هذا القيد وعلى
تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه ايضا وفيما قرر به المص القول الثاني اجمال وتلخيصه انه مع وجود العين وهو الثمن يتخير المسلم بين الفسخ فيأخذه
وبين الضرب بدينه وهو المسلم فيه وان وجده تالفا تخير بين الفسخ فيضرب بالثمن وبين الامضاء فيضرب بالمسلم فيه قوله ولو ولدت الجارية اه وجه
جواز انتزاعها ظ فانها عين ماله والاستيلاد المتجدد لها لا يمنع رجوعه اذ يجوز بيعها في مواضع واخذها بمنزلته ولو اختار الضرب بالثمن جاز بيعها
فيه ايضا لما قلناه واما الولد فهو حر على كل حال لانه ولد من سيدها حال ملكه لها ولا سبيل لاحد عليه قوله واذا جني عليه خطأ وفي حكمه الجناية على عبده
دموية ولا يصح منه العفو هنا لانه تصرف في المال وهو ممنوع منه قوله وان كان عمدا اه لما كان الواجب في العمد بالاصالة هو القصاص والمال انما يلزم
بالتراضي كان التخيير للمجني عليه مع بذل الجاني المال بين القصاص لانه حقه وبين اخذ المال وبين العفو ولا يتعين عليه اخذ المال لو بذله له عملا بالاصل
ولانه اكتساب للمال وهو غير لازم له الان كما لا يلزمه قبول الهبة فان اقتص فلا كلام وان رضي بالمال وبذله الجاني تعلق به حق الغرماء وان عفى مط
سقط حقه منهما قوله نعم لو كان له دار اه مما يستثنى للمديون مطلقا داره ودابته ومملوكه المحتاج اليه منها وهذه الثلاثة لا تباع ولا تؤجر وما ذكره المص
محمول على احد امرين اما بان تكون هذه الاشياء له على وجه لا يمكن بيعه بان تكون موقوفة وهي زائدة على ما يستثنى واما على مواجرتها زمن الحجر الى اوان
البيع واما ام الولد فلا تباع مط اذا لم يكن عين مال احد من الغرماء فيمكن الحكم بمواجرتها اذا كانت فاضلة عن خدمته ولو كانت خدمته يحصل بها
فالظا الاكتفاء بها عن مملوكة اخرى لصدق المملوكية عليها وان تشبث بالحرية فيباع ما سواها مع احتمال عدمه وضعف مواجرتها المستلزم لعود الى المال
بدلا له الشيئا ولكن يجب تقييده باذن الحاكم ويمكن ان يعود اليه قوله واذا شهد للمفلس اه القول بالمنع للشيخ والاكثر وهو الاقوى لان المال للمفلس
الى ان يقسمه الغرماء وان تعلق حقهم به والحلف لاثبات مال الغير ممتنع والقول بالجواز لابن الجنيد بناء على عود النفع اليهم ويستحقون المطالبة وهو
ضعيف اذ لم يخرج بذلك عن كونه مال المفلس وفي حلفهم اشكال من وجه اخر وهو ان كل واحد منهم ان حلف على مجموع المال كان حلفا لاثبات مال الغير
وهو باقي الغرماء وهو ممتنع ايضا زيادة على ما تقدم وان حلف على بعضه وهو القدر الذي يصيبه بالتقسيط لم يثبت له الجميع بل بعضه لانه مال المفلس
فلا يلتئم ثبوت جميع المال بهذا الحلف والاعتذار عن حلفه على المجموع بانه انما يثبت به استحقاقا قبل القسمة لا يدفع ما ذكرناه لانه يتضمن اثبات مال الغير ايضا قوله
واذا مات المفلس اه ولا يحل ما له فيه وفيه رواية انه يحل وهي مهجورة اما الاول فموضع وفاق واما الثاني فالمشهور بقاؤه بحاله لاصالة البقاء وانتفاء
الدليل والفرق بتحقق الضرر في الاول على المال الثاني بتضرر الوارث وعلى الوارث ان منع منه الى التعجيل بخلاف موت من له الدين والرواية المذكورة
بخلافه رواها ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال اذا مات الميت حل ماله وما عليه من الديون وعمل بها الشيخ في النهاية وتبعه جماعة والرواية مرسلة والاصح الاول قوله
وينظر المعسر اه هذا هو المشهور وعليه العمل ويدل عليه ظ قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة واطلق جماعة من اصحابنا انه لا يجب عليه الاكتساب
ايضا ولا قبول الهبة ولا الصدقة ولا الوصية ونحوها ولو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسنا والرواية بخلافه انما هي رواية السكوني عن الصادق عن ابيه ان
عليا عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم ان شئتم وان شئتم استعملوه
وعمل بها ابن حمزة ومال اليها في المختلف واختاره الشهيد ره قوله يستحب احضار اه انما يستحب الاحضار اذا وثق بانتفاء الزيادة لو بيع في غير سوقه والا فالاولى
الوجوب لان بيعه فيه اكثر لطلابه واضبط لقيمته ولكن اطلق الجماعة الاستحباب قوله وحضور الغرماء اه استحباب هذا القسم مناسب اذ لا خصوصية لهم
في الشراء ويمكن وجوبه مع رجاء الزيادة بحضورهم وكذا يستحب حضور المفلس او وكيله فانه اخبر بقيمة متاعه واعرف بجيده من غيره فيتكلم عليه ويخبر بقدره
ويعرف المعيب من غيره وربما كان اكثر للرغبة فيه وابعد عن التهمة واطيب لنفس المفلس قوله وان يبدء اه جعل هذا من المستحب ليس بواضح بل الاجود وجوبه لئلا
يضيع على المفلس وعلى الغرماء ولوجوب الاحتياط على الامناء والوكلاء في اموال مستأمنيهم فهنا اولى لان ولاية الحاكم قهرية فهي ابعد عن مسامحة المالك
وح فيبدأ بما يخاف عليه الفساد عاجلا كالفاكهة ثم بالحيوان ثم بسائر المنقولات ثم بالعقارات هذا هو الغالب وقد يعرض لبعض ما يستحق التاخير التقدم
بوجه قوله ويبدء بالرهن اه ولانه ربما زادت قيمته عن الدين فيضم الباقي الى مال المفلس وربما نقصت فيضرب المرتهن بباقي دينه مع الغرماء وفي حكم
الرهن العبد الجاني لتعلق حق المجني عليه برقبته واختصاصه دونهم بما فضل منه فضلة كالرهن ويفارقه بانه لو قصر عنها لم يستحق المجني عليه الزائد لان

[illegible]

٢٤٤ حقه لم يتعلق بالذمة بل بالعين بخلاف الرهن فانه متعلق بهما وهذا التعليم يناسب الاستحباب لان الغرض منه معرفة الزائد والناقص وهو يحصل قبل القسمة وفي كره قدمه على بيع المخوف وما هنا اولى قوله وان يعول على مناداة هذا الحكم ينبغي ان يكون على سبيل الوجوب لان الحق في ذلك لهم لكونه مال المفلس ومصروفا الى الغرماء ويمكن مع ذلك الاستحباب لان الحاكم بحجره على المفلس اسقط اعتباره وكان كوكيله وحق الغرماء الاستيفاء من القيمة وهي حاصلة بنظر الحاكم والحاصل انه يفوض اليهم التعيين فان اتفقوا عليه والا عين هو وهذا اذا كان معين كل واحد متطوعا او باجرة متحدة والا قدم المتبرع وقليل الاجرة مع صلاحيته لذلك وهذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين الحاكم قوله واذا لم يوجد اه مقتضى العبارة جواز بذلها من بيت المال ويه صرح العلامة في كره لانه معد للمصالح وهذا من جملتها ومعنى قوله ولا يبذل من بيت المال انه اذا لم يكن في بيت المال سعة اما لعدمه او للاحتياج الى صرفه الى ما هو اهم من ذلك جاز اخذها من مال المفلس لان البيع حق عليه وفي عدا طلق ان الاجرة على المفلس وما هنا اجود قوله ولا يجوز تسليم مال المفلس اه هذا الحكم واضح فان مال الغير يجب الاحتياط فيه كذلك وهل الحق في ذلك منحصر في المفلس والغرماء فيجوز مع تراضيهم بجملة لان الحق لا يخرج عنهم وعدمه لجواز ظهور غريم اخر يتعلق دينه بالمال وهو اجود قوله ولو اقتضت المصلحة اه انما كان ذلك احتياطا لان القرض مضمون على المقترض بخلاف الوديعة لانها امانة لا يؤمن تلفها واعتبر في كره في المقترض مع الملاءة الامانة وهو حسن وقوله والا اي وان لم يوجد مقترض مليء اودعه ولكن المستودع عدلا وينبغي مراعاة من يرتضيه الغرماء والمفلس ومع الاختلاف يعين الحاكم ونسبة المصنف الحكم الى القيل يشعر بتوقفه فيه ووجه التوقف ان فرض الحاكم في الاموال التي يليها انما هو الاستيداع كما هو في اموال اليتامى وغيرهم ممن امره احوط من مال المفلس فينبغي ان يجوز الاقتصار على الوديعة واذا امكن القرض وبه قطع في كره وهو حسن وان كان الاول احوط قوله ولا يجبر المفلس اه يستثنى الدار كونها لا تفضل بحاله كما وكيفا فلو زادت في احدهما وجب الاستبدال بما يليق به او بيع الفاضل ان امكن افراده بالبيع وفي الامر الحاجة الى خدمتها او لا هليته لها بحسب حاله ومثله العبد وفي حكمهما دابة ركوبه ولو احتاج الى المتعدد استثنى كالمتحد وكذا يستثنى له دست ثوب يليق بحاله شتاء وصيفا قاله في كره والاولى اعتبار ما يليق بحاله في افلاسه لا في حال ثروته ويترك لعياله من الثياب ما يترك له قال ولا يترك له الفرش والبسط بل يسامح باللبد والحصير القليل القيمة ولا فرق في المستثنيات بين كونها من مال بعض الغرماء وعدمه عندنا قوله ولو باع الحاكم اه لا ريب في استحباب الاجابة الى كل ما التزمنا اولى ولكن لا يجب لانه صاحبه هذا اذا لم يكن البيع بخيار للبائع والا جاز الفسخ وفي وجوبه نظر اقربه ذلك وان كان قد بيع بثمن المثل للقدرة على تحصيل الزيادة بالفسخ فيكون كما لو طلب بزيادة عن ثمن المثل قبل البيع قوله ويجري عليه نفقته اه الظاهر ان المراد بعادة امثاله من هو مثله في شرفه وضعته وباقي اوصافه بحسب ما هو عليه الان ولومات بعض من ينفق عليه في اثناء النهار ففي ارتجاع بقية نفقته نظر من ان النفقة تملك مطلقا او بشرط استجماع شرائط الاستحقاق زمانها وسيأتي الكلام فيه ان شاء الله قوله ولومات قدم كفنه اه ويقتصر على الواجب منه وكذا يقدم كفن من يجب نفقته عليه قبل الافلاس وهو ثلاثة اثواب ويعتبر فيها الوسط مما يليق به عادة ولا يقتصر على الادون مع احتماله وبه قطع في البيان ولو اكتفينا بالثوب الواحد في تادي الواجب لزم الاقتصار عليه هنا وكذا يستثنى مؤنة التجهيز من سدر وكافور وماء وغيرها قوله اذا اقسم الحاكم مال المفلس اه اذا ظهر غريم بعد القسمة فلا يخ اما ان يطالب بعين من مال المفلس بان يكون باعها ومبيعه قائم او يطالب بدين والاول اما ان يجدها مع بعض الغرماء او مع غيرهم بان يكون الحاكم قد باعها وجعل ثمنها في ماله او يجدها بايدي الغرماء بالمبيع وفيما عدا الصورة الاخيرة لا يوجب الا نقض القسمة لان العين اذا انتزعت من احدهم بقي بغير حق وفي الاخير والمطالب بدين قولان احدهما وهو الذي جزم به المص ان القسمة تنقض لتبين فسادها من حيث ان جميع الغرماء مستحقون في المال وقد وقعت القسمة بغير رضا البعض فيكون كما لو اقتسم الشركاء ثم ظهر لهم شريك اخر والثاني انها لا تنقض بل يرجع الغريم على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب لان كل واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالاقباض الصادر من اهله في محله فلا يجوز النقض لانه يقتضي ابطال الملك الثابت اما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الاخر فانها غير مملوكة له فتستعاد ويضعف بان الملك كان مبنيا على الظن من انحصار الحق فيهم وقد تبين خلافه ولا فرق في نقض الاخرين سائر غرمائه فان قيل ذلك انما يتم في الشركاء وهنا لا شركة اذ المال للمفلس نعم يستحقون الايفاء فلا يستحق الغريم الاخر سوى الحصة وما عداها لا تعلق له به فيكون صرفه الى الديون معتبرا قلنا هو وان لم يجعلها شركة حقيقة لكن الايفاء ايضا مشروط ببسط المال على نسبة جميع الغرماء غاية ما قيل انه لم يكن ظاهرا او ما ضمت ظاهرا فلما تبين من شاركهم في استيفاء المال لم تصح القسمة الاولى والغريم المتجدد وان لم يستحق سوى الحصة الا انها مشاعة في جميع المال فتميزه بغير اذنه لا يصح وكان القول بالنقض اجود ح فلا فرق بين الاقسام السابقة كلها وليس هذا الفسخ الطاري على هذه القسمة مثل فسخ البيع باحد اسبابه لان ذلك الفسخ يبطله من حينه وظهور هذا الغريم ابطلها من راس ويظهر فائدة القولين في النماء المتجدد بعد القسمة فعلى النقض يشارك المتجدد فيه دون الاخر وعلى عدمه لو تصرف واحد في مقدار نصيبه فعلى النقض يتبين بطلانه دون الاخر وفي وجوب الزكوة لو بلغ نصيبه نصابا واجتمعت الشروط فعلى النقض يتبين سقوطها وعلى الاخر يجب الى غير ذلك من الفوائد قوله اذا كانت عليه ديون اه اي مؤجلة عند القسمة فانه لا يقسم عليها اما لو كانت مؤجلة عند الحجر وحلت عند القسمة شاركت وان كان الحجر في ابتدائه لاجل الحالة ولو حلت بعد قسمة البعض شارك في الباقي وضرب بجميع المال وضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم قوله اذا جنى عبد المفلس اه قد تقدم ان المجني عليه احق بالعبد الجاني من الغرماء ومن المرتهن لاختصاص حقه في العين بخلافهم وانما يكون احق به مع استيعاب الجناية لقيمته والا استرق منه بقدرها وصرف الباقي الى الغرماء وانما يتبع المولى من فكه مع عدم المصلحة في فكه فلو فرضت بان كان كسوبا يثمر مالا الى حين القسمة وقيمته باقية فله فكه لمصلحة ولو كان الجاني المفلس كان غريمها اسوة الغرماء والفرق بين جنايته وجناية عبده واضح فان المجني عليه في صورة العبد تعلق حقه بعين العبد وهنا تعلق بذمة الجاني فكان كغيره من الغرماء وقد تقدم وجه مشاركته لهم مع تاخر سببه عن الحجر قوله لا يجوز حبس المعسر اه عدل عن الضمير المذكور في العنوان العايد الى المفلس الى الاسم الظاهر

[illegible]

٢٤٥ وهو الغريم للتنبيه على ان هذا الحكم لا يختص بالمفلس بل يأتي في المديون المعسر وانما يحسن العدول لو اشترط الدين في صدق المفلس المحجور والا فالمديون المعسر ايض قوله ويثبت ذلك اه انما يثبت بموافقة الغريم في حق الموافق خاصة فلو تعدد الغرماء ووافق بعضهم دون بعض فللمخالف البحث الا ان يكون الموافق متعددا عدلا فيثبت مط قوله او قيام البينة نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جعل قيام البينة بالاعسار غير مانع من حبسه مدة يغلب على ظن الحاكم انه لو كان له مال لظهر وسيأتي الكلام على شرائط البينة وكيفية شهادتها قوله فان تناكرا اه اي لو تناكر الغريم والمديون في الاعسار بان ادعاه المديون وانكره الغريم ومع ذلك فتفريع ظهور المال عليه مناف والحاصل انه مع عدم ايفاء المديون دينه وظهور ماله يأمره الحاكم بالوفاء فان امتنع منه تخير بين حبسه واهانته الى ان يوفي وبين ان يوفي بنفسه فان كان ماله من جنس الحق صرفه فيه وان كان مخالفا باعه عنه واوفى ويحل لصاحب الدين الاغلاظ له في القول بان يقول له يا ظالم ونحوه قال صلى الله عليه وآله لي الواجد يحل عقوبته وعرضه والمراد بالعقوبة الحبس والعرض الاغلاظ له في القول فان اصر على ذلك جاز للحاكم ضربه قوله ولو لم يكن له مال اه المراد انه كان له قبل الان مال وادعى الان تلفه والمراد بكون اصل الدعوى مالا ان غريمه اثبت دينه دفع البيع مقابلته مالا بان باعه سلعة ديه وبطالبه بثمنها او اقرضه مالا او نحو ذلك والمديون يدعي تلفه او يتكرر صولته اليه مع قيام البينة به فانه يحبس حتى يثبت اعساره لان الاصل بقاء ذلك المال في يده وظاهر العبارة ككثير انه مع ذلك يحبس بمجرد ثبوت الدين وامتناعه من ايفائه وفي كره انه اذا لم يكن له بينة بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف فاذا حلفوا حبس قوله واذا شهدت البينة اه اذا شهدت البينة للمديون بالاعسار فاما ان تكون مستند شهادتها علمها بانه تلف ماله او علم حاله فان كان الاول بان شهد الشاهدان على تلف امواله قبلت وان لم تكن مطلعة على باطن امره لان الشهادة بذلك على الاثبات المحض وبثبوت تلف ماله يحصل الغرض من فقره وان شهدت باعساره مطلقا من غير تعرض لتلف امواله فلا بد في ذلك من كون الشاهدين لهما صحبة مؤكدة مع المشهود له ومعاشرة كثيرة بحيث يطلعان بها على باطن امره غالبا فان الاموال قد تخفى ولا يعرف تفصيلها الا بامثال ذلك وانما اعتبر ذلك هنا دون ما لو شهدا بتلف ماله لان مرجع هذه الشهادة الى الشهادة على النفي فان معنى اعساره انه لا مال له ومرجع الشهادة على النفي ان لا يقبل حتى ذهب بعض العامة الى عدم قبولها هنا لذلك ولنا قبلت عندنا وعند اكثر من خالفنا بضبطها على وجه يلحقها بالاثبات بان يكون من اهل الخبرة بحاله لكثرة مخالطته وطول مجاورته اطلعت على باطن امره وشهدت مع ذلك باثبات يتضمن النفي لا على النفي الصرف بان يقول انه معسر لا يملك الا قوت يومه وثياب بدنه ونحو ذلك فاذا لم تكن مطلعة على الوجه المذكور جاز ان يستند في اعساره الى ظاهر حاله ومع ذلك فللغرماء احلافه كما ذكره المص والجماعة لان الاحتمال لا يزول معها راسا ولا صراحة فيها بتلف الاموال فيجبر باليمين بخلاف بينة الاثبات فانه لا يكلف باليمين كما قطع به المص وتبعه عليه العلامة في غير كره اما فيها فحكى الحكم واثبت عليه اليمين في بينة التلف دون بينة الاعسار محتجا بان البينة اذا شهدت بالتلف كان كمن ثبت له اصل مال واعترف له الغريم بتلفه وادعى مالا غيره فانه يلزمه اليمين وافتى في موضع اخر منها بانه لا يمين في الموضعين محتجا بان فيه تكذيبا للشهود ولقوله البينة على المدعي واليمين على المنكر والتفصيل قاطع للشركة هذا خلاصة ما ذكروه من الحكم وغاية ما تقرر من الفرق بين الموضعين واقول ان تلخيص الحكم في ذلك لا يخ من اشكال والفرق لا يخ من نظر وذلك لان شهود تلف ماله اما ان تكون شهادتهم على تلف المال الظاهر من غير معرفة لهم بحال باطن امره بحيث يحتمل ان يكون له مال اخر لم يتلف كما هو الظاهر من قول الجماعة وتعليلهم المسألة وتصريحهم بعدم اعتبار كونهم من اهل الخبرة بحاله فيشكل مع هذا ثبوت اعساره لانه انما يثبت بالتلف الى ما باطنا مجهول مط حتى لو فرضنا ان هذا المال التالف لم يكن له لم ينافه ثبوت مال له باطنا والحال انه لم يخبر وان ارادوا بعدم اعتبار اطلاعهم على باطن امره ان الحاكم لا يعتبر اطلاعه على ذلك مع ان اطلاعهم معتبر في نفس الامر لم يكن ذلك الاعلى عدالتهم وان العدل لا يجازف في شهادته كما صرح بهذا المعنى بعض الاصحاب اشكل الفرق بين الامرين لان ذلك ات في الشهادة على مطلق الاعسار وتحويلها نحو الاثبات لئلا يتمحض للنفي غير متوقف على هذا الشرط فان مرجعه الى تحري شهادتهم لا الى علمنا باختبارهم وحكم اليمين متفرع على ما قررناه فان اكتفينا في بينة التلف بالاطلاع على ظاهر ماله فلا بد من القول باليمين لانه يصير بهذه البينة كمن لم يعلم له اصل مال مع احتماله ويتوجه عدم الافتقار الى اليمين في بينة الاعسار المطلعة على الحال لان ذلك اقصى ما يمكن اعتباره شرعا في التفحص فلا يكلف مع البينة امرا اخر لاصالة البراءة ولظاهر الخبر وان اعتبرنا اطلاع بينة التلف على باطن امره كما ذكره بعضهم توجه عدم اعتبار اليمين معها لما ذكرناه ويمكن ان يوجه كلام الجماعة الدال على عدم اعتبار الخبرة الباطنة في شهادة التلف لا بالنظر الى الحاكم ولا بالنظر الى الشهود بان هذا المديون لما كان يعرف له اصل مال ولو يكون الدعوى كك فلا بد لهذا المال الثابت ظاهرا من امر يدفعه فاذا شهدوا بتلف امواله التي يطلعون عليها فقد علم الانتقال عن ذلك الاصل الباقي في المال وان امكن بقاء بعضه الا انه غير معلوم والتكليف انما هو بالظاهر بخلاف ما اذا شهدوا باعساره فان المراد انهم لم يطلعوا على ماله وهذا لا بد مع ذلك الاصل الذي هو بقاء المال السابق بوجه فلا بد مع ذلك من الخبرة الباطنة والعشرة المتأكدة ليحصل الظن بتلف ذلك المال وانما يحصل بذلك فظهر الفرق بين الحالين ويتوجه ايضا ما اختاروه من ثبوت اليمين في الاول دون الثاني لان الاول لا يدفع المال الباطن يقينا ولا ظنا لعدم الاطلاع عليه بخلاف الثاني لان كثرة ملابسته ومجاورته والاطلاع على الصبر على ما لا يصبر عليه من يكون بيده مال عادة يفيد الظن الغالب بعدم المال فلا يتجه مع ذلك انضمام اليمين الى البينة نعم لو ادعى الغريم وجود مال مخصوص للمديون واعترف بعدم غيره فشهد الشهود بتلفه لم يجب اليمين في الاول ايض ولم يعتبر اطلاع الشهود على باطن امره الا ان هذه مادة خاصة والمسألة اعم منها والظاهر عبارة الاصحاب وغيرهم في هذه المسألة هو ما وجهناه اخيرا من ان شهود التلف لا يعتبر اطلاعهم على حاله في انفسهم ولا عند الحاكم بخلاف شهود الاعسار ووجهه ما بيناه لكن المحقق [illegible] على ما نقلناه عن الوجه وهو ان المراد عدم علم الحاكم باطلاعهم مع اشتراطه في نفس الامر فيحصل الالتباس في الفرق على تقديره ونفي اليمين في الاول واثباتها في الثاني على تقريرهم فان الاطلاع على باطن امره

[illegible]

٢٤٦ ان كان مستترا فيهما فاما ان يقال باشتراط علم الحاكم بمرايضة فيهما او يقتصر فيهما اتكالا على العدالة فالفرق ليس بجيد واذا لم يطلع على باطن امره في التلف على ما
ذكروه يكون اثبات اليمين فيه اوجه من الاخر كما ذكره في كره دون العكس لان الخبرة الباطنة افادت ظنا قويا مضافا الى البينة بعدم المال ويختار كره في اثبات
اليمين في الاول دون الثاني اجود واعلم ان الخبرة المعتبرة في شهود الاعسار ان اطلع الحاكم عليها فلا كلام والا فلا اكتفاء بقولهم لانهم بهذه الصفة وجعل في
وقطع به في كره وقد عرفت انه يعتبر كونها على الاثبات المتضمن للنفي لان الشهادة على النفي الصرف غير مسموعة لانه غير محصور وهو ات في جميع الشهادات التي على
هذا النهج وقد تقدم منها الشهادة على عدم اخراج المالك الزكوة ومنها الشهادة على نفي البيع او القرض ونحوهما من العقود فانه لا يكفي قولهم ما باعه كذا
او ما اقرضه ونحو ذلك بل لابد من حصره على وجه مضبوط بان يدعي الخصم انه باعه يوم كذا عند الزوال في موضع كذا فيشهد الشاهدان انه ما باعه في ذلك
الوقت لانه كان في ذلك الوقت في مكان اخر ونحو ذلك وكما لو ادعى عليه قتلا في وقت معين فيشهد الشاهدان انه في ذلك الوقت كان ساكن الاعضاء
او في مكان اخر بعيد عن المقتول ونحو ذلك وكما لو ادعى عليه بعد زوال الولاية ان الولي عمل على غير المصلحة فلا يكفي شهادة الشاهدين بذلك لعدم الحصر في هذا
النفي بل لابد من بيانه على وجه محصور بان يدعي الولي حاجة الى النفقة فيشهد الشاهدان بعناه بسبب كذا ويدعي الولي خوف التلف عليه من وجه فيشهد
الشاهدان بانتفاء ذلك الوجه الخاص بوجه مضبوط ونحو ذلك مما لا ينحصر والمرجع فيه الى الحاكم انضباط النفي وحصره بالاعتبارات الثبوتية قوله فان لم يعلم
اما المراد هنا باصل المال ما اشتمل كون الدعوى مالا ليتم الحكم بقبول قوله فلا يكون بمعنى الاصل السابق في قسيمه بل اعم منه والحاصل انه متى لم يعرف له لها
قديم ولا كان اصل الدعوى مالا بان كان مالها اجرة عمل او عوض اتلاف او ارش جناية ونحو ذلك قبل قول المديون في عدم المال بغير بينة لانه منكر
لان الاصل عدمه خلافا لبعض العامة حيث منع من قبول قوله الا بالبينة كالسابق بناء على ان الظاهر من حال الحر انه يملك شيئا قل ام كثر قوله واذا قسم المال بين اه
اي اطلاقه من الحبس ان كان محبوسا ولا يختص ذلك بالمفلس كاكثر الاحكام السابقة واما اطلاق المحجور من الحجر بمعنى فك حجره فسيأتي الكلام فيه قوله وهل يزول اه
ضمير عنه يعود الى المفلس المحجور عليه وفيه تشويش للضمائر كما قد عرفت والاولى ان لا يعود الضمير الى المحدث عنه سابقا بل الى المفلس المدلول عليه بالمقام
في الباب فان فيه خولفه بالعرض وما رجحه المص هو الاقوى لان الحجر عليه انما كان لحق الغرماء ليقتسموا امواله الموجودة وقد حصل ووجه توقفه على حكم الحاكم
انه لم يثبت الا باثباته فلا يرتفع الا برفعه كالسفيه ولانه حجر يحتاج الى نظر واجتهاد كحجر السفيه والملازمة ممنوعة لما بيناه من زوال المعنى المقتضي له بخلاف السفيه
فانه لا يعلم زواله الا بالاختبار المستند الى الحاكم هذا كله مع اعتراف الغرماء بانه لا مال له سواه او عدم تعرضهم او بعضهم لغيره فلو ادعوا او بعضهم عليه
مالا اخر ضبه للتفصيل السابق والله الموفق

كتاب الحجر

قوله الحجر هو المنع اه ذكر المص للحجر تعريفين لغوي وشرعي فهو في اللغة هو المنع والتضييق ومنه
سمي الحرام حجرا لما فيه من المنع قال الله تعالى ويقولون حجرا محجورا اي حراما محرما وسمي العقل حجرا لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما يضر عاقبته قال الله تعالى
هل في ذلك قسم لذي حجر وعرفه شرعا بانه الممنوع من التصرف في ماله والمراد مطلق التصرف اعم من كونه في جميع المال وبعضه فيشمل الحجر على الصبي ونحوه ممن
يمنع من الجميع والحجر على المريض الذي يمنع من التصرف في بعض المال فلا يرد ما قيل انه ان اراد التصرف في الجميع ورد كذا فان التصرف في العبارة جنس يصلح
للجميع والبعض ومثله القول في ماله فانه مفرد مضاف لا يدل على العموم ولكن يصلح له ان اريد فيشمل من منع من التصرف في جميعه كالصبي وفي بعضه كالمريض
ومذهب المص ان العبد يملك وان كان محجورا عليه كما سلف في البيع وح فيدخل في التعريف وانما يرد النقض به على من لا يقول بملكه وبما قررناه سقط ما اورد
عليه ايضا من انه ان اراد جميع المال خرج المريض وان اراد بعضه خرج الصبي والمجنون وان العبد خارج لانه لا يملك شيئا وكذلك ظهر جواب ما قيل من انه
احد الا يمنع من التصرف في ماله بالاكل والشرب ونحوهما من الامور الضرورية فانه ليس في التعريف ما يدل على التعميم او التخصيص بل من صدق عليه المنع من التصرف
في ماله على اي وجه كان فهو محجور عليه نعم ربما ينتقض طرده بالممنوع من التصرف فيه لغصب ونحوه فانه لا يسمى محجورا عليه شرعا فلو اضاف اليه ما يدل على المنع
الشرعي كان حسنا واعلم انه عرف المفلس بهذا التعريف مع انه اخص منه فقد يجوز في تشريكهما فيه قوله فموجباته وهي ستة حصر اسبابه في الستة المذكورة
جعلي لا استقرائي ولا ما سواه وقد جرت عادة الفقهاء بالبحث عن هذه الستة وعقد الباب لها وبقي اقسام كثيرة سواها بينا وهنا التعريف ولا يذكر
هنا كالحجر على الراهن وعلى المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن وعلى البائع في الثمن المعين وعلى المكاتب في كسبه لغير الاداء والنفقة وعلى المرتد الذي
يسوغ عوده وغير ذلك مما هو مذكور في تضاعيف الفقه ومرجع الصور الى قسمين من يحجر عليه لحق نفسه ومن يحجر عليه لحق غيره فالاول الصبي والمجنون والسفيه
والثاني الباقي ثم الحجر اما عام في سائر التصرفات او خاص ببعضها والاول اما ان يكون ذا غاية يزول سببه فيها اولا والاول الصغر والثاني الجنون
والخاص اما ان يكون الحجر فيه مقصورا على مصلحة المحجور اولا والاول السفيه والثاني اما ان يكون موقوفا على حكم الحاكم اولا والاول المفلس والثاني المرض
وباقي الاسباب تعرف بالمقايسة قوله ويعلم بلوغه اه المحترز بالخشن عن الشعر الضعيف الذي ينبت قبل الخشن ثم يزول ويعبر عنه بالزغب ويشمل العانة عن
غيره كشعر الابط والشارب واللحية فلا عبرة بها عندنا وان كان الاغلب تاخرها عن البلوغ اذ لم يثبت كون ذلك دليلا شرعا خلافا لبعض العامة و
استقرب في التحرير كون نبات اللحية دليلا دون غيره من الشعور والعادة قاضية به ولا شبهة في كون شعر العانة علامة على البلوغ انما الكلام في كونه
نفسه بلوغا او دليلا على سبق البلوغ والمشهور الثاني لتعليق الاحكام في الكتاب والسنة على الحلم والاحتلام فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يختص بذلك
ولان البلوغ غير مكتسب والانبات قد يكتسب بالدواء ولحصوله على التدريج والبلوغ لا يكون كذلك ووجه الاول ترتب احكام البلوغ عليه وهو اعم
من المدعى قوله سواء كان مسلما اه نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث خصه بالكافر نظرا الى انه لا يمكن الرجوع اليهم في الاخبار بالسن والاحتلام
بخلاف المسلم وربما نسب هذا القول الى الشيخ قوله او خروج المني اه قد اشتملت هذه الجمل على ثلثة احكام تخصيص للمني الموجب للبلوغ وتعميم احدها
كونه ما يكون منه الولد وظاهر العبارة ان المني ينقسم قسمين ما يكون منه الولد وما لا يكون وان البلوغ لا يتحقق الا بالاول وقد فهم هذا المعنى

جماعة

٢٤٧ جماعة وفي حاشية الشهيد ره على القواعد نقلا عن بعض العلماء يعلم المني الذي منه الولد بانه يبيس منه بان يوضع في الماء فان طفا فليس منه الولد وان رسب فمنه الولد
والظاهر ان هذا المعنى فاسد بل المعتبر في البلوغ خروج المني مطلقا سواء صلح لتخلق الولد بحسب شخصه ام لا لاطلاق النصوص الدالة على ذلك المتناولة لمحل
النزاع والوجه في هذه الصفة انها كاشفة لا مقيدة والمراد ان المني هو الذي من شانه ان يخلق منه الولد وان تخلف في بعض الافراد لعارض وفي بعض العبارات
منها كخروج الماء الذي منه الولد وهو جيد والصفة فيه مقيدة فان الماء شامل فعدل المص في هذه العبارة الى المني ووصفه بذلك ولا يبعد بان يفهم من
ارادة المعنى الذي ذكرناه من كون المراد ما من شانه ذلك لئلا يفهم منه اشتراط كونه بالفعل وثانيها كونه من الموضع المعتاد وانما اعتبر في المعتاد لاطلاق
الادلة لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف خصوصا وفي بعضها بلوغ النكاح وانما يكون من المعتاد فلو خرج من جرح ونحوه لم يعتد به ومنه
ما لو خرج من احد فرجي الخنثى وثالثها انه لا يختص بحالة بل كيف خرج ليلا او نهارا يقظة ونوما بجماع وغيره وحكم بقوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم وكما
هو خروج المني من الذكر او قبل المراة مطلقا ولا يختص بالاحتلام نعم لابد من كونه في وقت يحتمل البلوغ فيه فلا عبرة بما ينفصل بصفته قبل ذلك وحده عندنا
في جانب الطفل والانثى تسع سنين واما في جانب الذكر فما وقفت له على حد يعتمد به نعم نقل في كره عن الشافعي ان حده تسع سنين في الذكر والانثى وله قول
اخر ان حده بمضي ستة اشهر من السنة العاشرة والثاني بتمام العاشرة ولا يبعد الى ما بعد العاشرة محتمل قوله ويشترك فيه ذكره هذا عندنا وعند اكثر
موضع وفاق وانما نبه به على خلاف الشافعي حيث لم يقل بان خروج المني من النساء لا يوجب بلوغهن لانه نادر فيهن ساقط العبرة وفساده واضح واما الخنثى فمتى
في الاول ان نبت على فرجيها معا والا فلا واما خروج المني منها فسيأتي حكمه قوله وبالسن اه المشهور بين اصحابنا بل كاد يكون اجماعا هو الاول والمعتبر من السنين
القمرية دون الشمسية لان ذلك هو المعهود في شرعنا ويعتبر اكمال السنة الخامسة عشر والتاسعة في الانثى فلا يكفي الطعن فيهما عملا بالاستصحاب وفتوى الاكثر
ولان الداخل في السنة الاخيرة لا يسمى ابن خمس عشرة لغة ولا عرفا والاكتفاء بالطعن فيها وجه للشافعية ولما رواه من بلوغ العشر جواز الوصية فهي صحيحة وفي
معناها روايات الا انها لا تقتضي البلوغ لجواز اختصاصه بهذا الحكم ومن ثم لم يعم واما بلوغ خمسة اشبار فهو في رواية اخرى وان كان المفهوم من العبارة انهما
في واحدة ومعنى قوله اقيمت عليه الحدود الكاملة انه لا ينقص منها شيء لان الصبي اذا فعل ما يوجب الحد على غيره انما يؤدب بما لا يبلغ الحد ولنا رواية اخرى ان
الاحكام تجري على الصبيان في ثلث عشرة سنة واربع عشرة سنة وان لم يحتلم وليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحة سندها وهذه الرواية ذكرها المص
في النافع ثم ضعفها بقوله وفي اخرى اذا بلغ عشرا وهنا عبر بالاخرى من غير سبق رواية والامر سهل واما الخنثى فلا نص فيها بالخصوص ولكن الاصل عدم التكليف
والبلوغ يقتضي استصحاب الحال السابق الى ان يعلم المزيل وهو بلوغ الخمس عشرة ان لم يحصل قبله امر اخر كما سبق قوله والانثى بتسع هذا هو المشهور وعليه
العمل وقد روي انه يحصل بعشر سنين وذهب ابن الجنيد فيما يفهم من كلامه الى ان الحجر لا يرتفع عنها الا بالتزويج وهما نادران والطرق كلها على خلاف ما ذهبنا
اليه في المرأة وعلى ان بلوغها بالسن لا يكون دون خمس عشرة سنة وانما اختلفوا فيما زاد قوله اما الحمل والحيض اه لا خلاف في كونهما دليلين على سبق البلوغ كما
لا خلاف في كونهما دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف في كونهما بلوغا بانفسهما اما الحيض فقد علق الشارع احكام المكلف عليه في عدة اخبار كقوله لا تقبل
صلوة حائض الا بخمار وقوله اذا بلغت المحيض لا يصلح ان يرى منها الا هذا واشار الى الوجه والكفين واما الحمل فهو مسبوق بالانزال لان الولد لا يخلق الا من ماء
الرجل وماء المرأة كما نبه عليه تعالى بقوله من نطفة امشاج اي مختلطة من ماء الرجل بماء المرأة فهو دليل على سبق البلوغ الا ان الولد لا يتيقن الا بالوضع
فاذا وضعت حكمنا بالبلوغ قبل الوضع بستة اشهر وشيء ان ولدته تاما لكن لا فرق بين كون ما ولدته تاما وغير تام اذا علم انه ادمي او مبدأ نشوه
كالعلقة اذا تقرر ذلك فقول المص بل قد يكونان دليلا ليس لترديده وجه لانهما لا يكونان الا دليلا وانما اتى بقد للتقليل لانهما مسبوقان غالبا بغيرهما
من العلامات خصوصا السن وقد لانهما على البلوغ بحيث يتوقف علم عليهما نادر فناسبه التقليل ويمكن ان يكون التقليل في الحيض اشارة الى فائدة اخرى
هي انه وغيره من الاصحاب حكموا في باب الحيض بان الدم الحاصل قبل التسع لا يكون حيضا وان كان بصفته وانما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها واذا كان كذلك
فينتفي فائدة دلالته لانه قبلها لا اعتبار به وبعدها لا يفتقر اليه ويمكن ان تظهر فائدته في المجهول سنها فانها اذا رات ما هو بصفته جامعا لشرائطه
في القلة والكثرة يحكم بكونه حيضا ويكون دليلا على سبق البلوغ لان هذا لا يحكم بكونه قبل التسع مع انه يدل لاصالة الغالب على ان مثله لا يقع الا بعد
التسع سنين ويتناوله دلالة النصوص على كون الحيض موجبا للاحكام لانه حيض لغة وعرفا فظهر مناسبة قد التقليلية هنا ومعنى دلالتهما على سبقه
انهما اذا وضعا يحكم ببلوغ المرأة قبلهما فلو اوقعت عقدا قبلهما بلا فصل يحكم بصحته قوله الخنثى المشكل اه لما كان الخنثى المشكل منحصرا في الذكورية او
الانوثية وانما اشتبه حكمه في الالحاق باحدهما فمتى حصل له وصف من اوصاف البلوغ يتحقق فيهما اما الاشتراك بينهما كالانبات او لالحاق الاخر بطريق اولى
كبلوغ خمس عشرة او بكونه جامعا للوصفين على التقديرين كما لو امنى من الفرجين يحكم ببلوغه لانه ان كان ذكرا فقد امنى من فرجه المعتاد وان كان انثى فكذلك ومثله
ما لو امنى من فرج الذكر بعد مضي تسع وان كان الامناء من الذكر لانه ان كان انثى فقد بلغ بالسن وان كان ذكرا فقد امنى في وقت امكانه اما لو امنى من احدهما
خاصة فانه لا يحكم ببلوغه لجواز كون ذلك الفرج زائدا فلا يكون معتادا ومثله ما لو حاض من فرج النساء خاصة هذا هو الذي اختاره اكثر العلماء ولبعض
العامة قول بان ذلك كاف في البلوغ لان خروج المني من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا كما يحكم به لو خرج البول منه خاصة وكذا القول في الحيض والمني من فرج الانثى
ولان خروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين ومتى ثبت التعيين كان دليلا على البلوغ فخروج احدهما اولى لان خروجهما
يفضي الى تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور ان يجتمع حيض صحيح ومني رجل ونفى في كره الباس عن هذا القول وهو في محله نعم لو صادف ذلك معتاد اقوى
الدلالة والمحيضة من فرج الاناث وامناؤه من فرج الذكور فدلالته على البلوغ واضحة لانه ان كان ذكرا فقد امنى وان كان انثى فقد حاضت وللعامة قول بعدم
ثبوت البلوغ بذلك لتعارض الخارجين واسقاط كل واحد منهما الاخر ولهذا لا يحكم والحال هذه بالذكورة ولا بالانوثة فيبطل دلالتهما كالبينتين اذا

 بما افسده وهو يعد في المسئلة وفي كرة الاقرب دلالتها على البلوغ وهو كذلك قوله الرشد آه ليس مطلق الاصلاح موجبا للرشد بل الحق ان الرشد ملكة نفسانية تقتضي اصلاح المال وتمنع من افساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بافعال العقلاء واحترزنا بالملكة عن مطلق الكيفية فانها ليست كافية بل لا بد فيها من ان تصير ملكة يعسر زوالها وبافضائها اصلاح المال عما لو كان غير مفسد له لكن لا رغبة له في اصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء فان ذلك غير كاف في تحقق الرشد ومن ثم يعتبر باعتنائه بالاعمال اللائقة بحاله كاسبا او بمنعه عن افساده عما لو كان له ملكة الاصلاح والبذل وجمع المال ولكن ينفقه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله فانه لا يكون رشيدا قوله وهل يعتبر العدالة آه اعتبر الشيخ في تحقق الرشد اصلاح المال والعدالة فلو كان مصلحا لماله غير عدل في دينه او بالعكس لم يرتفع عنه الحجر وهو مذهب جماعة من اصحابنا منهم الشافعي واحتجوا على ذلك بقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقد روي ان شارب الخمر سفيه فيثبت في غيره اذ لا قائل بالفصل وبما روي عن ابن عباس في قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا هو ان يبلغ ذا وقار وحلم وعقل واكثر اهل العلم على عدم اعتبارها والاكتفاء باصلاح المال على الوجه الذي ذكرناه لان المفهوم من الرشد عرفا ذلك وهو المعتبر حيث لم يحد شرعا ولان الرشد نكرة مثبتة فلا تفيد العموم في كل ما يصلح لدليل يصدق في صورة ما ولا ريب في ثبوته لمصلحة ماله وان كان فاسقا ولان الكافر لا يحجر عليه بكفره فالفاسق اولى وانما يعتبر على القول بها في الابتداء لا في الاستدامة فلو عرض الفسق بعد العدالة قال الشيخ ره الاحوط ان يحجر عليه لم يحجر عليه لا دائما وعلى هذا يتوجه انها لو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك لوجود المقتضي واعلم انه لو اعتبرنا العدالة في الرشد لم يقم للمسلمين سوق ولم ينتظم للعالم حال لان الناس الا النادر منهم اما فاسق او مجهول الحال والجهل بالشرط يقتضي الجهل بالمشروط قوله وكذا لو لم يحصل آه هذا اعتبار موضع وفاق ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث زعم انه متى بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع اليه ماله وان كان سفيها قوله ويعلم رشده آه لما كان الرشد ملكة تقتضي اصلاح المال على الوجه المتقدم فلا بد من اختبار البالغ قبل الحجر عنه ذكرا كان او انثى ليعلم اتصافه بالملكة المذكورة وانما يتحقق ذلك بتكرر الفعل منه على وجه يصير ملكة له وكيفية الاختبار ان ينظر فيما يلائمه من التصرفات والاعمال فان كان من اولاد التجار فوض اليه البيع والشراء لا بمعنى ان يبيع ويشتري بل ما كثر في الاموال على هذا الوجه او يدفع اليه المتاع ليبيعه ويراعى الى ان يتم المساومة ثم يتولاه الولي ونحو ذلك وسيأتي الكلام فيه فاذا انكر منه ذلك وسلم من الغبن والتضييع واتلاف شيء من المال وصرفه في غير وجهه فهو غير رشيد وان كان من اولاد الاكابر الذين يصانون عن مباشرة البيع والشراء فاختباره بما يناسب حال اهله اما بان يسلم اليه نفقة لمدة معينة لينفقها في مصالحه او في مواضعها او بان يستوفي الحساب على معامليهم ونحو ذلك وان كان انثى لم تختبر بهذه الامور لان وضعها لم يكن لذلك وانما تختبر بما يلائم عادة امثالها من الاعمال كالغزل والخياطة وشراء الآلات المعتادة لامثالها بغير غبن وحفظ ما يحصل في يدها من ذلك وحفظ ما تليه من البيت واسبابه ووضعه على وجه وصون اطعمة البيت التي تحت يدها عن مثل الهرة والفارة ونحو ذلك فاذا انكررت هذه الافعال من المختبر على وجه افاد الملكة ثبت الرشد والا فلا قوله ويثبت الرشد آه المراد انه يثبت بشهادة رجلين فيهما وبشهادة اربع نساء في النساء لان رشد المرأة مما لا يطلع عليه الرجال غالبا فلو انحصر في ثبوت رشدهن على شهادة الرجال لزم الحرج والضيق واليه اشار بقوله دفعا للمشقة الا انه قضا وكذا يثبت بشهادة رجل وامرأتين بطريق اولى وبشهادة اربع خناثى قوله اما السفيه آه السفيه يقابل الرشيد فلما عرف المص الرشيد بانه المصلح لماله عرف السفيه بانه الذي يصرف ماله في غير الاغراض الصحيحة وقد عرفت ان الرشد لا يكفي فيه ذلك بل لا بد من ملاحظة اصلاح الموجود وتحصيل المعتد بالوجوه السائغة فيكون السفه ترك ذلك فيتحقق بترك الاشتغال بالاعمال التي ينبغي وقوعها من امثاله ولا يتعين صرف المال في غير الغرض الصحيح بكون ذلك ملكة له بان يكون ذلك من شانه فلا يقدح الغلط والانخداع نادرا لوقوعه من كثير من المتصفين بالرشد والمراد بغير الاغراض الصحيحة ما لا يلائم تصرفات العقلاء غالبا كتضييع المال واحتمال الغبن الفاحش في المعاملات والانفاق في المحرمات وصرف المال في الاطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله بحسب وقته وبلده وشرفه وضعته ومثله شراء الامتعة الفاخرة واللباس كذلك ونحوه واما صرفه في وجوه الخير كالصدقات وبناء المساجد والمدارس واقراء الضيف فان كان لا يليق به عادة لم يكن سفها قطعا وان زاد على ذلك فالمشهور انه كذلك اذ لا سرف في الخير كما لا خير في السرف وفي كره وان ما زاد منه على ما يليق به تبذير لانه اتلاف في المال وقال تعالى ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط وهو مطلق فيتناول محل النزاع لكنه لا يدل على مطلوبه لان الحكم بكونه تبذيرا يقتضي فساد التصرف والنهي لا يقتضيه ومن المستفيض خروج جماعة من اكابر الصحابة وبعض الائمة كالحسن من اموالهم في الخير اللهم الا ان يمنع من كون ذلك لا يليق بهم والكلام انما هو في ذلك كما لو صرف التاجر امواله كلها في عمارة المساجد وفك الرقاب ونحو ذلك كما مثل به المانع منه قوله فلو باع آه الضابط انه يمنع من جميع التصرفات المالية سواء في ذلك ما ذكر وغيره ولا فرق في ذلك بين ما ناسب افعال العقلاء وغيره ولا بين الذكر والانثى قوله لم يمنع آه وهذه الامور لا مال يضيع عليه فيها اما الطلاق والظهار فظ اذ ليس فيهما الاتلاف الاستمتاع ولو قال المظاهر كفر بالصوم واما الخلع ففيه كسب للمال فاولى بعدم المنع ولا فرق بين كونه بمهر المثل او دونه لجواز الطلاق بغير شيء ففيما كان من العوض اولى ويحتمل المنع بدونه اجراء له مجرى المعاوضة كالبيع بدون ثمن المثل والفرق واضح واما الاقرار بالنسب فان لم يوجب النفقة فقبوله واضح وان اوجبها اشكل من حيث استلزامه لوجوبها فينبغي ان لا ينفذ لانه تصرف في المال ويندفع بان الاقرار يتضمن شيئين احدهما الحاق النسب وهو ليس بمال فيجب ان يثبت والثاني الانفاق عليه وهو تصرف مالي فلا يثبت وان كان احدهما لا ينفك عن الاخر غالبا الا ان تلازمهما غير معلوم ومثله في الاقرار بما لا ينفك عنه ثبوت احدهما دون الاخر الاقرار بالسرقة مرة ولحدة من الحرز فانه يثبت به المال دون القطع وبالعكس لو اقر هذا السفيه بالسرقة فانه يقبل في القطع وح فينفق على من استلحقه من بيت المال لانه معد لمصالح المسلمين وهذا منها وللشهيد ره قول بانه ينفق عليه من ماله لانه فرع على ثبوت النسب ولان في الانفاق عليه من بيت المال اضرارا بالمسلمين فكما يمنع من الاضرار بماله كذلك يمنع من الاضرار بغيره ويضعف بان الاقرار انما نفذ فيما لا

 يتعلق بالمال كما قدمناه وبيت المال معد لمصالح المسلمين فكيف يمنع ان مثل ذلك يضر بهم اذ ذلك آت في كل من يأخذ منه جزما ولانه لو قبل في النفقة لامكن جعله وسيلة الى تضييع المال لان ذلك من مقتضيات السفه واما اقراره بما يوجب القصاص فان لم يستلزم فوات النفس لزم به لانه مكلف عاقل ولا خلاف فيه وكذا ان كان في نفس وطلب المقر له القصاص اما لو طلب المال ففي اجابته اليه نظر من وجوب حفظ النفس التي هي اولى من حفظ المال ومن انه مفوت للغرض من الحجر لامكان ان يتواطأ مع المقر له على ذلك ليفوت المال والاقوى وجوب المال قوله ولو وكله اجنبي آه اي لم يسلبه اهلية التصرف مط وانما سلبه اهليته في المال خاصة وايقاع صيغة العقد ليس منه فاللام في التصرف اما للعموم بناء على ان مفرد المحلى به يفيد العموم او اراد العموم بضرب من المجاز ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث منع من تصرفه بذلك قوله ولو اذن له آه انما يجوز الاذن له فيه اذا عينه على وجه يؤمن معه تلف المال بان يعين له الزوجة والمهر مع احتمال الاكتفاء بتعيين الزوجة وانصراف اطلاق الاذن الى كونه بمهر المثل الا ان الاول انسب بالغرض من الحجر ولا يخفى ان جواز ذلك من الولي مشروط بالمصلحة كما لو باشر بنفسه بل هنا اولى وكذا القول فيما لو اذن له في غيره من التصرفات المضبوطة كبيع الشيء الفلاني بكذا فلو اطلق له الاذن كان لغوا لاستلزامه فوات الغرض من الحجر عليه قوله ولو باع آه الوجه هو الوجه لما ذكره من الوجه وخالف في ذلك الشيخ وجماعة فحكموا بعدم صحة تصرفه وان اذن الولي له فضلا عن اجازته له قوله والمملوك ممنوع آه لا فرق في المنع من تصرفه بدون اذن بين ان نقول بملكه وعدمه ويستثنى من المنع من تصرفه طلاقا فيجوز بدون اذن مولاه بل وان كره لان الطلاق بيد من اخذ بالساق واستثنى في كره ايضا ضمانه لانه تصرف في الذمة لا في العين ثم ان علم المضمون له بالرقية وقبل الضمان فلا رجوع له والا فله الرجوع لاعساره وسيأتي الكلام فيه قوله والمريض ممنوع آه اي ممنوع من تبرعاته على وجه النفوذ بدون اجازة الورثة لا انها تقع باطلة في نفسها والحاصل ان وصيته بما زاد عن الثلث تكون موقوفة على اجازتهم فان اجازوها صحت والا بطلت وهذا هو المشهور بل المذهب خلافا لعلي بن بابويه فانه اجاز وصيته بجميع ماله استنادا الى رواية قاصرة وحملت على من لا وارث له وعلى ما اذا اجاز الورثة قوله وفي منجزاته آه احترز بالتبرعات عن المعاوضات في مرض الموت كالبيع فانه يصح اذا وقع بثمن المثل ولو اشتمل على محاباة فهي من التبرعات والمنجزة المعجلة في حال الحياة كالهبة والعتق والمحاباة في البيع وتزويج المريض نفسها بدون مهر المثل واجارة نفسه كذلك وفي وقوع هذه وشبهها من اصل المال او من الثلث قولان احدهما انها من الاصل ذهب اليه جماعة من المتقدمين منهم المفيد والشيخ في احد قوليه وابن ادريس لانه مالك تصرف في ملكه فكان ماضيا كما لو تصرف صحيحا وعليه شواهد من الاخبار الا ان في طريقها عمارا وسماعة وهما فاسدا الرأي لكنهما ثقتان والثاني انها من الثلث ذهب اليه جماعة من المتقدمين منهم الصدوق والشيخ في احد قوليه وعامة المتأخرين ومنهم المص وهو الاقوى للنصوص الكثيرة الدالة عليه بعضها بالمفهوم وبعضها بالمنطوق وستأتي في مواضع ان شاء الله واعلم ان المص بعد حصره اسباب الحجر في الستة ذكر منها اربعة وقد تقدم ذكر المفلس وترك البحث عن المجنون ولقد كان الاولى ذكره كغيره ولعله ترك الفلس لمباحثه الاتية غير كاف وسيأتي الرد على ذكر ذلك قوله لا يثبت حجر المفلس آه لا اختلاف في توقف الحجر على المفلس على حكم الحاكم وقد تقدم وفيه وامّا السفيه ففي توقف الحجر عليه على حكمه او الاكتفاء بظهور سفهه قولان وكذا الخلاف في ارتفاعه بزوال سفهه او توقفه على الحكم فقيل انه ان سبق وهو الذي اختاره المص انه لا يحكم عليه به ولا يزول الا به لان السفه امر خفي والانظار فيه تختلف فناسب كونه منوطا بنظر الحاكم ووجه عدم التوقف فيهما ان المقتضي للحجر هو السفه فيجب تحققه واذا ارتفع زال المقتضي فيجب ان يزول ولظاهر قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم حيث علق الامر بالدفع على ايناس الرشد فلو توقف معه على امر اخر لم يكن الشرط صحيحا ومفهوم الشرط حجة عند المحققين والمفهوم هنا انه مع عدم ايناس الرشد لا يدفع اليهم فدل على ان مجرد السفه وزواله كافيان في اثبات الحجر ورفعه لان السفه والرشد متقابلان ولظاهر قوله فان كان الذي عليه الحق سفيها الاية اثبت عليه الولاية بمجرد السفه فتوقفها على امر اخر يحتاج الى دليل والاية الاخرى تشافي ما فيه كما مر وهذا هو الاقوى وفي المسئلة قولان اخران احدهما عدم توقف ثبوته على حكمه وتوقف رفعه عليه وهو اختيار الشهيد في اللمعة والثاني عكسه وقيل انه لا قائل به ولا نعلم به في الحجر عليه مع توقف الثبوت على حكمه وتوقف في الزوال قوله اذا حجر عليه آه لا فرق في جواز استرداده مع وجوده بين من بايعه عالما بحاله او جاهلا لان البيع في نفسه باطل فله الرجوع في ماله متى وجده واما اذا اتلف فلا يخلو اما ان يكون قد قبضه باذن صاحبه او بغير اذنه وعلى التقديرين اما ان يكون البائع عالما او جاهلا فان كان قبضه باذن صاحبه كان تالفا عليه لانه سلطه على اتلافه مع كونه سفيها ووجود السفه مانع من ثبوت العوض وقوله وان فك حجره وقيل لما قبله لانه اذا لم يلزم حال الاتلاف لا يلزم بعد الفك وهذا كله في العالم ظاهر اما الجاهل بحاله فاطلاق المص يشمله ووجهه ان البائع قصر في معاملته قبل اختبار حاله وعلمه بان العوض المبذول منه تابعا لا يتم مضيعا لماله ونقل في كره عن بعض الشافعية ان السفيه اذا اتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر قال ولا باس به وان كان السفيه قبض المبيع بغير اذن صاحبه واتلفه ضمنه مطلقا لان البيع الفاسد لا يقتضي الاذن في القبض فيكون متصرفا في مال الغير بغير اذنه فيضمنه كما لو اتلف مالا او غصبه بغير اذن مالكه قوله ولو اودعه آه وجه عدم الضمان تفريط المودع باعطائه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله ولا تؤتوا السفهاء اموالكم فيكون بمنزلة من القى ماله في البحر وقيل يضمن ان اتلفها او تلفت بتفريطه لان المالك لم يسلطه على الاتلاف وانما امره بالحفظ فقد حصل الاتلاف بغير اختيار صاحبها كما لو غصب والحال ان السفيه بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغير الا بسبب مع ان وضع اليد حال الاتلاف غصب وهذا هو الاقوى واختاره في كره وهو ظاهر عد وفي حكم الوديعة العارية والصبي والمجنون حكمهما فيما يقبض مضمونا كالبيع والقرض والغصب والاتلاف للمال بغير اختيار المالك كان كحكم السفيه واما الوديعة والعارية اذا اتلف بتفريطهما او اتلافهما ففي ضمانهما قولان اجودهما ذلك في الثاني دون الاول اما الاول فان الضمان باعتبار الاهمال انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بافعال المكلفين فلا يتعلق بالصبي والمجنون فلا يرد المعارضة بقوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي فان مفهومه على الوجوب والتكليف بالرد وهو منفي عنهما واما

الثاني فان اتلاف مال الغير مع عدم الاذن فيه سبب ضمانه والاسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف ومنه يعلم وجه ضمان ما يتلفانه من مال الغير بغير اذنه قوله لو فك حجره اه لما كان السفه علة الحكم بالحجر اما بنفسه او بحكم الحاكم على ما مر كان وجود العلة يقتضي وجود المعلول ومنها تعدد من غير فرق بين المرة والمرات وهذا مما لا خلاف فيه نعم في خصوصيته ذكره فائدة اخرى وهي ان علة الحجر اولا ما قيل انها مركبة من السفه والفسق فلا يزول الحجر الا برفعهما معا بالرشد والعدالة على ذلك القول واما بعد ارتفاعها فلا يبقى العلة للحجر الا السفه بخاصته فعوده يعيد الحجر وارتفاعه يرفعه وهكذا قوله الولاية في مال الطفل اه لا خلاف في كون الولاية عليهما للاب والجد له وان علا وانما الكلام في انهما اذا تشاحا او وقعا العقدين فهل يقع باطلا لاستحالة الترجيح او يقدم عقد الجد او عقد الاب الذي اختاره في كره في هذا الباب هو الثاني والكلام في المال امام التزويج فسيأتي وفي كتاب الوصايا من كره قال ان ولاية الاب مقدمة على ولاية الجد وولاية الجد مقدمة على ولاية الوصي والوصي للاب والجد اولى من الحاكم ومقتضى قول المص انهما ان لم يكونا فللوصي ان وصي الاب لا حكم له مع الجد كما في كره وهو كك وان علا الجد ويأتي في ترتيب الاجداد للاب واشتراكهم مع وجود الاعلى والادنى ما مر في الاب والجد من الخلاف ولو جعل الاب والجد للوصي ان يوصي او جوزنا للوصي ذلك وان لم ينص له فحكم وصيه حكمه فيقدم وصي الوصي وان تعدد على الحاكم والمراد بالحاكم حيث يطلق في ابواب الفقه الفقيه الجامع لشرايط الفتوى اجماعا قوله اما السفيه والمفلس اه اما المفلس فظاهر واما السفيه فاطلاق المص يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد ومن بلغ سفيها وهو اشهر القولين في المسئلة ووجهه على ما اختاره سابقا من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ورفعه عليه ظ لكون النظر اليه وقيل ان بلغ سفيها فالولاية للاب والجد ثم وصي احدهما ثم الحاكم كالصبي وان بلغ رشيدا ثم تجدد سفهه فامره الى الحاكم دونهما وهو اجود استصحابا للحكم ولانتهائها في الاول وارتفاعها في الثاني فيحتاج عودها الى دليل والحاكم ولي عام لا يحتاج الى دليل نعم يتخلف اذا تقدم عليه غيره وقد انتفى هنا قوله اذا احرم بحجة واجبة اه السفيه حكمه في العبادات البدنية والمالية الواجبة حكم الرشيد الا انه لا يمكن من صرف المال ولا تفريق الحقوق فاذا اذن بحج واجبا فلا اعتراض للولي عليه سواء زادت نفقته سفرا عن الحضر ام لا لتعينه عليه ولكن يتولى النفقة عليه الولي او وكيله الثقة ولا فرق في ذلك بين الواجب بالاصل وبالنذر كما اذا تقدم سببه على الحجر واما اذا كان الحج مندوبا فكك مع عدم زيادة نفقته على الحضر لعدم الضرر واما اذا احتاج الى زيادة فان كان يكتسبها في السفر فكك لانتفاء الضرر عن المال المحجور عليه فيه وربما اشكل بانه يصير باكتسابه من جملة ماله فيجب الحجر عليه فيه فيكون كالسابق واجيب بانه قبل لم يكن مالا وبعده صار محتاجا للنفقة وبان الاكتساب غير واجب على السفيه وليس للولي قهره عليه فلا يلزم من صرفه ما يحصل الاتلاف لشيء من المال الذي تعلق به الحجر والجواب الاول انما يتم لو لم يمكنه العود او امكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال والا لم ينفعه احتياجه الى النفقة وفي الثاني ان الاكتساب عليه وان كان غير واجب الا انه اذا اكتسب بالفعل صار من جملة المال ولزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر وكان بعد التلبس بالحج او قبله ولم يمكن العود الا بصرف زال الاشكال ويفهم من قوله وان لم يكن كك حلله الولي ان احرامه ينعقد على كل حال و يشكل مع الاخلال بالشرايط للنهي عنه المقتضي للفساد في العبادة ويمكن دفعه بان النهي هنا ليس عن ذات العبادة ولا عن شرطها لان المنع ليس لا شرط فيه المال فينعقد اذ النهي عن اتلاف المال الزايد فطريق اسند واكد تحليل الولي بالصوم لانه كالمحصر حيث يحرم عليه الذهاب للاكمال وان كان الامر خارج كعجزه عن النفقة هنا ان جعلنا الدم الاحصار بدلا والا بقي على احرامه الى زمان الفك وعلى القول بالبدل فهو عشرة ايام كما مر في الحج وروي ثمانية عشر يوما واما بخصوص هذه المسئلة فلا نص فيها عندنا قوله اذا حلف فحنث كفر اه لما كان السفيه انما يمنع من التصرفات المالية فاذا حلف على فعل شيء او تركه حيث تكون اليمين منعقدة في غيره ينعقد يمينه لانه لا يتعلق بالمال ومثله نذره ذلك وعهده اما لو كان متعلق النذر نفس المال بان نذر ان يتصدق بمال مثلا فان كان معينا بطل النذر وان كان في الذمة صح وروعي في الوفاء بها الرشد اذا تفرد ذلك فاذا حلف مثلا على شيء وحنث عليه الكفارة قطعا لانه بالغ عاقل وهل يكفر بالصيام بالمال تردد المص ووجه التردد من انه ممنوع من التصرف المالي فيكفر بالصوم كالعبد والفقير ومن ان الكفارة تصريح وليجه عليه وهو بالك للمال فيخرج من المال كما يخرج من الواجبات من الزكوة والخمس ومؤنة الحج الواجب والكفارة التي قد سبق وجوبها الحجر ويضعف بان هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره فلا تصرف له في المال وانما الحاكم بر الله ثم بخلاف الكفارة في المتنازع فان سببها مستند الى اختياره في مقتضى مخالفة اليمين فلو اخرجها من المال امكن جعل ذلك وسيلة الى اذهابه لان مقتضى السفه توجب صرفه على ما لا ينبغي والاولى انه يكفر بالصوم وقطع به العلامة في كتبه جمع في كره من غير نقل للتردد ولا الخلاف ويتبين من هذا البحث الكلام في الاتفاق على من استلحقه من الانساب باقراره قوله لو وجب له القصاص اه هذا عندنا واضح لان موجب العمد القصاص خاصة وهو ليس بمال وانما يثبت المال بالصلح والتراضي بخلاف ما يوجب الدية لانه تصرف مالي فيمنع منه ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جعل الواجب في العمد احد الامرين القصاص او المال فلا يصح عفوه ولو طلب في العمد القصاص فله ذلك لانه موضوع للتشفي والانتقام وهو صالح له فاذا جاز له العفو عنه مط فعفوه عنه على مال اولى فحيث يثبت يصالحه لا يسلم اليه بل الى الولي قوله يختبر الصبي اه قد تقدم ان الرشد لا يتحقق الا باختباره بما يلايمه من التصرفات والاعمال ويبين هنا ان محل هذا الاختبار قبل البلوغ لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ووجه الدلالة على ذلك من وجهين احدهما جعل متعلق الابتلاء اليتامى والمراد بهم لغة وشرعا من لا اب له وهو دون البلوغ فالبالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقة واطلاق اللفظ محمول على الحقيقة اذا لم يمنع منها مانع وهو منتف هنا والثاني قوله حتى اذا بلغوا النكاح جعل غاية اختبارهم البلوغ فدل على ان الاختبار قبله ولان تاخير الاختبار الى البلوغ يؤدي الى الاضرار به بسبب الحجر عليه ومنعه ماله مع جواز كونه بالغا رشيدا لان المنع يمتد الى ان يختبر ويعلم رشده وربما طال زمانه بسبب لطف الملكة السابقة فاذا امكن دفع هذا الضرر بتقديم الاختبار كان اولى وهذا مما لا خلاف فيه عندنا وانما خالف فيه بعض العامة وجعله بعده ثم شرع في القواعد جملا اعبارتها على ان الاختبار بعد البلوغ وجعل الخلاف في صحة البيع الواقع

بالاختبار

بالاختبار متفرعا على ذلك ولا ضرورة داعية اليه اذا تقرر ذلك فنقول اذا كان الاختبار بمثل البيع لمن هو من اهله فماكس الصبي فيه وظهر رشده واوقع العقد فكونه صحيحا ام لا وجهان احدهما الوقوع لامره تعالى بالابتلاء وهو يقتضي كون الفعل الصادر من الصبي معتبرا خصوصا على القول بان افعاله شرعية ومع ذلك فلا بد من انضمام اذن الولي له لان اعطاء المال وامره به اذن فيجب ان يكون صحيحا والثاني عدمه لمنع دلالة الامر بالابتلاء على الصحة بل غايته استفادة الرشد بما به الابتلاء اما كونه صحيحا ام لا فهو خارج عن مقتضاه وهذا هو الاقوى وعلى هذا فكيفية اختباره ان يأمره الولي بالمساومة في السلع ويمتحنه بالممارسة والمساومة وتقرير الثمن فاذا آل الامر الى العقد عقده الولي فاذا راه قد استقر رايه على الشراء بثمن المثل وارادة البيع مرة بعد اخرى علم رشده وفيه من ذلك ان يشتري الولي سلعة ويتركها في يد البايع او يعطيه متاعا من امتعته ويواطيه على بيعه من الصبي فان اشتراه منه وفعل ما فيه الصلاح كك دل على الرشد واعلم ان العلامة في التحرير رجح صحة البيع مع اذن الولي كما هو المفروض وفي كره والارشاد قطع بعدمه وفي عد تردد

كتاب الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بمال او نفس اعلم ان للضمان معنيين احدهما اعم من الاخر وهذا التعريف للضمان بالمعنى الاخص والحوالة والكفالة فيكون هذه الثلثة اقسامه والضمان بالمعنى الاخص قسيما للاخرين والكلام في كون الضمان هو العقد الدال على التعهد او نفس التعهد قد تقدم البحث على نظيره في البيع وان التحقيق انه الثاني واطلاقه على العقد بطريق المجاز اقامة للسبب مقام المسبب وشرعية العقد المذكور للتعهد اعم من كون اثره يحصل معه وعدمه فيشمل الصحيح والفاسد ولو ادعى ان المفهوم حصول التعهد وان اللفظ دال عليه كان تعريفا للصحيح وهو ايضا صحيح واعلم ان الضمان مشتق عندنا من التضمن لانه يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة اخرى او لان ذمة الضامن يتضمن الحق فالنون فيه اصلية بناء على انه ينقل المال من الذمة الى الذمة وعند اكثر العامة انه غير ناقل وانما يفيد اشتراك الذمتين فاشتقاقه من الضم والنون فيه زايدة لانه ضم ذمة الى ذمة فيتخير المضمون له في المطالبة قوله والتعهد بالمال لاحد الاقسام التعهد بالنفس وهو الكفالة والتعهد بالمال ممن ليس له عليه مال هو الضمان بالمعنى الاخص وممن عليه هو الحوالة وفيه انه سيأتي من مذهبه ان الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمة المحال عليه للمحيل فيدخل هذا القسم في الضمان الاخص ويختل التقسيم بالتداخل ولا بد فيه مما يقوله ثم ان هذا القسم بالضمان اشبه لان الاشبهة لم يخرجه عن معنى الحوالة ايض ويمكن دفع الاشكال بان التقسيم جار على محل الوفاق او باعتبار القسم الاخر للحوالة وهو تعهد مشغول الذمة للمحيل ليكون هو احد الاقسام الثلثة خاصة وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا خاصا وحوالة يسهل معه الخطب قوله ضمان المال اه لما كان الضمان بالمعنى الاعم منقسما الى الاقسام الثلثة انقسام الكلي الى جزئياته فاطلاقه على كل واحد منها بطريق الحقيقة فيصح اطلاق الضمان على الحوالة والكفالة حقيقة الا ان المعنى المتبادر من الضمان شرعا عند اطلاق لفظه من غير قيد هو الضمان ممن ليس عليه مال للمضمون وهو المعنى الاخص له واما الاخران وهما الحوالة والكفالة فانما يفهم منهما معنى الضمان مع انضمام لفظ اخر اليه وهو ضمان النفس او ضمان مشغول الذمة للمضمون ونحو ذلك ولكن يبقى فيه اشكال وهو ان ذلك يقتضي كون اطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة لان من علامات صحة الاطلاق من غير قيد كما ان توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم اليه دليل المجاز فكيف يجتمع كونهما من افراد الكلي بطريق الحقيقة وافتقارهما مع ذلك في صحة الاطلاق الى قيد وجوابه ان المنضم اليهما بحيث صار افردين له بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان وذلك لا ينافي كونهما مجازين بالنظر الى الضمان المطلق الذي هو قسيمهما والحاصل انه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء ومثل هذا البحث ياتي في الماء فانهم قسموا مطلق الماء الى الماء المطلق و المضاف مع ان اطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز لافتقاره الى القيد الا انه فرد حقيقة من مطلق الماء ومنشأ الاختلاف باختلاف الوجهين لكن لما اشتهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى لوحظت الحقيقة والمجاز باعتبار المشتهر خاصة وفيه بحث قوله ولو ضمن المملوك اه الكلام هنا يقع في مواضع احدها ضمان العبد بغير اذن سيده وفي صحته قولان احدهما وبه قطع المص من غير نقل خلاف عدم الصحة لان العبد لا يقدر على شيء كما وصفه الله تعالى به وذمته مملوكة للمولى فلا يملك اثبات شيء فيها الا باذنه ولان الضمان يستلزم اثبات مال في الذمة فيمنع منه بدون اذن المولى كما يمنع من النكاح كك ويرد على الاول ضمانه لما اتلفه او غصبه او جناه في ذمته بغير اذن المولى فلو توقف شغل ذمته مط على اذن المولى لم يلزمه هنا شيء الا ان يفرق بان ذلك لا بعد التزاما بل حكم شرعي صنوعي على القهر بسبب فوقع بغير اختيار مستحقه ومن ثم لزم ذلك الصبي والمجنون ايض مع عدم صحة ضمانهما اجماعا وعلى الثاني منع كون مطلق اثبات المال في ذمته ممتنع وهل هو الا محل النزاع والتمثيل بالنكاح لا يتم لبطلان القياس ومنع كون المانع فيه استلزامه لاثبات المال في الذمة ومن ثم امتنع وان عري العقد عن المهر بل لو بذله اجنبي وانما المانع الحجر واستلزام صحته وترتب اثره قدرة العبد الممنوع والاجماع عليه وثانيهما الصحة لانتفاء الضرر على المولى لان استحقاق المطالبة له انما يستقر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه كما لو استدان بغير اذن سيده وان افترقا بكون صاحب الدين لو وجد عين ماله كان له انتزاعها منه ولا يتصور ذلك في الضامن لتعلق حقه بالذمة لا يقال ان السيد يستحق ارثه بعد العتق بالولاء وثبوت الضمان يمنع الارث لانا نقول حكم الارث المذكور لا يمنع الضمان فان الارث متاخر عن الدين فما قبل انه دين يتقدم عليه ولهذا لا يمنع الارث اقراره بمال مع ان الملك يمنع منهما فدل على ان الارث ليس في حكم الملك مط كما ان الحجر لا يمنع الضمان لحق ورثته ويمنع ما هو ملكهم فعلى هذا يتبع به بعد العتق لان كسبه مملوك للمولى ولا يملك التصرف في مال مولاه وهذا القول قربه العلامة في كره والاقوى الاول الثاني على تقدير ضمانه باذن المولى واطلاقه فلم يشترط له الاداء من الكسب ولا الصبر الى ان يعتق فهل يتعلق بذمته او بكسبه قولان احدهما وهو الذي اختاره المص تعلقه بذمته فيتبع به بعد العتق لان اطلاق الضمان اعم من كل منهما والعام لا يدل على الخاص فلم يتضمن المولى ما يدل على التزامه في ملكه وكسبه ملكه ولان الاذن في الكل ليس اذنا في الجزء المعين وان كان لا يوجد الا في ضمنه كما حقق في الاصول والثاني انه يتعلق بكسبه لان اطلاق الضمان انما يحمل على الضمان الذي يستعقب الاداء فانه المعهود والاداء من غير مال السيد يمنع وكذا من ماله غير الكسب الا لكان هو الضامن لا العبد وهو خلاف المقدر فيكون في كسبه البحث في ذلك قريب مما لو اذن له في الاستدانة فينبغي ترتب قول ثالث وهو

ان السيد

ان الضمان يتعلق بالمولى ولا يختص بكسب العبد ولعل الاقوى الثالث على تقدير ثبوته في ذمته لو اذن له مولاه في الضمان في كسبه فقد قطع المص بصحته ووجهه ان كسبه مال مخصوص من اموال السيد فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مال بعينه وح فان وفى كسبه بمال الضمان فقد تم للمضمون له حقه والا ضاع عليه ما فضل فلو اعتق العبد قبل امكان تجدد شيء من الكسب فهل يبقى التعلق به ام يبطل الضمان لفوات المحل المعين لاداء المال لانصراف الاطلاق الى الكسب الذي هو ملك المولى وقد قلت الظاهر كلامهم الاول فان ذلك هو معنى الكسب فاذا اعتق صار كسبه وما في يده سواء ومع ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع كسبا وان اطلق عليه لغة لكن يشكل على هذا صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته لان السيد لا حق له فيه فلا مدخل لاذنه فيه والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء الا ان يوجه صحة ضمانه بغير اذن سيده كما مر فهنا اولى ويتفرع على ذلك ما لو مات العبد قبل امكان الاداء فهل يلزم المولى الاداء لما بقي بجملته لان اذنه له في الضمان في كسبه كاذنه في الضمان في مال بعينه من امواله فاذا اتلف المال يعود الضمان الى ذمة صاحب المال على الخلاف ولو قلنا بعدم عوده اليه فلا اشكال ويحتمل عدم لزومه للمولى وان قلنا به ثم لان الكسب ليس محض مال السيد بل حق له ولهذا قيل لو اعتق بقي متعلقا بكسب المعتق فدل على انه لم يتعلق بالمولى محضا والبحث في كلام الاصحاب هنا ما يدل على شيء وان كان الاوجه ابتناؤه على مسئلة تعيين الاداء من مال بعينه قوله وكذا لو شرط آه اي شرط الضامن كون ضمانه من مال معين من امواله فانه يصح الضمان وينحصر وجوب الاداء فيه لعموم قوله المؤمنون عند شروطهم وح فيتعلق به حق المضمون له وهل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن او كتعلق الارش بالجاني وجهان ماخذهما ان الضمان ناقل للدين الى ذمة الضامن لان موضعه انما هو الذمة وتخصيص هذا المال افاد انحصار المطالبة الان فيه ولم يخرج الذمة عن العهدة لان مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها وهذا وجه تعلق الرهن ومن ان الضامن لم يدخل ذمته مط وانما حصر الاستحقاق في المال المعين وجعله متعلق حق المضمون له فيحصر حقه فيه ابتداء من غير تعلق بالذمة واقويهما الاول وتظهر الفائدة فيما لو تلف بغير تفريط فعلى الاول ينتقل الى ذمة الضامن وعلى الثاني الى ذمة المضمون عنه اما الاول فظ لان تلف الرهن لا يسقط الحق واما الثاني فلان فوات العبد الجاني انما يسقط الحق من حيث وما لك المال هنا هو الضامن فيسقط عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالا تاما لانه لم يتعلق بذمته وانما تعلق بمال تعلقا ضعيفا فاذا فات عاد الى ما كان مع احتمال السقوط عنهما في الموضعين على التقديرين اما عن الضامن فلانه لم يقدم على الضمان الا في ذلك المال ولم يلتزم الاداء الا منه عملا بالشرط وقد فات فيبطل الضمان ويعود الى ذمة المضمون عنه واما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني فلان الضمان لما كان ناقلا برئت ذمة المضمون عنه بالضمان كيف كان فلم يبق للمضمون له عليه حق ولا الضامن الا بما ادى ولم يحصل الا ان المبنى عليه ضعيف لان الضمان ناقل لما في ذمة الى ذمة عندنا او ضام ذمة الى اخرى عند غيرنا فعدم تعلقه بذمته اصلا خارج عن القولين فيكون المبنى عليه اولى بالسقوط واختار في كره الرجوع الى الضامن مع التلف مط بناء على الوجه الاول والشهيد ره في بعض فتاويه اختار بطلان الضمان مع تلف المال من غير بناء له على وجه وهو متجه ويمكن دفع المنافاة بين التعلق بالذمة والمال المعين مع الحكم بالبطلان على تقدير تلفه بان يجعل التعلق بالذمة مشروطا بالاداء من المال عملا بمقتضى الشرط او يجعل هذا تعلقا براسه خارجا عن التعلقين اذ لا دليل على الانحصار فيهما وانما هما من مناسبات الشافعية وح فيجعل التعلق مخصوصا بالعين وفاء بالشرط فان التزام المال من غير المعين لم يتعلق به قصد الضامن ولا دل عليه لفظ ومما يبتني على الوجهين ما لو كان المال المعين اقل من الدين فعلى الاول يلزم الضامن الاكمال كما لو نقص الرهن عنه بناء على تعلق الدين بذمته ولم يحصل فيما عينه وفاء وهو الذي قربه في كره ويشكل بما مر فانه لم يلتزم في ذمته شيئا وغاية التنزل ان يكون التزم بقدر المال المعين فثبوت الزائد في ذمته بعيد وعلى الوجه الثاني لا اشكال في عدم ضمانه وايضا على الوجهين ايضا من يطالب ببيع المال ويحوله الى جنس الحق المضمون فعلى الاول يطالب الضامن قطعا كالرهن وعلى الثاني يحتمل جواز استبداد المضمون له به كالجاني خصوصا ان لم يفكه الضامن ويحتمل عدمه توقف التصرف على الضامن ايضا لان هذا التعلق لا يساوي تعلق الجناية بالجاني بكل وجه لان الجناية تعلقت بالعبد ابتداء ولم يتعلق بذمته اصلا بخلاف دين المضمون له هنا فانه كان متعلقا بذمته وفي تعلقه بذمة الضامن ثانيا ما مر من البحث فلم يفد هذا التعلق انحصار الحق فيه بكل وجه قوله ولا يشترط علمه آه القول باشتراط علم الضا[illegible] ما للشيخ ره في ط وفي لف اعتبر العلم بالمضمون عنه لا المضمون له ونفى الاشتراط فيهما في غيره وهو الاقوى اما عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه فلان الضمان [illegible] عنه وهو جائز عن كل مديون واما المضمون له فان اعتبرنا قبوله لفظا كما هو مقتضى العقد اللازم اقتضى ذلك تميزه ولا يعتبر ان لا بد من ذلك وان لم يعتبره كما [illegible] واتفق المبتلى المديون الذي امتنع النبي ص من الصلوة عليه حتى ضمنه علي ع لم يستفصل عنه بوجه وهذا هو الظاهر من عبارته حيث اعتبر رضاه ولا يعتبر فيه [illegible] لا مخصوصا ولا امتيازه هنا مع اعتباره ايضا المضمون عنه وبقي الكلام في اعتبار تميز المضمون عنه كما ذكره المص ووجهه ان الضمان يتوقف على القصد و[illegible] الى المضمون عنه والحق فلا بد من تميزه بوجه يرفع الجهالة ليمكن القصد اليه واما الحق فسيأتي الكلام فيه ويشكل بمنع توقف القصد على ذلك فان [illegible] قصد الى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلا في الذمة وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين والدليل انما دل على اعتبار القصد في العقد لا تمييز من كان عليه الدين فلو قال شخص مثلا اني استحق في ذمة شخص مائة درهم فقال له آخر ضمنتها لك كان قاصدا الى عقد الضمان عن اي من كان عليه الدين ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك والى ذلك مال في كره حيث قال وهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره الاقرب العدم بل لو قال ضمنت لك الدين الذي لك على من كان من الناس جاز نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن اي من كان قوله ويشترط رضاء المضمون له آه المشهور اشتراط رضاء المضمون له في صحة الضمان لان حقه يتحول من ذمة غريمه الى ذمة الضامن والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء فربما كان المضمون له لا يرضى بالغريم الجديد لنقصه عنه فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر والغرر وللشيخ ره قول بعدم اشتراطه محتجا بان عليا ع وابا قتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يسئل النبي ص عن رضى المضمون له واجيب بانها واقعة لا عموم لها وبان ذلك انما يدل على عدم بطلان الضمان قبل علمه ورده ونحن نقول بموجبه لانه صحيح ولكن لا يلزم الا برضاء المضمون له والاقوى اشتراط رضاه في صحته

وكذا لو شرط ان يكون الضمان من مال معين ولا يشترط علمه بالمضمون له ولا بالمضمون عنه وقيل يشترط والاول اشبه لكن لا بد ان يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان عنه ويشترط رضا المضمون له
متن

عبد الله بن سنان عن الصادق ع وعلى هذا القول فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراخي ام لا بد من كونه بصيغة القبول اللفظي قولان اجودهما الثاني لانه ٢٥٣
عقد فلا بد فيه من القبول ولاصالة بقاء ما كان من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن وعدم انتقال الحق المضمون له الى ان يتحقق المزيل وح فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول وكونه بلفظ الماضي واللفظ العربي لانه من العقود اللازمة ووجه العدم قضية علي ع واصالة عدم الاشتراط ومخالفته لغيره من العقود المملكة لان الضمان لا يثبت ملكا جديدا وانما يوثق به الدين الذي كان مملوكا وفيه ان استحقاق المضمون له ما ضرب من التملك ثم ينتقض بالرهن فان فائدته التوثق مع اشتراطه فيه قوله ولا عبرة برضاه آه هذا موضع وفاق ولان اداء الدين كما يجوز بغير اذنه فالتزامه في الذمة اولى ولصحة الضمان عن الميت كما مر في واقعة المصلى عليه ولا يتصور رضاه قوله ولو انكر بعد الضمان آه اي انكر المضمون عنه الضمان فانه لا اثر له لانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء لا عبرة بانكاره بعده وربما فسر الانكار بعدم رضاه بالضمان وعلى التقديرين لا عبرة به ونبه بالاصح على خلاف الشيخ ره وجماعة حيث حكموا ببطلانه بانكاره وهو ضعيف جدا قوله ومع تحقق الضمان آه هذا عندنا موضع وفاق وقد تقدمت الاشارة اليه في التعريف وخالف فيه كافة الجمهور وتظهر الفائدة في مواضع ياتي بعضها ومعنى براءة المضمون عنه براءته من حق المضمون له لا مطلق البراءة فان الضامن يرجع عليه بما اداه اذا ضمن باذنه كما سيأتي ولقد كان الحكم ببراءته مغنيا عن قوله ويسقط المطالبة عنه لانه لازم للبراءة قوله ولو ابرء المضمون له آه هذا من فروع المسئلة السابقة فان الضمان اذا كان ناقلا موجبا لبراءة المضمون عنه عن حق المضمون له فبراءته لا تفيد شيئا لعدم اشتغال ذمته عندنا نعم لو ابرء الضامن برئا معا اما الضامن فلان الحق عليه واما المضمون عنه فلان الضامن لا يرجع عليه الا بما اداه ولا اداء هنا وعند الجمهور ان كل واحد منهما ذمته مشغولة فاذا ابرء المضمون عنه برئ الضامن لسقوط الحق كما لو ادى المال ولو ابرء الضامن لم يبرء المضمون عنه لان الضامن عندهم كالوثيقة ولا يلزم من سقوطها سقوط الدين كفك الرهن آه نبه بذلك فصل المص على قول مشهور لنا يشعر بثبوت مخالف فيها لكن لم نقف عليه وفي كره ادعى اجماع علمائنا على ذلك ولعل اراد بذلك انه لم يتحقق الاجماع وان لم يجد مخالفا فان عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الاجماع وان كان المتفقون مائة كما نبه عليه المص في المعتبر وسيأتي في آخر الكتاب ما يشعر بخلاف الشيخ في ذلك قوله ويشترط فيه الملاءة آه انما يشترط ذلك في لزوم الضمان لا في صحته كما نبه عليه بعد بقوله كان للمضمون له فسخه والمراد بملاءة الضامن التي هي شرط اللزوم ان يكون مالكا لما يوفي به الدين فاضلا عن المستثنيات في البيع للدين ومن جملتها قوت يوم وليلة وانما تعتبر الملاءة ابتداء لا استدامة فلو تجدد اعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ لتحقق الشرط حين الضمان فلا يقدح تخلفه بعد ذلك كغيره من الشروط وكما لا يقدح تجدد اعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدح تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان قوله اما لو ضمن ثم بان آه لما كان عقد الضمان مبنيا على الارتفاق والقصد منه استيفاء الدين من الضامن وانما يكون ذلك اذا امكن الاداء منه بايساره فاذا فات المقصود ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر على الضامن وبين فسخ العقد والرجوع على المضمون عنه وهل الخيار على الفور لم اقف فيه على شيء والاصل يقتضي امتداده الى ان يثبت المزيل قوله والضمان المؤجل آه لما كان مبنى عقد الضمان على الارتفاق وتسهيل الامر على المضمون عنه كان الضمان المؤجل للدين الحال جائزا لتحقق الغرض المطلوب منه وهو موضع وفاق وليس هذا تعليقا للضمان على الاجل بل تاجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم واما عكسه بان يضمن المؤجل حالا فهو مناف للغرض منه كما ذكرناه فمن ثم منعه الشيخ ره وجماعة لذلك ولان ثبوت المال في ذمة الضامن فرع ثبوته في ذمة المضمون عنه والفرع لا يكون اقوى من الاصل ويضعف بان المنتقل هو الدين واما الاجل فاذا اسقطه المديون وادى المال حالا جاز فكذا اذا كان الضمان كذلك لانه في معنى الاسقاط له ولو كان الضامن متبرعا بالضمان فاولى بعدم الاشتراط اذ لا رجوع له على المضمون عنه فيكون في معنى ما لو ادى عنه دينه المؤجل قبل الاجل وهو جائز وربما قيل بالمنع مط لان شرط صحة الضمان وجوب الحق على المضمون عنه والاجل حق من حقوق الدين وتعجيله غير واجب عليه فيكون ضمانه كل ضمان ما لم يجب وهو غير صحيح وفيه نظر لان الممنوع منه الذي لم يجب هو المال لا الاجل لانه مدلول لما الذي هو متعلق الضمان هو المال لانه المضمون واما الاجل فلا يتعلق به الضمان وان كان من توابع الحق واوصافه الا ان دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعية وهو حق المديون فاذا رضي الضامن باسقاطه وتعجيل [illegible] الايفاء فقد ضمن ما يجب وهو المال الذي باسقاط الوصف لا يرد انه غير واجب الاداء بسبب الاجل لانه واجب في الجملة غايته انه موسع وذلك لا يخرجه عن اصل الوجوب خصوصا اذا انضم الى رضاء الضامن بذلك رضى المضمون عنه والاقوى الجواز مط اذا تقرر ذلك فنقول الحق المضمون لا يخ اما ان يكون حالا او مؤجلا وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا اما ان يكون الاجل الثاني مساويا للاول او انقص او ازيد وعلى التقادير اما ان يكون الضمان تبرعا او بسؤال المضمون عنه فالصور اثنتا عشرة كلها جائزة على الاقوى الا ان موضع الخلاف فيهما غير محرر فان اطلاق عبارة المص ان الضمان متى كان مؤجلا فالاجماع منعقد على جوازه وهو شامل لما لو كان الحق مؤجلا مع قصور اجل الضمان ومساواته وتعليل المانع من الحلول يقتضي المنع منهما بين الصورتين لانهم عللوا المنع من الحال على ما نقله في لف وغيره ان الضمان ارفاق فالاخلال به يقتضي تسويغ المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فينتفي فائدة الضمان وهذا التعليل بعينه آت في الاجل المساوي والقاصر ويقتضي ان الضامن لو كان متبرعا لم يضر لانتفاء المانع من التسلط على المضمون عنه والشيخ فخر الدين منع من ضمان الحال الا لهذه العلة بل لانه ضمان ما لم يجب وهو شامل للاجل القاصر عن اجل الدين كما هو شامل للحال ومخرج للمساوي وبالجملة فاطلاق كلام الشيخ واتباعه يقتضي ما افاده المص وتعليلهم يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين واما الضمان حالا فان كان الدين مؤجلا فقد اتفق المانعون على منعه نقلا وتعليلا وان كان حالا فالشيخ فخر الدين واتباعه جوزوه لوجوب الحق والشيخ واتباعه منعوه لعدم الارتفاق والمتبرع عند المعلل بوجوب الحق كغيره وعند المعلل بالارتفاق متخلف وقد ظهر بذلك ان محل النزاع غير محرر ولعل ان الخلاف واقع فيما عدا المؤجل بالحال او الزائد اجله عن اجل الاصل بقي في المسئلة بحث آخر وهو انه على القول بجواز ضمان المؤجل حالا او تاجيله بدون الاجل الاول لو اذن المضمون عنه للضامن في ضمانه كذلك ومط فهل يحل عليه الدين او ينقص الاجل على تقدير ضمان الضامن له كذلك ام

ولا عبرة برضا المضمون عنه ولو انكر بعد الضمان لم يبطل على الاصح ومع تحقق الضمان ينتقل المال الى ذمة الضامن ويبرء المضمون عنه وتسقط المطالبة عنه ولو ابرء المضمون له المضمون عنه لم يبرء الضامن على قول مشهور لنا ويشترط فيه الملاءة او العلم بالاعسار اما لو ضمن ثم بان اعساره كان للمضمون له فسخ الضمان والعود على المضمون عنه والضمان المؤجل جائز اجماعا وفي الحال تردد اظهره الجواز
متن

يبقى

٢٥٣ يبقى عليه الاجل كما لو كان فلا يرجع عليه الضامن على حلوله وان ادى قبله اجبر لتعذر الرجوع عليه كما ادى في الحالين اما مع التصريح بالاذن فلان الضمان في حكم
الاداء وهو اذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاؤه استحق مطالبته ولان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن واما مع الاطلاق
فلتناوله التعجيل فيكون ماذونا فيه ضمنا لانه بعض ما يدل عليه اللفظ وثانيها التفصيل فيرجع عليه مع التصريح لا مع الاطلاق اما الاول فلما مر واما الثاني
فلان الاطلاق انما اقتضى الاذن في الضمان وذلك لا يقتضي حلول الحق على المضمون عنه لانه لا يحل عليه الا باسقاطه او باشتراطه في عقد لازم وهو منتف
ولا دليل في الاذن المذكور على حلول الاجل باحدى الدلالات ولاصالة بقاء الاجل وهذا الوجه اقوى مع التصريح له في الضمان حالا ان لم يصرح له بالرجوع
عليه حالا ايضا وثالثها عدم الرجوع عليه الا بعد الاجل مطلقا لما ذكر ولان الاذن في الضمان وان كان حالا انما يقتضي حلول ما في ذمة الضامن ولا يدل على حلول
ما في ذمة المضمون عنه باحدى الدلالات وهذا هو الاقوى واعلم ان العلامة قطع في لف بالاخير ولم يذكر غيره وفي عد استشكل في الحلول مع السؤال فقطع ولده بان
الاشكال انما هو مع الاطلاق لا مع التصريح بالسؤال حالا فانه يقتضي الحلول على المضمون عنه وقطع المحقق الشيخ علي بضده وهو ان الاشكال انما هو مع التصريح
بالحلول اما مع الاطلاق فلا اشكال في عدم الحلول وهو موافق لما في كره فانه قطع بعدم الحلول مع الاطلاق واستشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم استقرب
عدم الحلول والحق ان الاشكال واقع على التقديرين كما بيناه قوله ولو كان المال حالا الخ هذا هو الموضع المتفق على جوازه واعاده لينبه على حكم المطالبة
وحاصلها ان المضمون عنه لا يطالب قبل الاجل مطلقا اما من المضمون له فلانتقال دينه عنه الى ذمة الضامن واما من الضامن فلانه ليس له المطالبة الى ان
يؤدي وان كان حالا فهنا اولى واما الضامن فلا يستحق عليه المطالبة قبل الاجل ايضا عملا بمقتضى الشرط وهذه المسئلة من فروع القول بانتقال الحق
الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه والقائل بالانضمام يجوز هنا مطالبة المضمون عنه حالا لبقائه على اصله ولم يجوز مطالبة الضامن الا بعد الاجل قوله
ولو مات الضامن الخ لما كان الميت يحل ما عليه من الديون المؤجلة بموته كان هذا من جملة افرادها فاذا ضمن الحال مؤجلا ثم مات قبل الاجل حل ما عليه من مال
الضمان واخذ من تركته وجاز للورثة مطالبة المضمون عنه لان الدين عليه حال لعدم حصول ما يقتضي تأجيله عليه لان المؤجل هو الدين الذي في ذمة الضامن
لا الذي في ذمته الا ان الضامن لما لم يستحق الرجوع الا بالاداء وكان موته مقتضيا لحلول دينه فاذا اخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه ومثله
ما لو دفع الضامن الى المضمون له الحق قبل الاجل باختياره فان له مطالبة المضمون عنه لما ذكر وهذا بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه من
كذلك فانه بحلوله عليه بموته لا يحل على المضمون عنه لان الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الاخر كما لا يحل عليه المؤجل لو ضمنه الضامن حالا باذنه على ما سبق
قوله ولو كان الدين مؤجلا الخ هذا من جملة فروع المسئلة السابقة الاجماعية لان الاجل الزائد يحصل قبله الارتفاق المطلوب من الضمان والكلام فيه لو ادى قبل الاجل
او مات كما مر وتحريره انه ان ادى قبل حلول اجل الاصيل لم يكن له مطالبته الا بعده وان ادى بعد حلوله عليه وقبل حلول اجل نفسه فله مطالبته لانه قد صار على
الاصيل حالا والضامن قد ادى واسقط حق نفسه من الاجل الزائد وكذا القول لو مات فادى وارثه قوله ويرجع الضامن الخ احكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة
الى كون الضمان والاداء معا باذن المديون او احدهما او عدمهما اربعة اشار المص الى اثنين بالمنطوق واثنين بالمفهوم لاقتضاء لو الوصلية ثبوت الحكم
في المسكوت عنه بطريق اولى وحكم الاربعة كما ذكره هنا الا انه جمع وانما نبه بها على خلاف بعض العامة في بعض اقسامها بناء على ما سبق من انه غير ناقل ولاذن
المديون اثر على بعض الوجوه قوله وينعقد الضمان الخ انما ينعقد بالكتابة مع تعذر النطق لا مط كما صرح به غيره ولا بد مع ذلك من انضمام ما يدل على قصده
من اشارة ونحوها لامكان كونها عابثا ولا فرق في ذلك بين الضامن والمضمون له بناء على اعتبار قبوله لفظا وانما خص المص الضامن لعدم اعتباره القبول
اللفظي في الاخر كما سبق ولو عجز عن النطق والكتابة واشار بما يدل عليه صح ايضا كالاخرس والظاهر الاكتفاء بها وان قدر على الكتابة لان المعتبر تبين رضاه
بالقرائن والكتابة منها قوله وهو كل مال الخ قد تقدم ان عقد البيع يفيد تملك البايع للثمن والمشتري المبيع وان كان هناك خيار فالبيع موجب للملك
وان لم يكن مستقرا فيصح ضمان الثمن للبايع عن المشتري وللمشتري عن البايع اذا قبضه لجواز ظهور المبيع مستحقا وهو المعبر عنه بضمان العهدة فقول المص كالثمن
في مدة الخيار بعد قبض الثمن مراده انه يصح ضمان الثمن في مدة الخيار بعد قبضه وهذا الضمان قد يكون للبايع القابض له بان يضمن له عهدته على تقدير ظهوره
مستحقا على وجه لا يستلزم بطلان البيع كما لو كان غير معين في العقد او على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بارشه وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور
المبيع مستحقا ليرجع به وعلى التقديرين فالضمان انما هو لعهدته لا لنفسه فقوله كالثمن تشبيه للحق الثابت المتزلزل لا للمضمون اذ المضمون عهدته لا هو
نفسه والفرق يظهر في اللفظ والمعنى اما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد مثلا ونحوه وضمان العهدة ضمنت لك
عهدته او دركه ونحو ذلك واما المعنى فلان ضمانه نفسه يفيد انتقاله الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه منه وضمان العهدة ليس كذلك انما يفيد ضمان
دركه على بعض التقديرات قوله ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البايع اي لا يصح ضمان الثمن عن البايع قبل قبضه على تقدير ظهور المبيع مستحقا وقد قبض البايع الثمن
فانه ضمان ما لم يجب لانه لم يدخل بعد في يد البايع حال الضمان ليضمن عهدته فيكون كما لو ضمن ما يستدينه ونحوه وهو ايضا ضمان عهدته واحترز بقوله عن
البايع عن ضمانه عن المشتري للبايع فانه جائز سواء كان الضمان لنفسه بحيث ينتقل الى ذمة الضامن كما لو لم يكن معينا في العقد ام لعهدته كان يضمن للبايع
عن المشتري عهدة الثمن لو ظهر مستحقا وهذا انما يتم اذا كان الثمن غير معين اذ لا يبطل البيع باستحقاقه بل يرجع الى ثمن اخر واما اذا كان معينا وظهر مستحقا
فانه يبطل البيع ولا معنى لضمان عهدته للبايع انما يحتاج البايع الى ضمان عهدة المبيع نعم لو كان الضمان لتجويز كونه معيبا صح على التقديرين وقد ظهر لك
ان المراد في العبارة بضمان الثمن ضمان عهدته في اكثر الصور وربما اراد ضمانه نفسه في بعض مفهوماتها فوقعت مجملة تحتاج الى التفصيل وسيأتي فائدة
ضمان العهدة قوله وكذا ما ليس بلازم الخ المشبه به المشار اليه بذا يمكن كونه الحكم بالصحة في السابق وهو ضمان الثمن في مدة الخيار لمناسبة مال الجعالة
والسبق له في التزلزل وكون مآلهما الى اللزوم ولان المقصود بالذات في السابق هو ذلك واما قوله ولو كان قبله لم يصح فانه كالتتمة والرديف للسابق

ولو كان المال حالا فضمنه مؤجلا جاز وسقط مطالبة المضمون عنه ولو طالب الضامن الا بعد الاجل ولو مات الضامن حل واخذ من تركته ولو كان الدين مؤجلا الى اجل فضمنه الى ازيد من ذلك الاجل جاز ويرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه ان ضمن باذنه ولو ادى بغير اذنه ولا يرجع اذا ضمن بغير اذنه ولو ادى باذنه وينعقد الضمان بكتابة الضامن منضمة الى القرينة الدالة لا مجردة التاسع الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة سواء كان مستقرا كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار او معرضا للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البايع وكذا ما ليس بلازم لكن يؤول الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط وكمال السبق والرماية على تردد متن

ويمكن كونه هو هذا القريب وهو عدم الصحة لقربه وكلاهما جاريان في المسئلتين الشبيهتين وكذا قوله على تردد ويمكن تعلقه بالمسئلتين معا وبالاخيرة وهي حكم ٢٥٥
مال السبق والرماية والاول فيهما اوضح وتلخيص الحكم ان عقد الجعالة من العقود الجائزة يصح لكل من الجاعل والعامل فسخه قبل العمل وبعده ومن احكامه ان العامل
لا يستحق المال المجعول الا بتمام العمل فلو بقي منه شيء وان قل فليس له شيء بخلاف الاجارة حيث ان اجرتها موزعة على العمل بالنسبة فضمان ماله ان كان بعد
تمام العمل فلا ريب في صحته للزومه للجاعل وان كان قبله فقد اطلق المص الحكم بالصحة على الاول والبطلان على الثاني ووجه الصحة انه وان كان عقدا جائزا
والمال فيه ليس بلازم حالا لكنه يؤول الى اللزوم بتمام العمل وقد وجد سبب اللزوم وهو العقد فيكون كالثمن في مدة الخيار وفيه نظر لمنع وجود السبب فانه
العقد والعمل معا لا العقد وحده وانما العقد جزء السبب لم يحصل به ثبوت ولا لزوم فان ما بقي من العمل او مجموعه على تقدير عدم الشروع فيه لم يستحق بسببه
شيء وما مضى منه كذلك لانه لو ترك الباقي لم يستحق شيئا فيكون الباقي بمنزلة الشرط في استحقاق الجميع والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار واضح لان الثمن
ح ثابت في ذمة المشتري مملوك للبايع غاية ما في الباب انه متزلزل ومآله لو بقي على حاله من غير فعل اصلا الى اللزوم بخلاف مال الجعالة فانه لا ثبوت له اصلا
الى ان يكمل الفعل فالمتجه عدم الجواز نعم في قوله تع ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم دلالة على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل لانه ضمنه قبله وقد استدل
الفقهاء بهذه الاية على مسائل من الجعالة والضمان فليكن هذا منها الا ان البحث في ذلك مجالا وفي كره قطع بعدم الجواز قبل الشروع في العمل لانه ضمان
ما لم يجب واستقرب الجواز لو كان بعد الشروع واما مال السبق والرماية فلا شبهة في جواز ضمانه بعد العمل كما مر واما قبله فيبنى على انه هل هو جعالة او
اجارة وفيه خلاف ياتي ان شاء الله والاقوى انه عقد لازم كيف كان فيلزم المال فيه بالعقد ويصح ضمانه وقول المص وكذا السبق والرماية اراد به قبل كمال العمل
لانه من امثلة ما يؤول الى اللزوم وقد ظهر ان التردد يجوز كونه في الامرين معا وان عطفهما على الحكم بالصحة اولى نظرا الى قوله لكن يؤول الى اللزوم فان فيه ايماء
الى وجه الصحة قوله وهل يصح ضمان مال الكتابة الخ القول بعدم الصحة للشيخ ره بناء على ان الكتابة المشروطة غير لازمة من قبل العبد فلا يكون لازما للذمة
ولا يؤول الى اللزوم لانه لو عجز نفسه رجع رقا وبطلت الكتابة والضامن فرع المضمون عنه والاصح انها لازمة مط فيصح ضمان مالها ولو تنزلنا الى الجواز فالصحة
متجهة ايضا لان المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد غايته انه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق لانه في حكم الاداء بناء على انه
ناقل وامتنع التعجيز كما لو ادى المال بنفسه ولهذا يحصل الفرق بينه وبين الثمن في زمن الخيار فان اداء الثمن لا يمنع الخيار وغاية الضمان انه قبض فلا يمنع بطريق
اولى ومن هنا اشكل الجواز على تقدير الجواز لانه يؤدي الى اللزوم قهرا على المكاتب بناء على عدم اشتراط رضاء المضمون عنه في صحة الضمان فينافي الغرض من
بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب واعلم ان موضع الخلاف الكتابة المشروطة كما بينا اذ لا خلاف في لزوم المطلقة فاطلاقهما من المص غير جيد قوله
ويصح ضمان النفقة الخ لما كانت نفقة الزوجة تستقر في الذمة بفواتها لانها عوض عن التمكين ويجب في كل يوم حاضر بطلوع فجره صح ضمانها في الحالين
بخلاف المستقبلة كنفقة الشهر المستقبل فانها غير واجبة لاشتراطها بالتمكين وهو ليس بحاصل في زمن لم يقع بعد فلا يصح ضمانها وقوله لاستقرارها
في ذمة الزوج يتم في الماضية قطعا واما الحاضرة فلا اشكال في وجوبها وثبوتها في الذمة مع التمكين اما استقرارها ففيه نظر مبني على انها لو نشزت في
اثناء النهار هل تسترد نفقة ذلك اليوم ام لا وفيه خلاف ياتي ان شاء الله الكلام فيه اما لو ماتت او طلقها استقرت واحترز بنفقة الزوجة عن نفقة
الاقارب فان ضمان الفائت منها لا يثبت في الذمة فلا يصح ضمانه والفرق بينها وبين نفقة الزوجة ان الغرض منها البر والصلة والمواساة فيفوت بفوات
الوقت بخلاف نفقة الزوجة فانها معاوضة فسبيلها سبيل الدين وضمان المستقبل منها اولى بعدم الصحة اما الحاضرة فالاقوى صحة ضمانها لوجوبها
بطلوع الفجر كالزوجة وان عرض لها بعد ذلك الزوال لو تركت التمكين قوله وفي ضمان الاعيان الخ ضمان هذه الاعيان اما ان يكون على معنى تكليف الضامن برد اعيانها
الى مالكها او بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت عند الغاصب والمستام ونحوهما او الاعم منهما وفي صحة الكل تردد منشاؤه وجود سبب الضمان للعين والقيمة وهو
القبض المخصوص فيصح اما الاول فلانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه واما الثاني فلثبوت القيمة في ذمة الغاصب ونحوه لو تلفت ومن ان الثابت في الاول
هو وجوب الرد وهو ليس بمال والثاني ليس بواقع فهو ضمان ما لم يجب وان وجد سببه لان القيمة لا تجب الا بالتلف ولم يحصل والاقوى عدم الجواز وفي ضمان
القسم الاول فيه وجه اخر وهو ان من خواص الضمان كما قد عرفت انتقال الحق الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه وهنا ليس كذلك لان الغاصب مخاطب
بالرد ومكلف به اجماعا وانما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة وليس من اصولنا قوله ولو ضمن ما هو امانة الخ اشار بالتعليل الى الفرق بينها وبين ما سبق
حيث جوز ضمانه على تقدير تلفه مع انه ليس بواقع ووجه الفرق ان سبب الضمان حاصل في تلك باليد العادية بخلاف هذه لانها ليست مضمونة وان فرض ضمانها
لها على تقدير التعدي لان السبب الان ليس بواقع نعم لو كان قد تعدى فيها فحكمها حكم السابقة بل هي من جملة افرادها الا ان البحث فيها عن ضمان الاعيان
المضمونة اعم من كونها مضمونة بالاصل والعارض نعم في قول المص ليست مضمونة في الاصل اشعار بعدم دخول التعدي في السابق لانه ليس بمضمون في الاصل
لكنه لا يضر تجوزه ويمكن ان يريد بالاصل ما يعم حالة الضمان بمعنى ان ما ليس مضمونا في اصل عقد الضمان اي في وقته لا يصح ضمانه ولا بد من التكلف قوله ولو ضمن
ضامن الخ لا شبهة في جواز ترامي الضمان متعددا ما امكن لتحقق الشرط وهو ثبوت المال في ذمة المضمون وهو هنا كذلك ويبقى حكم رجوع كل ضامن بما اداه مط
مضمونه لا على الاصيل اذا ضمن باذنه الى الاخر ما يعتبر فيرجع الضامن الاول على الاصيل بالشرط وهكذا ولا عبرة باذن الاصيل للثاني وما بعده في الضمان
فلا يرجع عليه بما اداه لانه لا حق عليه الا ان يقول له اضمن عني وذلك الرجوع علي وهذه المسئلة من فروع القول بالانتقال او الضم ويتفرع على القولين فروع
جليلة وكما يصح ترامي الضمان يصح دوره بان يضمن الاصيل ضامنه او ضامن ضامنه وان تعدد لعدم المانع فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان
نعم يترتب عليه احكام كما لو وجد المضمون له الاصيل الذي صار ضامنا معسرا ونحو ذلك فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق وقد يختلفان بان
يضمن الحال مؤجلا وبالعكس وخالف في ذلك الشيخ ره محتجا باستلزامه صيرورة الفرع اصلا والاصل فرعا وبعدم الفائدة وضعفه ظاهر فان الاختلاف

وهل يصح ضمان مال الكتابة فيه تردد لانه ليس بلازم ولا يؤول الى اللزوم ولو قيل بالجواز كان حسنا لتحققه في ذمة العبد كما لو ضمن عنه مالا اخر ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبلة وفي ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد تردد والاشبه الجواز ولو ضمن ما هو امانة كالمضاربة والوديعة لم يصح لانها ليست مضمونة في الاصل ولو ضمن ضامن ثم ضمن عنه اخر وهكذا الى عدة ضمناء كان جائزا متن

في الاصل والفرعية لايصلح المانعية والفائدة موجودة كما ذكرناه قوله ولا يشترط العلم اه للاصحاب في ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه بعد ذلك قولان اشهرهما
الجواز للاصل ولاطلاق قوله الزعيم غارم ولظاهر قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم مع اختلاف كمية الحمل ولان الضمان عقد لا ينافيه الغرر لانه ليس معاوضه
لجوازه من المتبرع وضمان العهدة والقول الآخر المنع لانه اثبات مال في الذمة لآدمي فلا يصح في المجهول كالبيع وينتقض بالاقرار وموضع الخلاف في صورة يمكن العلم
بها بعد ذلك كما لو ضمن الدين الذي عليه او ثمن ما باع من فلان واليه اشار المص بقوله فلو ضمن ما في ذمته صح اما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح الضمان قولا واحدا
كما لو قال ضمنت شيئا مما لك على فلان لصدق الشيء على القليل والكثير واحتمال لزوم اقل ما يتناوله الشيء كالاقرار يندفع بانه ليس هو المضمون وان كان بعض
افراده قوله ويلزمه ما يقوم به البينة اه هذا تفريع على صحة ضمان المجهول فانه ح يلزمه ما يثبت بالبينة انه كان لازما للمضمون عنه وقت الضمان لا ما يتجدد لانه
لم يتعلق به الضمان ولا ما يوجد في كتاب او دفتر لعدم ثبوته في ذمته وانما يلزم الثابت ولا ما يقر به المضمون عنه لان اقراره انما ينفذ على نفسه لا على غيره ولا على ما
يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه لان الخصومة مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره كما لا يثبت ما يقر به نعم لو كان الحلف
برد الضامن يثبت عليه والاطلاق المص عدم الثبوت بما يحلف عليه برد اليمين منزل على الاول هذا محصل الحكم وفي المسئلة اقوال اخر منها لزوم ما اقر به
الغريم ايضا ذهب اليه ابو الصلاح وابن زهرة ومنها لزوم ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد وهو قول المفيد ومنها تقييده برضاء الضامن وهو قول
الشيخ ويمكن رده الى الاول بحمل الرضا على الرد وان كان اعم منه وقد بنى ذلك على ان يمين المدعي هل هي كالبينة او كاقرار المنكر فيثبت على الضامن
ما حلف عليه على الاول دون الثاني الا ان يرضى الضامن بها ورد بان كونها كالبينة انما هو في حق راد اليمين كما انها اذا كانت كالاقرار يكون كاقراره
فلا يلزم الضامن على التقديرين اذا لم يرد ايضا وقد مضى ما في الرضا ويمكن دفعه بان البينة لا فرق فيها بين ان يكون المنازع المضمون عنه او الضامن لان
الحق يثبت بها مط بخلاف الاقرار فانه لا يثبت الا على المقر فالبناء عليها متجه قوله اما لو ضمن ما تشهد به اه قد علم ان شرط صحة الضمان تعلقه بالدين الثابت
في الذمة وقت الضمان على ما فيه من الخلاف فلو ضمن ما يتجدد في ذمته لم يصح لانه ضمان ما لم يجب وح فضمانه لما تشهد به عليه يشمل ما كان ثابتا في ذمته
وقت الضمان وما يتجدد فلا يصح اذ لا يدل على ضمان المتقدم لان العام لا يدل على الخاص فعلى هذا الوصح بقوله ما تشهد عليه انه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان
فلا مانع من الصحة كما لو ضمن ما في ذمته ولزمه ما يقوم به البينة انه كان ثابتا وح فتعليله بقوله لانه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان لابد من قصوره لانه يقتضي
انه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المتجدد كان في الذمة وقت الضمان صح والحال ان مثل ذلك لا يصح لعدم وقوع صيغة الضمان موقعها كما عرفت و
التعليل منزل على ذلك لان المضمون لما كان للاعم من الثابت وقت الضمان وعدمه لم يدل على احد الامرين بخصوصه فلا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان
اي لم يعلم ارادة الثابت من الصيغة وهكذا علل في عدة وكتب غيرها ونبه بالمنع من هذه الصيغة على خلاف الشيخ حيث ذكر في ط ما يدل على جواز ذلك
ويمكن ان لا يكون حكاية لقول آخر بل يريد به ما ذكرناه سابقا من جواز ضمان ما يقوم به البينة انه كان ثابتا وقت الضمان في ذمة المديون قوله اذا ضمن الى قوله
من راس اما لو تجدد الفسخ بالتقايل او تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن اه لا فرق بين ضمان العهدة وغيره في اشتراط ثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وقت
الضمان فاذا ضمن عهدة الثمن للمشتري عن البائع اذا كان قد قبضه البائع اعتبر كونه ثابتا في ذمته ولو في نفس الامر وذلك على تقدير فساد البيع ليكون مال
الضمان مضمونا عليه لقبضه له بغير استحقاق ورده على المشتري حق ثابت فيصح ضمانه وذلك على تقدير ظهور المبيع مستحقا لغيره ولم يجز المالك البيع او
اجازه ولم يرض بقبض البائع الثمن ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه او اقتران شرط فاسد به فان ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع
ذلك لما تقدم من العلة وفي الحقيقة هذا فرد من افراد ضمان الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجودا حالة الضمان وقد تقدم ما في ضمان الاعيان والمص هنا
١ . ب الحكم على مذهبه هناك او ان هذا الفرد خارج من البين لمكان الضرورة فان ظاهرهم الاطباق على جوازه واعلم ان العهدة في الاصل اسم للوثيقة او
للكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه مقدار الثمن واحواله من وصف وحلول وتأجيل ثم نقل الى نفس الثمن وغلب فيه كذا في التحرير وغيره وفي كره سمى
ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده او لما ذكره في الصحاح فقال يقال في الامر عهدة بالضم اي لم يحكم بعد وفي عقله عهدة اي
ضعف فكان الضامن ضمن ضعف العقد والتزام ما يحتاج اليه فيه من غرم او ان الضامن التزم رجعة المشتري عليه عند الحاجة ويسمى ايضا ضمان الدرك ٢
لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله قوله اما لو تجدد الفسخ اه لما كان شرط الضمان اشتغال الذمة بالمضمون على احد الوجوه السابقة كان المعتبر
في ضمان العهدة وجود الضمان للعين حالته فلا عبرة بالمتجدد بعد ذلك كالفسخ بالتقايل وتلف المبيع قبل القبض والفسخ بخيار المجلس والحيوان والشرط
ونحوها فان حالة الضمان لم يكن فاسدا فلم يكن مضمونا فضمانه على هذا الوجه ضمان لما لم يجب فلا يدخل في مطلق ضمان العهدة ولا يصح على تقدير التصريح به
والمراد من العبارة الاول واعلم انه في كره بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على ان التلف هل يبطل العقد من حينه او من اصله فعلى الاول لا يتناوله الضمان
وعلى الثاني يتناوله فيطالب الضامن وفيه نظر لانا وان حكمنا بكونه مبطلا له من اصله لكن هذا حكم لاحق للضمان فان المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا
وفي نفس الامر فلا يتناوله الضمان الثمن لانه لم يكن لازما للبائع مط وانما التلف الطارى كان سببا في حكم الله تعالى بعود الملك الى صاحبه من اصله قوله
وكذا لو فسخ المشتري اه اي لا يدخل ذلك في ضمان العهدة فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يطالب البائع لان فسخ العيب انما ابطل العقد
من حينه لا من اصله فلم يكن حالة الضمان مضمونا كالسابق حتى لو صرح بضمانه فسد لانه ضمان ما لم يجب وربما قيل بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة
ضمانه لتقدم سبب الفسخ وهو العيب الموجود حال البيع ودعاء الحاجة اليه وهذا على تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق والا فقد يصح الفسخ بعيب لاحق
كما لو وقع قبل القبض وفي الثلثة كما سبق وهذا لا يكون موجودا حالة الضمان الواقع عند البيع فيكون كالمتجدد من الاسباب لا يصح ضمانه قولا واحدا ولا يصح
عدم دخوله في الضمان مط كما اختاره المص قوله اما لو طالب بالارش اه اشار بالتعليل الى الفرق بين الارش والثمن حيث يدخل الارش في ضمان العهدة

دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم اما الارش فانه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج في ضمان العهدة لكنه
مجهول القدح فينبغي بناؤه على صحة ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه الا ان يخص ضمان العهدة بحكم زائد كما خرج من حكم ضمان الاعيان المضمونة ومثله ما
لو ظهر نقصان الصنجة التي وزن بها الثمن ان المثمن حيث يضمن عهدته او يصرح بدخوله لوجود ذلك حالة الضمان في نفس الامر ومنشأ التردد في الارش
ما ذكره من ان الاستحقاق له انما حصل بعد العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الارش بل التخيير بينه و
بين الرد فلم يتعين الارش الا بالاختيار ولو قيل انه احد الفردين المتاثبتين على جهة التخيير فيكون كافراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره
لزم مثله في الثمن لانه فيه في ذلك والحق ثبوت الفرق بينهما فان الثمن ما وجب الا بالفسخ واما الارش فانه كان واجبا بالاصل لانه عوض جزء فائت من المعقود عليه
ويكفي في ثبوته بقاء المشتري على الشراء وانما ينتقل الى الثمن بالرد فاتفاق الاخر حيث لم يسلم له المبيع تاما ومحصل الاشكال يرجع الى ان الارش هل هو ثابت بالعقد
وانما يزول بالفسخ والرجوع الى الثمن او ان سببه وان كان حاصلا لا يثبت الا باختياره وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب او علم ولم يطالب فهل يبقى في ذمته ام
انتقل عنه المعيب مشغولا له بالارش ام لا وقد تقدم في باب السلم لهذه المسئلة مزيد بحث قوله اما لو خرج بعضه دجه اه اذا ظهر بعض المبيع مستحقا فذلك
البعض كان ثمنه ثابتا في ذمة البائع حالة الضمان فيصح ضمانه فيطالب الضامن بحصته من الثمن ان لم يجز المالك ثم ان فسخ المشتري في الباقي لتبعض الصفقة
طالب بثمنه البائع لعدم تناول الضمان له وخالف في ذلك الشيخ ره فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجوب سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب ونحن لما
ابطلنا الحكم في العيب فهنا اولى نعم من قال به فعليه بيان الفرق بين الامرين فان تبعض الصفقة الذي هو سبب الفسخ كان متحققا وقت البيع والعلامة
رده بان سبب الاستحقاق في هو الفسخ لا الاستحقاق الذي كان في بعضه وفيه نظر قوله اذا ضمن ضامن للمشتري اه المراد انه ضمن للمشتري ضامن عن البائع بدل
ما يحدثه في الارض التي اشتراها من بناء او غرس لو ظهرت الارض مستحقة وقلع المالك بناءه وغرسه والمراد بدل ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتا
ومقلوعا فان هذا الضمان لا يصح فلا يستحق الرجوع عليه لو ظهر الاستحقاق وقلع لانه ضمان ما لم يجب لانه حين الضمان لم يكن مستحقا للمشتري على البائع
انما استحق بعد القلع ولكن سببه كان موجودا وقت الضمان وهو كون الارض مستحقة للغير فينبغي جريان الاحتمال السابق فيهما ومن ثم ذهب بعض
العامة الى جواز الضمان هنا بناء على اصله السابق قوله وقيل كذا اه اذا قلع المستحق غرس المشتري وبناءه في الصورة المذكورة فله الرجوع على البائع بالارش
ضمن ام لم يضمن فعلى هذا لو ضمن البائع ذلك فهل يصح الضمان قال المص الوجه الجواز لانه لازم بنفس العقد وكانه اراد انه اذا كان لازما له وان لم يضمن كان
ضمانه تاكيدا وفيه نظر لانه لا يلزم من ضمانه لكونه بايعا مسلطا له على الانتفاع مجانا ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا
حال الضمان بعدم الصحة اقوى وح فالخلاف لفظي في ثبوت ذلك على البائع ام لا فانه ثابت بغير اشكال بل في ثبوته بسبب الضمان وتظهر الفائدة فيما لو اسقط
المشتري عنه حق الرجوع بسبب المبيع بقي له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فاسقط احدهما فانه يفسخ بالآخر ان شاء وفيما
لو كان قد شرط على البائع في عقد البيع ضمانا بوجه صحيح فان صححنا هذا كفى في الوفاء بالشرط وان لم يحصل للمشتري تفسخ جديد فقد ظهر ان هذا الضمان
قد يفيد فائدة اخرى غير التاكيد لو قلنا بصحته وبه يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتا ضمن ام لم يضمن لان هذه الفوائد الاخر لم تكن ثابتة لو لم يضمن
قوله اذا كان له على رجلين اه لا اشكال في صحة هذا الضمان لان كل واحد جامع لشرائط الصحة ثم ان تساوى المالان وكان ضمان كل واحد بسؤال الآخر
ولم يتغير صفة الدين بالحلول والتاجيل ففائدة هذا الضمان تعاكسهما في الاصالة والفرعية ويترتب عليه ما لو ابرأ المضمون له احدهما فانه يبرئ
الآخر وقول المص ولو ابرأ الغريم احدهما برئ مما ضمنه دون شريكه يريد ان شريكه لا يبرئ مما ضمنه لكن يبرئ مما كان عليه لاقتضاء الضمان ذلك
وتظهر الفائدة ايضا في انفكاك الرهن الذي كان على الدينين او على احدهما لان الضمان بمنزلة الاداء وان اختلفا باحد الوجوه المذكورة ظهرت فوائد
اخر اذ قد يضمن المؤجل حالا او بالعكس او يكون احدهما ابسر ويضمن الاكثر او يكون احدهما متبرعا ونحو ذلك وانما يتحول ما كان على كل واحد الى صاحبه
مع ضمانهما دفعة ورضاء المضمون له بهما فلو رد احدهما واجتمع على الآخر الحقان وكذا لو ضمنا على التعاقب اجتمعا على الاخير وعلى قول من جعله
ضم ذمة الى ذمة يشتركان في المطالبة لكل واحد منهما قوله اذا رضي المضمون له اه قد تقدم ان الضامن انما يرجع على المديون مع ضمانه باذنه وعلى تقدير
فانما يرجع بما اداه ان لم يزد عن الحق والا رجع بالحق فالضابط انه يرجع باقل الامرين مما اداه ومن الحق في كل موضع له الرجوع ولا فرق عندنا في رجوعه
بالبعض الذي اداه بين كون الزائد سقط عنه بابراء المضمون له او غيره خلافا لبعض العامة حيث جوز له الرجوع بالجميع لو ابرءه منه او من بعضه لانه هبة
ومسامحة من رب الدين للضامن خاصة نعم لو قبض منه الجميع ثم وهبه بعضه جاز رجوعه به لصدق اداء الجميع وكذا لو وهبه الجميع قوله ولو دفع عرضا
رجع باقل الامرين من قيمته ومن الدين ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد رضي المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد وبين ان يصالحه الضامن به عن دينه
فلو كان ثوبا يساوي مائة وصالحه به على الدين وهو مائتان لم يرجع الا بقيمة الثوب هذا اذا جرى البيع على العرض بنفس المال المضمون اما لو صالحه
عليه في المثال بمائتين مطلقا ثم تقاصا فالمتجه رجوعه بالمائتين لانهما تثبت له في ذمته بغير استيفاء وانما وقع الاداء بالجميع ويحتمل الرجوع بقيمته
خاصة لان الضمان وضع للارتفاق وتوقف في كره في ذلك قوله اذا ضمن عنه دينارا اه قد عرفت ان الضامن لا يستحق عند المضمون عنه شيئا
الى ان يؤدي مال الضمان فاذا ابتدأ المديون ودفع الدين الى الضامن فقد تبرع بالاداء قبل وجوبه فلا يستحقه الضامن وليس له التصرف
فيه نعم لو دفعه في الدين تبعا للاذن وقول المص فقد قضى ما عليه قد يوهم خلاف ذلك وانه يكون بمنزلة اداء الدين وليس كذلك وانما المراد
انه تخلص من الحق لان الضامن ان دفعه فقد برئ وان لم يدفعه كان في يده مساويا للحق الى ان يؤدي عما اخذه من دينه وان ابرءه من الدين
او بعضه وجب عليه رده اما فابله الى المديون فالمديون قد قضى ما عليه على كل حال لكن هذا انما يتم مط على تقدير ان يكون المقبوض في يد

الضامن مضمونا عليه والا لامكن ان يتلف في يده بغير تفريط فلا يكون المديون في هذه الصورة قد قضى ما عليه وليس ببعيد كونه مضمونا كالمقبوض بالسوم
ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي واستشكل في كره كونه بعيدا لحكم بانه لو قال المديون للضامن اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل والمال في يده امانة
والفرق بينه وبين ما سبق واضح لانه دفعه في السابق ابتداء مطلقا وانه الحق المضمون وعلى التقديرين ليس بحق يجب عليه للضامن بخلاف قوله اقض به ما ضمنت
لانه وكالة في قضاء ودفعه وضمير قوله ولو قال يعود الى الضامن اي قال الضامن للمضمون عنه ادفعه انت الى المضمون له فدفعه فقد برئا اما الضامن فلوفاء دينه
واما المضمون عنه فلان الضامن لم يتبرع فلا يرجع عليه ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن لانه المديون وقد اذن في وفائه
وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لادائه فيتقاصان واما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير سؤال الضامن فانه يكون قد تبرع عليه بوفاء دينه فيبرأ الضامن
ولا يرجع عليه الدافع لتبرعه فلا يرجع هو لعدم غرامته فيبرأان معا ايضا كالسابق لكن الاعتبار مختلف قوله اذا ضمن باذن المضمون عنه آه لاصالة عدم القبض
وح فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء لعدم تحقق غرمه واستحقاق الرجوع مشروط به ولا فرق في ذلك بين ضمانه بالاذن وعدمه وانما قيد بالاذن لترتب
عليه الاحكام الآتية اذ لا تهمة مع عدمها مطلقا ولا رجوع قوله فان شهد المضمون عنه آه لما كان المضمون عنه مع اذنه في الضمان يثبت عليه ما يؤديه الضامن
فشهادته له بالاداء شهادة على نفسه وشهادة لغيره فيسمع الا ان يفرض عليه تهمة في الشهادة بحيث يفيد فائدة زائدة على ما يؤديه فترد وقد فرض التهمة
في صور منها ان يكون الضامن قد صالح على اقل من الحق فيكون رجوعه انما هو بذلك فشهادة المضمون عنه له تجر الى نفسه نفعا فان ذلك اذا لم يثبت يبقى
مجموع الحق في ذمة الضامن وفيه نظر لانه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك ولا حاجة الى الثبوت بالبينة كما سيأتي فيندفع التهمة
فتقبل الشهادة ومنها ان يكون الضامن معسرا ولم يعلم المضمون له باعساره فان له الفسخ حيث لا يثبت الاداء ويرجع على المضمون عنه فيندفع بشهادته عود
الحق الى ذمته ومنها ان يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس وللمضمون عنه عليه دين فانه يوفر بشهادته مال الضامن فيزداد ما يضرب به ولا فرق في هاتين
الصورتين بين كون الضامن متبرعا وبسؤال لان فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين اما الاول فهو مخصوص بالضامن بسؤال ليرجع بما غرم
انما تسمع الشهادة بوجه على القول بكون الضمان ناقلا كما هو المذهب فلو قلنا بانه يفيد الضم خاصة لم تسمع مطلقا وقول المص على القول بانتقال المال يشعر بان
لاصحابنا قولا بغيره وفيما تقدم اشارة اليه ايضا وهو نادر قوله ولو لم يكن مقبولا آه عدم شهادة المضمون عنه اما لعدم عدالته او للتهمة وح فالقول قول المضمون له
لما تقدم والمراد انه لم تكن بينة غيره وح فيرجع على الضامن بالحق وكونه مرة ثانية بالنسبة الى زعم الضامن والا فهي اولى عند المضمون له وفي ظاهر الحال وانما يرجع
الضامن الى المضمون عنه بما اداه اولا لاعترافه بانه لا يستحق سواه ودعواه ان الاداء الثاني ظلم وهو وافقه المضمون له على ذلك ولا يخفى انه مشروط بمساواة
الاول للحق او قصوره والا رجع باقل الامرين لانه لا يستحق الرجوع بما زاد على الحق قوله ولو لم يشهد آه هذا اذا لم يزد على ما ادعى دفعه اولا ولا على الحق والا
رجع بالاقل من الثلثة لان الاقل ان كان هو ما غرمه اولا فلزعمه انه لا يستحق سواه وان الثاني ظلم وان كان الاقل ما غرمه ثانيا فلانه لم يثبت ظاهرا سواه وان
كان الاقل هو الحق فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع والحق وفي حكم شهادة المضمون عنه اعترافه بالدفع الاول وان لم تشهد لما ذكر من الوجه فقوله ولو لم تشهد
مقيد بعدم اعترافه ايضا ولو جعل مناط الحكم عدم تصديقه كان اجود لتناوله عدم الشهادة وغيره قوله اذا ضمن المريض آه يمكن ان يكون الاصح مبنيا على الخلاف
في ان منجزات المريض هل هي من الاصل او من الثلث واختياره للثاني كما سبق من مذهبه ويمكن كونه اشارة الى ان الضمان هل يعد من التبرعات المنجزة ام لا ووجه
وجه اختيار كونه تبرعا انه التزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضا فاشبه الهبة وعلى التقديرين انما يتم الحكم مع تبرعه بالضمان اما لو ضمن بسؤال فهو كالبيع
بثمن المثل نسيئة فالوجه انه متى امكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الاصل وان لم يمكن لاعساره ونحوه فهو من الثلث ولو امكن الرجوع بالبعض فهو كبيع
المحاباة يتوقف ما يفوت على الثلث واحترز بقوله ومات فيه عما لو برئ منه فانه يخرج من الاصل كالتبرع لو مات بعده لك هذا كله مع عدم اجازة الوارث
والا نفذ من الاصل قوله اذا كان الدين مؤجلا آه قد تقدم الكلام في ذلك وان الاقوى صحته فيهما وهو مختار المص ثم ولكنه رجع من الجزم الى التردد والى
الحكم بخلافه **القسم الثاني** في الحوالة قوله الحوالة عقد آه الكلام في كون الحوالة عقدا او بمنزلة العقد كما سبق ونبه بقوله تحويل على انها
ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ومنه سميت حوالة وقوله مشغولة بمثله صفة للذمة المحول اليها وهي ذمة المحال عليه وخرج به الحوالة على البرئ
من حق المحيل مع انه سيأتي عن قريب القطع بجوازها على البرئ ولا ينفعه حكمه بكونها بالضمان اشبه فان رجحان الشبه لا يخرجها عن كونها حوالة في الجملة ولعله
عرف الحوالة المتفق على صحتها اذ الحوالة على البرئ مختلف فيها والعلامة اسقط في تعريفها القيد مجملا ولا ادخال في ذلك الفرد لئلا ينتقض التعريف في عكسه
فوقع فيما هو اصعب منه لشموله الضمان بالمعنى الاخص لان المال يتحول فيه من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فانتقض في طرده قوله ويشترط فيها آه
اما اعتبار رضاء المحيل والمحتال فموضع وفاق لان من عليه الحق مخير في جهات القضاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا والمحتال حقه ثابت في ذمة المحيل
فلا يلزمه نقله الى ذمة اخرى الا برضاه واما المحال عليه فاشتراط رضاه هو المشهور بين اصحابنا بل ادعى عليه الشيخ الاجماع ولانه احد من يتم به الحوالة فكان
كالآخرين ولاختلاف الناس في الاقتضاء والاستيفاء سهولة وصعوبة ولان نقل المال من ذمة المحيل الى ذمته يتوقف على رضاه ولاصالة بقاء الحق
في ذمة المحال عليه للمحيل فيستصحب وفيه نظر لان المحيل قد اقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار الى رضاء من عليه الحق كما لو
وكله في القبض منه بخلاف الآخرين لما ذكرناه واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق ومن نصب من يتوقف على رضاه محل النزاع
فلا يجعل دليلا مع انا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل بل هي ايفاء لما في ذمة الغير فلا يقصر عن بيعه ولا يشترط فيه رضاه والاصل المذكور معارض
بما سيأتي عدم الاشتراط والاستصحاب انقطع بما ذكرناه خصوصا مع اتفاق الحقين جنسا ووصفا نعم لو كانا مختلفين وكان الغرض استيفاء مثل حق
المحتال توجه اعتبار رضاء المحال عليه لان ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلا بد من رضاء المتعاوضين ومع ذلك لو رضي المحتال باخذ جنس

مضمونا ه

السابعة اذا ضمن باذن المضمون عنه وادى ما ضمن وانكر المضمون له القبض كان القول قوله مع يمينه فان شهد المضمون عنه للضامن قبلت شهادته مع انتفاء التهمة على القول بانتقال المال ولو لم يكن مقبولا وحلف المضمون له كان له مطالبة الضامن مرة ثانية ويرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه اولا ولو لم يشهد رجع الضامن بما اداه اخيرا الثامنة اذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح التاسعة اذا كان الدين حالا فضمنه مؤجلا ... وكذا لو كان ... الى الشهرين فضمنه الى شهر ... لان الفرع لا يرجح على الاصل القسم الثاني وفيه تردد والكلام في العقد والشروط والاحكام اما الاول فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ويشترط فيها رضا المحيل والمحال عليه والمحتال

متن

في الحوالة

ما على المحال عليه الذي للمحيل وح فالقول بعدم اشتراط رضاه مع الموافقة قوي والاجماع على خلافه ممنوع ثم على تقدير اعتبار رضاء المحال عليه ليس هو على حد رضا
الآخرين لان الحوالة عقد لانه من جملة العقود اللازمة فلا يتم الا بايجاب وقبول فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ والمقارنة
وغيرهما واما رضاء المحال عليه فيكفي كيف اتفق مقارنا ام متراخيا وربما اكتفى به متقدما ايضا لحصول الغرض المطلوب منه بذلك كله واعلم انه يستثنى من القول
بعدم اعتبار رضاه ما لو كان بريا من حق المحيل فان رضاه معتبر اجماعا ويستثنى من اعتبار رضاء المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فانه لا يعتبر رضاء المحيل
قطعا لانه وفاء دينه وضمانه بغير اذنه والعبارة عنه ان يقول المحال عليه للمحتال احلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل فيشترط هنا رضا
المحتال والمحال عليه ويقومان بركني العقد بخلاف رضاء المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره تأمل قوله ومع تحققها آه هنا حكمان احدهما ان الحوالة
تفيد نقل المال وتحوله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فهو موضع وفاق منا ومن العامة الا من شذ منهم فانه جعلها كالضمان وفساده ظاهر لان الحوالة
مشتقة من التحول بخلاف الضمان فانه قد يشتق من الضم كما ادعوه فيلزم كل واحد ما يقتضيه لفظه وثانيهما ان المحيل يبرأ من حق المحتال بمجرد الحوالة سواء ابراه
المحتال ام لا لدلالة التحول عليه وهو المشهور وخالف فيه الشيخ وجماعة استنادا الى حسنة زرارة عن الباقر ع في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل
آخر فيقول الذي احتال برئت مما لي عليك قال اذا ابراه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرئه فله ان يرجع على الذي احاله وحملت الرواية على ما اذا ظهر اعسار
المحال عليه حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله فان له الرجوع على المحيل اذا لم يبرئه وعلى ما اذا شرط المحيل البراءة فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع
لو ظهر افلاس المحال عليه وهو حمل بعيد وعلى ان الابراء كناية عن قبول المحتال الحوالة فمعنى قوله برئت من مالي عليك اني رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل
فبرئت فكنى عن الملزوم باللازم وهكذا القول في قوله ولو لم يبرئه فله ان يرجع لان العقد بدون رضاه غير لازم فله ان يرجع فيه قوله ويصح ان يحيل
هذا هو الاقوى لاصالة الصحة وعدم الاشتراط وللشيخ ره قول بالمنع وآخر بالصحة ومبنى القولين على ان الحوالة هل هي استيفاء او اعتياض فعلى الاول
يصح دون الثاني لانه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضا عن حق المحتال وانما كان اشبه بالضمان لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة وكان المحال
عليه بقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل ولكنه بهذا الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعا فليحقه احكامها قوله واذا احال على الملي آه لان الواجب اداء الدين و
والحوالة ليست اداء وانما هي نقل الدين من ذمة الى اخرى فلا يجب قبولها ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اوجب القبول لقول النبي ص اذا احيل احدكم
على ملي فليحتل والخبر على تقدير صحته محمول على الاستحباب او الارشاد ولكن لو قبل لزم وليس له الرجوع قوله ولو افتقر آه لان الحوالة توجب البراءة من الحق
فلا يعود الا بسبب يوجبه ولرواية عقبة بن جعفر عن الكاظم ع وخالف في ذلك جماعة من العامة وكما لا رجوع لو افتقر كذا لو تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر
قوله اما لو قبل الحوالة آه لا فرق في ذلك بين اشتراطه في متن العقد بيساره وعدمه لرواية منصور بن حازم عن الص ع ولما فيه من الضرر والتغرير والمراد بالفقر
هنا الاعسار وان كان اعم منه والا فيجوز كونه فقيرا بالمعنى المتعارف وموسرا بالمعنى المعتبر في الدين والمعتبر بيساره واعساره وقت الحوالة فلو كان حينئذ مليا
ثم تجدد له الاعسار فلا خيار ولو انعكس بان كان معسرا ثم تجدد له اليسار قبل ان يفسخ المحتال فهل يزول الخيار وجهان من زوال الضرر وثبوت الخيار قبله
فيستصحب وهو اقوى لان الموجب للخيار ليس هو الاعسار مطلقا ليزول بزواله بل الاعسار وقت الضمان وهو متحقق فيثبت حكمه قوله واذا احال آه كما يصح الحوالة
الاولى لاجتماع شرائط الصحة تصح الثانية كذلك لتحقق الشرط وهو اشتغال ذمة المحال عليه بدين المحتال وغيره من الشروط وبرئ احال المحال عليه برئ كالاول
الاول وهكذا لو تعدد وهو المراد بالترامي بان احال المديون زيدا على عمرو ثم احال عمرو زيدا على بكر ثم احال بكر زيدا على خالد وهكذا وهنا قد تعدد
المحال عليهم والمحتال واحد وكما يصح ترامبها يصح دورها كالضمان بان تعود الى المحيل الاول بان تكون ذمته مشغولة بدين لمن احال عليه او مطلقا على
المختار قوله واذا قضى المحيل آه لما كانت الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه صار المحيل بالنسبة الى دين المحتال بمنزلة الاجنبي لبراءته منه
فاذا اداه بعدها كان كمن ادى دين غيره بغير اذنه فيشترط في جواز رجوعه عليه مسألته والا كان متبرعا وبرئ المحال عليه من الدين قوله ويشترط في المال آه احترز
بالمعلوم عن المجهول عند المحيل كما لو احاله بما له من الدين ولا يعرف قدره فانه لا يصح للغرر ولان الحوالة ان كانت اعتياضا فلا يصح على المجهول كما لا يصح بيعه وان
كانت استيفاء فانما يمكن استيفاء المعلوم ويحتمل على الثاني الصحة ويلزم ما يقوم به البينة كالضمان وبالثابت في الذمة عما ليس بثابت وان وجد سببه
كمال الجعالة قبل العمل فانه لا يصح احالة الجاعل به للمجعول له لعدم ثبوته اما احالة المجعول له به على الجاعل لمن له عليه دين ثابت فانه جائز بناء على جوازها على
البرئ فالحاصل ان المعتبر ثبوته للمحتال في ذمة المحيل لا في ذمة المحال عليه ولا فرق في الثابت بين كونه مستقرا او غيره كالثمن في مدة الخيار فيكون الحوالة
مراعاة بالبقاء على البيع فلو فسخ بالخيار ففي بطلان الحوالة وجهان يأتي الكلام عليهما في نظيره قوله سواء كان له مثل آه نبه بذلك على خلاف الشيخ
في احد قوليه وجماعة من عدم جواز الحوالة بالقيمي لكونه مجهولا وضعفه واضح فانه منضبط بالوصف والواجب فيه القيمة وهي منضبطة ايضا فمنعا
لضبطه فالمانع مفقود وعموم الادلة يشمله قوله ويشترط تساوي آه ذهب الشيخ وجماعة الى اشتراط تساوي المالين وهما المحال به والمحال عليه
جنسا ووصفا لان حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فاذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير كيف يصير حق المحتال
على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك فان الحوالة ان كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه واقرضه المحال عليه وحقه الدراهم
لا الدنانير وان كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال او زيادة قدر او صفة
وانما هي معاوضة ارفاق ومسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوي في القدر والصفة لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس في ذمته
والتحقيق في ذلك انا ان اشترطنا رضاء المحال عليه وجوزنا الحوالة على البرئ كما اختاره المص فيهما فلا وجه للمنع اصلا لانه لو لم يكن على المحال
عليه للمحيل شيء يصح فاذا كان ورضي بغير الجنس بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصة لان الحوالة ان كانت استيفاء كما هو الظاهر

ويشترط ... رضا ... المحال عليه ... المال معلوما ... سواء كان له مثل ... او لا مثل له ... ويشترط تساوي المالين جنسا ووصفا ... من التسلط على المحال عليه اذ لا يجب ان يدفع الا مثل ما عليه

متن

واذ رضيه ظ

فالاستيفاء

٢٠٦ فالاستيفاء جائز بالجبر وغيره مع التراضي وان كانت اعتياضا فكك لجواز المعاوضة على المختلفين وليست معاوضة بيع حتى يعتبر التقابض ونحوه مما يعتبر
في البيع نعم قد يقول مجوز الحوالة على البريء هنا ان الحق لم يتحول الى الدنانير وانما لزم المحال عليه للمحتال دنانير وبقيت الدراهم في ذمة المحيل فيعتبر في انتقالها
تراض جديد وهذا احسن الا ان الاول اجود لحصول التراضي سابقا على تحول الحق الى ما في ذمة المحيل وح فالتسلط الذي هو بواسطته انتفى منعه بالتراضي وقد تحرر
من ذلك ان القائل بعدم صحة ذلك لا يتم له الا ان يقول بعدم جواز الحوالة على البريء والاصح ان الحوالة هنا الا انها تكون كالحوالة على من لا دين عليه لانها
تقع باطلة مطلقا اذ لا يقصر عن ذلك وان القائل بعدم اعتبار رضا المحال عليه لا يتوجه له القول هنا بالصحة سواء تحول الحق الى جنس المحال به ام بقي كل واحد بحاله
لتوقف كل واحد من القسمين على التراضي لان الاول استيفاء من غير الجنس او معاوضة عليه والثاني حوالة على البريء وكلاهما مشروط بالرضا نعم لو قصد بالحوالة
تحول حق المحتال الى ما في ذمة المحال عليه اتجه الجواز من دون رضا المحال عليه وسقط معه محذور التسلط الذي جعلوه مانعا وان الاقوى الصحة مع التراضي
وتحول الحق الذي على المحال عليه الى جنس المحال به ووصفه قوله ولو احال عليه آه لما ثبت ان الحوالة جائزة على البريء من دين المحيل على المحال عليه لم يقتض
باطلاقها ثبوت دين كك فاذا ادى المحال عليه وطالب بما ادى منكرا لثبوت دين عليه للمحيل فالقول قوله مع يمينه لاصالة البراءة فيرجع على المحيل بما ادى
ولو اعتبرنا في الحوالة شغل ذمة المحال عليه لم يقبل قوله في نفيه لاقتضائها ثبوته فالمنكر وان كان معه اصالة براءة ذمته من الدين الا ان ذلك يقتضي بطلان
الحوالة على هذا التقدير ومدعي الدين يدعي صحتها ومدعي الصحة مقدم ويشكل على هذا ان يتساقط الاصلان ويبقى مع المحال عليه انه ادى دين المحيل
باذنه فيرجع عليه على التقديرين وهو حسن فان قيل الاذن في الاداء انما وقع في ضمن الحوالة فاذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الاذن مجردا لانه تابع فيستحيل بقاؤه
بدون متبوعه قلنا الاذن وان كان واقعا في ضمن الحوالة الا انه امر يتفقان على وقوعه وانما يختلفان في امر آخر فاذا لم يثبت لا ينتفي ما اتفقا ووقع الاتفاق منهما
عليه على انه زوال الاذن الضمني بزوال ما يثبت في ضمنه بحث يأتي تحقيقه ان شاء الله في الوكالة المعلقة على شرط وفي قوله ادى ثم طالب اشارة الى ان المحال
عليه مع براءة ذمته لا يرجع على المحيل الا مع الاداء كالضامن لما تقدم من ان هذا القسم بالضمان اشبه قوله ويصح الحوالة آه لا اشكال في جواز الحوالة بمال
الكتابة بعد حلول النجوم لثبوته في ذمة المكاتب اما قبل الحلول فمنعه الشيخ ره بناء على جواز تعجيزه نفسه فله ان يمتنع من ادائه والاقوى الجواز لمنع جواز تعجيزه
وعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة لانها ليست في حكم الاداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها وان افترقا بكون الحوالة لازمة وح فلو اعتق السيد المكاتب بطلت
الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لان المال صار لازما للمحتال والبطلان طار ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة قوله ولو باعه السيد سلعة
لان حكمه حكم الاحرار في المداينات فيثبت في ذمته للسيد ثمن ما اشتراه منه ويصح له الحوالة للسيد بالثمن وانما خص البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما
في المعنى للتنبيه على خلاف الشيخ في مسئلة البيع حيث انه يمكن فسخ الكتابة بناء على اصله من جوازها من جهته فيوجب استحقاق السيد شيئا على عبده بخلاف
ما لو باعه اجنبي واحاله على المكاتب بثمنه فانه لا سبيل له الى اسقاطه ولو فسخت الكتابة فانه يثبت في ذمته قوله ولو كان له على اجنبي آه ضمير له يعود الى
المكاتب والمحتال هو السيد والمراد انه اذا كان للمكاتب دين على اجنبي فاحال سيده بمال الكتابة على ذلك الاجنبي الذي للمكاتب عليه دين
صحت الحوالة لانه يجب على المديون تسليم ما للمكاتب عليه اليه او الى من يرتضيه وح فتبرأ ذمة المكاتب من مال الكتابة ويتحرر لان الحوالة بمنزلة الاداء
سواء ادى المحال عليه المال الى السيد ام لا حتى لو افلس به لم يتغير الحكم لان ما احاله به دين ثابت ولو كانت الحوالة ببعض مال الكتابة كان بمنزلة قبض
البعض حتى لو اعتقه سقط عن المكاتب الباقي ولم يبطل الحوالة قوله اذا قال آه مرجع هذا الاختلاف الى ان لفظ الحوالة التي اتفقوا على استعمالها بينهما هل
قصد معناها المتعارف هنا او معنى الوكالة حيث ان الوكالة من العقود الجائزة التي لا تختص بلفظ بل يكفي فيها ما دل على الاذن فيما وكل فيه ولفظ الحوالة
صالح له ووجه تقديم قول المحيل ما ذكره المص من انه اعرف بلفظه اي بالمقصود من لفظه اذ لا نزاع بينهما في اللفظ انما النزاع في مدلول اللفظ والمقصود منه
واللافظ اعرف بقصده من غيره بل عند خفاء دلالة اللفظ لا يعرف الا من قبله فيكون قوله مقدما فيه بيمينه ويعضده ايضا اصالة بقاء حق المحيل في المال
المحال به واصالة بقاء حق المحتال على المحيل ووجه الثاني ما ذكره من دلالة اللفظ ظاهرا على الحوالة واحتياج دلالته على الوكالة الى القرائن والاصل عدمها
وربما قيل بان لفظ الحوالة حقيقة في العقد المخصوص ومجاز في الوكالة واللفظ اذا تجرد عن القرائن انما يحمل على حقيقته دون مجازه حذرا من الاغراء
بالجهل لو اريد غير الحقيقة مع عدم نصب قرينة عليه واذا كان كك فدعوى المحيل مخالفة للاصل فلا تسمع وح فما معه من الاصلين الاخرين قد زال
بالحوالة الصادرة بينهما التي الاصل فيها الحقيقة والصحة وهذا الترجيح حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة لكنه محل نظر لان الوكالة انما تتحقق
في ضمن كل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة وكانت الحوالة مؤدية لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل تحويل المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة
من المحيل الى المحتال فمفادها تسليطه على المحال عليه او نقول ان دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على التقديرين وانما الكلام في المعنى الزائد
على الاذن وهو تحويل الحق وكون المراد منها هو الحوالة بالمعنى المتعارف اظهر لا شبهة فيه لكنه لا يدل على مجازية الآخر لجواز كونه من باب المشترك الذي
يراد منه احد معانيه بقرينة فرجع الامر الى انه هل هو من باب الحقيقة والمجاز او من باب المشترك الذي دلت القرائن على ارادة احد معنييه وتظهر
الفائدة في كون الفرد الآخر حقيقة او مجازا وبواسطة ذلك يختلف الحكم كما سبق تقريره فان قيل المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند اطلاقه هو المعنى
المتعارف لها ولا يفهم منه ارادة الوكالة الا بانضمام قرائن خارجية فيدل على كونها حقيقة في معناها المذكور دون الوكالة لما تقرر في
الاصول من ان ذلك من علامة الحقيقة والمجاز قلنا هذه العلامة لا تتم في المشترك لانه مع وجود قرينة تعين احد معانيه يتبادر الذهن الى ارادته
مع عدم كون الآخر مجازا اجماعا ومع عدم قرينة معينة لا يتبادر احدها فيلزم على هذا ان يكون اطلاقه عليها بطريق المجاز ايضا وهو باطل قطعا
الا ترى ان من قال العين واشترط الشيء الفلاني بالعين يتبادر الى الذهن قطعا انه لا يريد بها عين الركبة ولا الباصرة مع ان اطلاق العين عليهما

ولو احال عليه فقبل وادى ثم طالب بما اداه فقال المحيل كان لي عليك مال ... فالقول قول المحال عليه ... ويرجع على المحيل ... ويصح الحوالة بمال الكتابة بعد حلول النجم وهل يصح قبله ... فلو باعه السيد سلعة فاحاله بثمنها جاز ولو كان له على اجنبي دين فاحال عليه بمال الكتابة صح ... واما احكامها ففيها مسائل الاولى اذا قال احلتك عليه فقبض وقال المحيل قصدت الوكالة وقال المحتال انما احلتني بما عليك فالقول قول المحيل لانه اعرف بلفظه وفيه تردد ... متن

بطريق

بطريق الحقيقة ثم يحتمل ان يريد به ما قابل الدين فيصلح لسائر اعيان الاموال ويحتمل ان يريد به الذهب فيخرج غيره من الاعيان ويدخل الدين اذا كان ذهبا فلا بد ٢٠٧
عدم التبادر الى احدهما على انهما مجازان فيه ثم لو ضم الى لفظ الامر السابق قوله لا بالدين تبادر الى الذهن ارادة المعنى الاول من المعنيين ومع ذلك لا يدل على ان
الاطلاق على الباقي بطريق المجاز وح فاطلاق الاصوليين كون ذلك من علامات الحقيقة والمجاز يحتاج الى التنقيح وقد نبه له بعض الاصوليين فان قيل الحوالة
حقيقة شرعية في العقد المخصوص واطلاقها على الوكالة انما هو بطريق اللغة واذا تعارضت الحقيقتان فالشرعية مقدمة ويعضدها ايضا دلالة العرف على ارادة
المعنى الشرعي والعرفية مقدمة على اللغوية قلنا دلالتها على الوكالة ايضا بطريق الشرع لان الوكالة لما كانت شرعا حقيقة في الاذن في التصرف كيف اتفق وبأي
لفظ دل عليه كما هو شأن العقود الجائزة وكانت الحوالة دالة عليه ايض فاطلاقها عليها اذا اراده اللافظ يكون بطريق الحقيقة الشرعية وان وافقها مع ذلك
اللغة وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة فان قيل سلمنا اصل الحقيقتين
لذلك لكنه يستلزم كون لفظ الحوالة مشتركا بين المعنيين ولو حملناها على الوكالة بطريق المجاز يندفع الاشتراك وقد تقرر في الاصول ان المجاز
اولى من الاشتراك عند التعارض قلنا لا نم اولويته اولا بل قد قال جمع من المحققين باولوية الاشتراك سلمنا لكن ذلك اذا لم يثبت الاشتراك
وقد اثبتناه فلا يتم الترجيح واذا ثبت ذلك فدعوى المحيل ارادة الوكالة يكون دعوى لارادة بعض افراد الحقيقة الا انه خلاف الظ ودعوى المحتال
الحوالة توافقه ولكن بهذا لا يندفع الاصلان المتقدمان وهما اصالة بقاء حق المحيل وحق المحتال انما ينتفيان لو كانت الحوالة مجازا في الوكالة
كما سلف اما اذا كان حقيقة فيها فلم يقع ما يرفع ذينك الاصلين لكن يرجع الامر الى تعارض الاصل والظ فان قدمنا الاول كما هو الراجح في استعمالهم
فالقول قول المحيل كما اختاره المص وجماعة وان قدمنا الظ فالقول قول المحتال كما لو جعلناها مجازا في الوكالة وينبغي الترجيح بما يعضد ذلك
كله فالقول بتقديم قول المحتال اقوى اما مراعاة للحقيقة او لقوة هذا الظاهر بحيث يكاد يلحق بها وقد رجحوا الظ في موارد لا يقصر هذا عنها او لتساقط
الامرين فيحكم له بملك ما بيده لان الاصل في اليد الملك وبهذا ظهر فائدة تقييد التنازع المذكور بكونه بعد القبض فقول بعضهم ان الاختلاف قبل القبض
وبعده لا يختلف فرقا ليس بجيد وانما يتجه عدم الفرق لو سلم ان الحوالة مجاز في الوكالة فاذا اطلقت وحملت على الحقيقة تعين فيه الاداء الى المحتال لانه صار
ملكه سواء قبض او لم يقبض قوله اما لو لم يقبض آه الكلام هنا متفرع على ما سبق فان قلنا ان لفظ الحوالة مجاز في الوكالة فعدم الفرق واضح والقطع ممنوع
بل الوجهان آتيان فيه وتقديم قول المحتال اوضح لاتفاقهما على وقوع اللفظ الناقل للملك فلا يقدح دعوى المجاز والا لتوجه في كل عقد يدعي لافظه ارادة
غير معناه الحقيقي وهو باطل وان جعلناها حقيقة في الوكالة ايضا تعارض الاصل والظاهر ولا ترجيح من جهة القبض كما تقدم فيمكن ان يكون قطع المص من جهة ترجيح
الاصل الا انه الغالب معتضدا بما سبق باصالة عدم ملك المحتال لما في يده واما توجيه الفرق بان الحوالة استيفاء والاستيفاء انما يتم الملك به
القبض فقبله لا يتحقق الملك فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف فليس بسديد لان الحوالة وان جعلناها
استيفاء نقول انها بمنزلته واما لا بمنزلة التوكيل فيه لان الحوالة تفيد النقل والملك وان لم يحصل القبض اجماعا حتى لو اراد المحيل ابدال الحوالة قبل
القبض بدفع البدل لم يملك ذلك بدون رضاء المحتال اذا تقرر ذلك فنقول ان قدمنا قول المحتال فالحكم واضح فان كان قبض برئت ذمة المديون من مقدار
المال لاخذه بيده منه ظاهرا ايضا وصحة مقداره وذمة المحال عليه ان كانت مشغولة لثبوت الحوالة ظاهرا وان لم يقبض فله المطالبة هذا اذا حلف وان نكل
حلف المديون وبطلت الحوالة وان قدمنا قول المحيل ولم يكن المحتال قد قبض بطلت وكالته بانكاره وحوالته بحلف المديون وله ان يطالب المديون بحقه
لبقائه بزعم المديون في ذمته مع احتمال عدمه لزعمه ان لا حق له على المديون بالحوالة وان حقه على المحال عليه وان كان قد قبض وكان المقبوض باقيا فعليه تسليمه
للمحيل وله مطالبته بحقه لانه ان كان وكيلا فحقه باق على المديون وان كان محتالا فقد استرجع المحيل ماله منه ظلما فله الرجوع عليه ببدله وهذا بخلاف
ما لو لم يقبض حيث توجه احتمال عدم مطالبة المديون لاعترافه ببراءته ثم بنيانه واما هنا وان كان قد برئ بالحوالة بزعمه الا ان ذمته اشتغلت ظلما ثانيا ولو كان
المقبوض تالفا فان كان تلفه بتفريط ضمنه بدله للمحيل ويرجع عليه كما مر وان كان بغير تفريط ففي ضمانه له وجهان احدهما عدم الضمان لانه اما وكيل بزعم المحيل
فلا يضمن المال اذ لم يفرط او محتال فهو ماله والثاني الضمان لانه وان كان وكيلا ظاهرا الا انه قبض المال لنفسه والوكيل يضمن بذلك لانه خيانة وعلى
الاول ليس له مطالبة المحيل بحقه وان كان المحيل بزعم بقائه لاعتراف المحتال باستيفاء حقه بزعمه قوله ولو انعكس الفرض آه بان قال المديون بعد اتفاقهما
على جريان لفظ الحوالة قصدت الحوالة وقال المحتال بل وكلتني فيقدم هنا قول مدعي الوكالة وهو المحتال بيمينه لاصالة بقاء الحقين السابقين والمحيل
يدعي خلافهما وانتقالهما فكان عليه البينة ويظهر فائدة هذا الاختلاف عند افلاس المحال عليه ونحوه وتوجيه هذا الحكم كما سبق اعتراضا وجوابا
فيأتي فيه الوجهان لرجوع الامر الى دعوى خلاف الظ او خلاف الحقيقة ونقول هنا ان قدمنا قول المحتال وحلف فان لم يكن قبض المال فليس له قبضه لان
انكار المحيل الوكالة يقتضي عزله لو كان وكيلا وله مطالبة المحيل بحقه وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه وجهان من اعترافه بتحول ما كان عليه الى المحتال
ومن ان المحتال ان كان وكيلا فاذا لم يقبض بقي حق المحيل وان كان محتالا فقد ظلم المحيل باخذ المال منه وما على المحال عليه حقه فللمحيل ان يأخذه عوضا
عما ظلم به وان كان قد قبض المال فقد برئت ذمة المحال عليه على التقديرين ثم ان كان المقبوض باقيا ففي جواز تملكه له او وجوب رده على المحيل وجهان
ماخذهما انه جنس حقه وصاحبه يزعم انه ملكه واعترافه بانه ملك المحيل وانه المجبر في جهة الاداء والاول اجود فان كان تالفا بتفريط ضمنه للمحيل وطالبه
بحقه وقد يمكن التقاص وان لم يكن بتفريط ففي ضمانه وجهان ماخذهما ثبوت كونه وكيلا ظاهرا فيده يد امانة وانه لا يلزم من تصديقه بيمينه في نفي الحوالة
تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان لان يمينه انما كانت على نفي ما يدعيه المحيل لا على اثبات ما يدعيه وان قدمنا قول مدعي الحوالة بحلفه
برئ من دين المحتال وكان للمحتال مطالبة المحال عليه اما بالحوالة او بالوكالة ويتملك ما يأخذه اما تقاصا على زعمه او لانه عين حقه كما اقتضاه الظ

اما لو لم يقبض واختلفا فقال وكلتك فقال بل احلتني فالقول قول المحيل قطعا ولو انعكس الفرض فالقول قول المحتال. متن

واعلم ان هذا البحث كله اذا لم يضم الى لفظ الحوالة ما لا يحتمل الوكالة كما لو قال احلتك بالمائة التي لك على زيد فان هذا لا يحتمل الا حقيقة الحوالة فالقول
قول مدعيها قطعا لامتناع ارادة المجاز او الفرد المرجوح ولو لم يتفقا على جريان لفظ الحوالة بل قال احلتك فقال بل وكلتني او بالعكس فالقول قول منكر
الحوالة قطعا لاصالة عدمها من غير معارض قوله اذا كان له دين على اثنين الى اخره لا بد قبل تحقيق الحكم في هذه المسألة من تقرير مقدمة يبنى عليها وهي ان الضمان عندنا
ناقل المال من ذمة المضمون الى ذمة الضامن لا ضام ذمة الى ذمة ومخالفونا جعلوه بمعنى الضم كما قد سمعته غير مرة وحينئذ فنقول اذا كان لشخص على اثنين دين
ولنفرضه كما فرضه الشيخ ره الفا على كل واحد خمسمائة فاذا كفل كل واحد منهما صاحبه اي ضمن ما عليه فلا يخلو اما ان يقترنا او يتلاحقا وعلى التقديرين
اما ان يجيز المضمون له الضمانين او احدهما او لا يجيزهما ثم اما ان نقول بكون الضمان ناقلا او ضاما فان اجاز الضمانين وكانا متلاحقين اجتمع الجميع
في ذمة الاخير وان كانا مقترنين انتقل ما في ذمة كل واحد منهما الى ذمة الاخر وبقي الامر كما لو لم يجزهما في استحقاقه في ذمة كل واحد خمسمائة وان اجاز
احدهما خاصة صار الجميع في ذمة من اجاز ضمانه النصف بالاصالة والاخر بالضمان وعلى مذهب مخالفينا لو اجاز ضمانهما صار مخيرا في مطالبة كل منهما بالا
لف ثم لو احال صاحب الحق عليهما ثالثا بالالف وقد ضمنا واجاز ضمانهما فعندنا يأخذ من كل واحد خمسمائة لعدم تأثير الضمان من هذه الحيثية
واما من جعله ضاما فاختلفوا هنا فبعضهم منع من هذه الحوالة لانه لم يكن له الا مطالبة واحد منهما فلا يستفيد بالحوالة زيادة كما لا يستفيد زيادة
قدر وصفة وبعضهم جوزه لذلك الاصل ولعدم اعتبار هذا الارتفاق في المنع كما لو احاله على من هو املى منه واحسن وفاء اذا تقرر ذلك فالشيخ
ره ذكر هذه المسألة في ط وحكم فيها بعدم الصحة معللا بما ذكرناه من زيادة الارتفاق وهذا لا يتم الا على القول بان الضمان بمعنى الضم كما قد
بيناه اذ على تقدير النقل لم يستفد زيادة ارتفاق بل بقي الحكم كما كان ومع ذلك فهو موضع نظر لان هذا الارتفاق لا يصلح للمانعية والمعروف
من مذهبنا هو النقل فالبحث كله ساقط والمص ره وافق الشيخ على تصوير المسألة التي لا تتم الا على القول بالضم وهو لا يقول به وخالفه في الحكم وحكم بالصحة
مبنيا على ان الرفق المذكور غير مانع بقوله وان حصل الرفق في المطالبة والظاهر ان المص لم يذكر المسألة الا على وجه التفريع والتنبيه على ان ما حكم به الشيخ
لا يتم وان بني على ذلك الاصل نظرا الى ان زيادة الرفق لا تمنع كما لو احال على من هو اكثر ملاءة واما ما ذكره الشيخ لها فيشعر بذهابه الى كونه بمعنى الضم اذ لا يتم
الا عليه والمص ره قد لوح في المسألة بالخلاف فيما سبق في موضعين احدهما قوله على قول مشهور لنا والاخر قوله على القول بانتقال المال كما نبهنا عليه في
الموضعين ويمكن ان يكون الشيخ ره فرع على مذهب المخالفين وان لم يشر اليه لتقدم نقله لذلك في ط في مواضع قوله اذا احال المشتري الى اخره منشأ التردد من ان
الحوالة تابعة للبيع فاذا بطل البيع بطلت لاستحالة وجود التابع من حيث هو تابع بدون متبوعه وهو مذهب الشيخ ره ومن ان الحوالة ناقلة للمال الى ذمة المحال
عليه فحالة كون المحتال مستحقا للدين في ذمة المشتري فلا يزيله الفسخ المتعقب لانه ابطل العقد من حينه لا من اصله ويرد التردد العلامة في ذلك كالمص وربما بني ايضا
على ان الحوالة هل هي استيفاء ما على المحيل نظرا الى عدم اشتراط القبض فيها ولو كان الحقان من الاثمان ولتحقق براءة الذمة بمجردها ولانها لو كانت اعتياضا
كانت بيع دين بمثله او اعتياض التفاتا الى انه لم يستوف نفس حقه بل اخذ بدله عوضا عنه وهو معنى الاعتياض فعلى الاول بطل لانها نوع ارفاق واذا بطل الاصل
بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وعلى الثاني لا يبطل كما لو اعتاض البايع عن الثمن ثوبا ثم فسخ فانه
يرجع بالثمن لا بالثوب ولا فرق في ذلك بين كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع وقبله ولا بين ان يتفق الرد بعد قبض المحتال المال المحال به وقبله ولا بين الفسخ
بخيار العيب وغيره من انواع الخيار والاقالة والفسخ بالتحالف ونحوهما مما لا يبطل البيع من اصله ولكن المص والجماعة مثلوا بالعيب تبعا لمن فرض المسألة وكذا
لا فرق بين العيب السابق على البيع واللاحق على وجه يجوز الفسخ كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان قوله فان لم يكن البايع الى اخره هذا تفريع على
القول ببطلان الحوالة وتحريره ان البايع المحتال ان لم يكن قد قبض المال لم يكن له قبضه لبطلان الحوالة فيبقى في ذمة المحال عليه للمشتري كما كان فلو خالف
البايع وقبض بعد ذلك لم يقع عنه لبطلان حقه وهل يقع للمشتري وجهان ماخذهما بطلان الحوالة فيتبعها الاذن في القبض لانه كان من لوازمها فيستحيل
تخلفه عن ملزومه وان الاذن الضمني لا يبطل ببطلان ما كان في ضمنه كما سيأتي ان شاء الله في الشركة والوكالة والاول اقوى والفرق ان الحوالة تنقل الحق الى
المحتال فاذا اصاب الحوالة ملك قبضه لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن بخلاف الوكالة والشركة فان القبض فيهما للمالك فاذا بطل خصوص الاذن
جاز ان يبقى عمومه مع ان في بقاء الاذن الضمني فيهما ايضا نظر لامتناع بقاء المعنى الضمني بعد ارتفاع المطابقي وسيأتي تحقيقه ان شاء الله وان كان قد قبض
المال من المحال عليه تعين المشتري لقبضه باذنه فلا يقصر عن الوكيل فليس له رده على المحال عليه فللمشتري مطالبته ثم ان كان موجودا اخذه وان كان تالفا
بدله وان تلف بغير تفريط لانه قبضه عن الثمن فيكون مضمونا عليه ولو قلنا بعدم بطلان الحوالة وكان قد قبض برئ المحال عليه ورجع المشتري على البايع
ولا يتعين حقه فيما قبضه وان لم يكن البايع قد قبض فله القبض وللمشتري الرجوع عليه قبل القبض لان الحوالة كالمقبوضة ومن ثم يسقط حق حبس المبيع لو احال
المشتري البايع بالثمن ويحتمل عدم جواز رجوعه عليه الى ان يقبض لعدم وجود حقيقة القبض وان وجد ما هو بمعناه في بعض الاحكام قوله اما لو احال
البايع الى اخره اشار بالتعليل الى الفرق بين حوالة المشتري للبايع وحوالة البايع الاجنبي على المشتري فان الحق في الاول كان مختصا بالمتبايعين بسبب
المبيع فاذا بطل السبب بطلت التوابع بخلاف حوالة الاجنبي فانها لا تبطل وان حكم بالبطلان ثم لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين حيث ان الثمن صار
مملوكا للمحتال الاجنبي قبل فسخ العقد ونقل الشيخ هنا الاجماع على عدم البطلان ولا فرق بين ان يكون المحتال قد قبض وعدمه لان الناقل للملك
هو الحوالة لا القبض ويحتمل ضعيفا البطلان هنا ايضا لان استحقاق المحتال فرع حق المحيل فاذا بطل حق المحيل بطل تابعه ووجه ضعفه انه تابعه حين الحوالة لا
بعد ذلك لافادتها الملك حين وقعت بغير معارض قوله ولو ثبت الى اخره اي في موضع احالة المشتري للبايع واحالة البايع الاجنبي على المشتري ووجهه
ان صحة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبايع على التقديرين فاذا تبين بطلان البيع من اصله ظهر عدم استحقاق البايع الثمن في نفس الامر في ذمة المشتري

الثانية اذا كان له دين على اثنين وكل منهما كفيل لصاحبه وعليه لآخر مثل ذلك فاحاله عليهما جاز وان حصل الرفق في المطالبة الثالثة اذا احال المشتري البايع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة لانها تتبع البيع وفيه تردد فان لم يكن البايع قبض المال فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري وان كان البايع قبضه فقد برئ المحال عليه ويستعيده المشتري من البايع اما لو احال البايع اجنبيا بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب او بامر حادث لم تبطل الحوالة لانها تعلقت بغير المتبايعين ولو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضعين
متن

ظ ورده عليه

وفي الحقيقة الحوالة وقعت في نفسها باطلة لا انها بطلت بظهور بطلان البيع وانما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من راس وحينئذ فان كان البايع او المحتال لم يقبض
فليس له القبض وان كان قد قبض رجع المشتري عليه وله الرجوع على البايع لو كان القابض محتاله لانه قد ادى وفاء للمحتال عما في ذمته فقبضه منسوب اليه وللمشتري
الرجوع على المحال عليه بعد القبض لصدوره باذنه **القسم الثالث** في الكفالة قوله ويعتبر رضاه الى اخره لما كانت الكفالة من جملة العقود اللازمة
فلابد من وقوعها بين اثنين ولو حكما ورضاهما بذلك ومدار الكفالة على ثلثة كفيل وهو هنا بمعنى الفاعل وان كان يصلح للمفعول ايضا لكنهم اصطلحوا على وضعه
للفاعل وتخصيص المكفول باسم المفعول ومكفول له وهو صاحب الحق ولو بالدعوى ومكفول وهو من عليه الحق او الدعوى فلابد من رضاء اثنين منهم ليتم العقد
فالكفيل يتعين رضاهما اما الاول فواضح لان الانسان لا يصح ان يلزمه الحق الا برضاه واما الثاني فلانه صاحب الحق فلا يجوز الزامه شيئا بغير رضاه وبهما يتم
العقد واما المكفول فلا يعتبر رضاه لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق بنفسه او وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يلزمه باحضاره وغاية الكفالة
هي حضور المكفول حيث يطلب هذا هو المشهور بين علمائنا وغيرهم وللشيخ ره قول باشتراط رضاه لانه اذا لم ياذن فيها او يرض به لم يلزمه الحضور مع الكفيل
فلم يتمكن من احضاره فلا يصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور عليه وهذا بخلاف الضمان لامكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه في الحضور
وتبعه ابن ادريس وقواه في التحرير وهو ضعيف لان مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه وهو ممنوع لان المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور
وان لم يكن مكفولا اجماعا وفائدة الكفالة راجعة الى الزام الكفيل بالاحضار حيث يطالبه المكفول له فان طلبه منه لم يقصر عن وكيله وان لم يطلبه منه لا يجب عليه
الحضور معه وان كان برضاه اذا تقرر ذلك فعلى القول باعتبار رضاه ليس هو على حد رضاء الاخرين لان رضاهما لا بد معه من اقترانه بالايجاب والقبول الصادرين
على وجههما اما المكفول فيكفي رضاه بذلك كيف اتفق متقدما او متأخرا او مقارنا كما في رضاء المضمون قوله وتصح حالة الى اخره هذا هو الاصح للاصل ولان الحضور حق شرعي
فلا يمنعه الحلول واشترط الشيخ ره وجماعة فيها الاجل كالضمان وهو ضعيف قوله واذا اشترط الى اخره هذا موضع وفاق ولان الاجل المجهول يوجب الغرر اذ ليس له وقت
يستحق مطالبته فيه كغيره من الاجال ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اكتفى فيها بالاجل المجهول لاشتمالها على التبرع فيتسامح فيها كالعارية وفساده ظ
لان العارية غير لازمة فلا يقدح فيها الاجل المجهول لجواز المطالبة بالمستعار في الاجل وان كان معلوما قوله وان امتنع كان الى اخره المراد بالتسليم التام ان يكون في الوقت
والمكان المعينين ان عينا سابقا في العقد او في بلد العقد مع الاطلاق ولا يكون للمكفول له مانع من تسلمه بان لا يكون في يد ظالم ولا متغلب يمنعه منه ولا في حبس ولا
في موضع لا يتمكن من وضع يده عليه لقوة المكفول وضعف المكفول له ونحو ذلك فاذا سلمه كذلك فقد برئ من عهدته فان لم يتسلمه منه وامكن تسليمه الى الحاكم
سلمه اليه وبرئ ايضا ولو لم يمكن اشهد عدلين باحضاره الى المكفول له وامتناعه من قبضه والاولى الاكتفاء بالاشهاد وان قدر على الحاكم لانه مع وجود صاحب الحق
لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره هذا ما يتعلق بالكفيل اذا بذل اما اذا امتنع من التسليم التام الزمه الحاكم به فان ابى حبسه حتى يحضره وله عقوبته عليه
كما في كل ممتنع من اداء الحق ثم ان سلمه بعد ذلك فلا كلام وان ابى وبذل ما عليه فظ المص الاكتفاء به في برائته وعليه الشيخ وجماعة لحصول الغرض من الكفالة وهذا
على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن اخذه من الكفيل كالمال فلو لم يمكن كالقصاص وزوجية المرأة والدعوى بعقوبة توجب حدا او تعزيرا فلابد من الزامه باحضاره
مع الامكان ان لم يكن له بدل اما ما له بدل كالدية في القتل وان كان عمدا ومهر مثل الزوجة وجب عليه البدل وذهب جماعة من الاصحاب منهم العلامة في كره الى
انه لا يتعين على المكفول له قبول الحق بل له الزامه بالاحضار مطلقا لعدم انحصار الاغراض في اداء الحق فقد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء او بالاداء من الغريم لا من غيره
خصوصا فيما له بدل فانه بدل اضطراري لا عين الحق الذي يتعلق الغرض غالبا بحصوله وهذا هو الاقوى اذا تقرر ذلك فان رضي المكفول له بالمال واداه الكفيل
فان كان قد كفل باذن الغريم او ادى باذنه وان كان كفل بغير اذنه فله الرجوع عليه وان انتفى الامران فان امكنه احضاره فلم يحضره لم يرجع عليه وكذا ان كفل
باذنه وادى بغير اذنه مع تمكنه من احضاره لان الكفالة لم تتناول المال اختيارا فيكون كالمتبرع وان تعذر عليه احضاره رجع عليه مع اذنه في الكفالة وفي رجوعه
مع عدمها نظر وظاهرهم انه يرجع عليه ايضا والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من ادى بالاذن هنا وان كفل بغير الاذن بخلاف الضمان ان الكفالة لم تتعلق بالمال
بالذات فيكون حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي فاذا اداه باذن من عليه فله الرجوع بخلاف الضامن لانتقال المال الى ذمته بمجرد الضمان فلا ينفعه بعد ذلك
الاذن في الاداء لانه كاذن الاجنبي للمديون في اداء دينه واما اذا اذن له في الكفالة ولم ياذن له في الاداء مع تعذر الاحضار فان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن
في الكفالة اذن في لوازمها قوله ولو قال ان لم احضره كان الى اخره هذه المسألة ذكرها الشيخ ره في يه وتبعه عليها المص وجماعة من الاصحاب ومستندهم في ذلك رواية
داود بن الحصين عن ابي العباس عن الصادق ع قال سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يات به فعليه كذا وكذا درهما قال ان جاء به الى اجل فليس عليه
مال وهو كفيل بنفسه ابدا الا ان يبدأ بالدراهم فهو له ضامن ان لم يات به الى الاجل الذي اجله وفي رواية اخرى في طريقها ابان بن عثمان عن ابي العباس قال قلت
لابي عبد الله ع رجل كفل لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به والا فعلي خمسمائة درهم قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم فان قال علي خمسمائة درهم ان لم ادفعه اليه
قال تلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه وانما ذكرنا الروايتين ليترتب عليهما الكلام في حكم المسألتين والفرق بينهما وقد عرفت منهما ان قول المص في الثانية لزمه المال
ليس بجيد بل يجب تقييده بما قيد في الرواية بقوله ان لم يحضره ونحوه لكن الشيخ ره مع ذكره للروايتين في يه ذكر المسألتين كما ذكره المص من لزوم المال في الثانية
من غير قيد وتبعه المص هنا والعلامة في عد والارشاد وقد نبه المص لذلك في النافع فقال كان ضامنا للمال ان لم يحضره في الاجل وكذا العلامة في ير وكره فهذا
ما يتعلق بحكم المسألة والتفصي عن اختلاف الروايتين ثم يبقى الاشكال في الفرق بين المسألتين بمجرد تقديم الجزاء على الشرط وتأخيره فان ذلك لا مدخل له في اختلاف الحكم
لان الشرط وان تأخر فهو في حكم المتقدم الا ان الجماعة جمدوا على النص ومع ذلك لم يوفوا بقيوده كما عرفت ويبقى الكلام في المستند فان في سند الروايتين
ضعفا وجهالة في بعض ضعفا وجهالة في بعض رجالهما فالاستناد اليهما في هذا الحكم المخالف للقواعد الشرعية والعربية لا يخلو من اشكال ثم ان جماعة
من الاصحاب لهم في الاعتذار عن ذلك وجوه منها الجمود على النص من غير بحث على تعليل ولا التفات الى مخالف وهو طريقة الشيخ ومن تبعه

في الكفالة
القسم الثالث في الكفالة والكفيل ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له دون المكفول وتصح حالة ومؤجلة على الاظهر ومع الاطلاق تكون معجلة واذا اشترط الاجل فلابد ان يكون معلوما وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول عند حلول الاجل ان كانت مؤجلة او عاجلا ان كانت معجلة فان سلمه تسليما تاما فقد برئ وان امتنع كان له حبسه حتى يحضره او يؤدي ما عليه ولو قال ان لم احضره كان علي كذا لم يلزمه الا احضاره دون المال ولو قال علي كذا الى كذا ان لم احضره وجب عليه ما اشترط من المال
متن

فان بدأ بالدراهم

٢٦٤ ومع ذلك لا يخلو من شوب عدم صحة المستند كما قد علم ذلك من طريقة الشيخ ره سيما في النهاية التي قد ذكر فيها هذه المسئلة فانه يذكر فيها ما وردت به النصوص مع ضعف كثير منها ولا يخفى ما في هذه الطريقة من الخطر خصوصا في مثل هذا الحكم المخالف للاصول مع ضعف المستند ومنها ان الحكم في المسئلتين اجماعي ومع ذلك منصوص فلا يمكن العدول عنه بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين وهذا ذكره ابن فهد في المهذب وتبعه المحقق الشيخ علي في الشرح وفيه نظر يمنع الاجماع في موضع النزاع فان احدا من الاصحاب لم يدعه والموجود كلامهم في المسئلة جماعة يسيرة والباقون لا يعرف حكمهم فيها ومع ذلك فقد ذكرها العلامة في لف وحكى فيها كلام الشيخ ومن تبعه ثم قال وعندي في هذه المسئلة نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما مخالفا لما ذكره الشيخ والجماعة وقال ان كلام ابن الجنيد انسب وقد عرفت ان للمص وحده فيها قولين هنا وفي النافع وللعلامة وحده فيها اربعة مذاهب كما سنبينه فدعوى الاجماع بمثل ذلك عجيب ومنها ما فرق به ابن ادريس فقال انه يلزمه ضمان النفس حيث بدا بضمانها ويلزمه ضمان المال حيث بدا بضمانه وهو فرق ينقض الدعوى لا يحصل له فائدة قال المحقق نكت النهاية في رده ان الشرط متقدم على المشروط طبعا فلا عبرة بتاخره وضعا ومنها ما ذكره الشيخ علي ره من ان السر في لزوم المال اذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فيمتنع الكفالة واذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا ولمنافاة الضمان صحة الكفالة وهذا السر الذي اظهره ناش من ظاهر كلام عد وما اشبهها كعبارة المص في الكتاب حيث اطلق لزوم المال في المسئلة الثانية وقد عرفت انه في الرواية مشروط بعدم احضاره فتكون الكفالة ايضا صحيحة وان تاخرت عن ذكر المال هذا مع انه مع تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطا بعدم احضاره فكيف يوجب براءة ذمة المضمون عنه حتى يمنع كفالته وما هذا الا رجوع الى فرق ابن ادريس الذي لم يجد نفعا ومع تقديم الكفالة فقد ذكر في الرواية انه ان جاء به في الاجل فليس عليه مال ومفهوم الشرط انه ان لم يجئ به لزمه المال فدل بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة وابداه من الفرق الا ان لا يقولوا بمفهوم الشرط وايضا فان المسئلة اعم من كون المكفول على مال وغيره من قتل وزوجية وغيرهما مما لا يقبل الضمان وعلى تقدير المال فما جعله الضامن عليه من كذا في الاولى وخمسمائة في الثانية ومط في كلام الجماعة اعم من كونه مساويا للحق الذي على المكفول وزائدا وناقصا ومماثلا له في الجنس ومخالفا والضمان الذي ادعوه في بيان الفرق لا يتاتى الا في قليل من هذه الاقسام كما لا يخفى وايضا لعبارة التي ذكروها في المسئلتين لفظ يدل على كفالة صحيحة شرعا وانما الموجود فيها ضمان معلق على شرط تقدم او تاخر واما الكفالة فهي مجعولة شرعا ومجرد ذلك لا يكفي في عقد الكفالة ولو قيل انه اتى قبل ذلك بلفظ يدل عليها فتقدير مثل ذلك خارج عن مدلول المسئلتين ومبطل للسر الذي ادعوه في الفرق بينهما واما لفظ الرواية فيمكن ان يكون يستفاد منه كونه كفل كفالة صحيحة قبل ذكر الشرط وجزائه كما يستفاد من قوله تكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يات به الى اخره فانه جعل الشرط متعقبا للكفالة فرضها فلا بد من سبق كفالة على ما ذكر في المسئلتين وهذا تقصير اخر في عبارة الجماعة ثم يبقى في دعوى الاجماع على هذا الحكم مع تعليله بالسر المذكور ان الاجماع ان كان على الحكم الذي اظهر سره ومن جملته لزوم المال خاصة في الثانية فقد عرفت ان القائل به قد خالف نفسه واثبت في غير الكتاب حكما مخالفا لهذا الحكم وهو ان اللازم هو الكفالة وان المال لا يضمن الا اذا لم يحضره وهو في الحقيقة من لوازم الكفالة كما تقدم على بعض الوجوه لا دليل على صحة الضمان فكيف يحقق الاجماع على مسئلة قد خالف فيها مثل العلامة والمحقق وابن الجنيد والشهيد ايضا فانه قيد لزوم المال بعدم احضاره في اللمعة وبعض ما حققه على المسئلة وان كان الاجماع وقع على الحكم مع القيد بطل السر المذكور ومع ذلك يصير ما خلى عنه من العبارات مخالفا له في الحكم وهو قول اخر في المسئلة ومنها ما نقله فخر الدين عن والده انه حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال ان لم احضره فعلي عشرة دنانير مثلا فهنا لا يلزمه المال اجماعا لانه التزم بما ليس عليه اما الثانية فانه التزم بما هو عليه وهو الدينار مثلا فكانه قال علي الدينار الذي عليه ان لم احضره ولا يخفى بعد هذا الحمل عن اطلاق المال في الصورتين المتغايرتين بل نقول مقتضى القواعد العربية ان المال في الصورتين واحد لانه قال في الرواية فعليه كذا وكذا درهما ثم قال الا ان يبدا بالدراهم فاتى بها معرفة ومن القواعد المقررة ان اللفظ اذا تكرر وكان الثاني معرفا يكون هو الاول حملا للام على العهدية سواء كان الاول منكرا كقوله تعالى فارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ام معرفا كقوله ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا ومن هنا قيل لن يغلب عسر يسرين واما الرواية الثانية فالمال فيها في الصورتين متحد القدر وهو خمسمائة فلا يصح هذا الحمل على الروايتين ومع ذلك فيرد على المجيب السابق في دعواه الاجماع على ان المراد هو ما اطلقوه والحال ان هذا قول اخر في المسئلة غير ما سبق وقد صار للعلامة وحده في هذه المسئلة اربعة اقوال هذا احدها والثاني قوله في عد بلزوم المال في الثانية مط والثالث في ير وكرة بلزوم المال ان لم يحضره والرابع في لف بمذهب ابن الجنيد وهو قول يحتاج تقريره الى تطويل فاعرضنا عنه هنا ومنها ما ذكره المقداد ره وقال انه حسن لم يذكره احد من الاصحاب وملخصه ان المراد من الاولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزامه بالمال ان لم يات به وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها وما بعدها من المال لازم للكفالة لما تقدم من ان مقتضاها لزوم المال للكفيل ان لم يات به واما الثانية فانها تشتمل على ضمان معلق على شرط والشرط متاخر فهي اما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط او ان الضمان تم بقوله علي كذا والشرط بعده مناف له فلا يلتفت اليه لانه كتعقيب الاقرار بالمنافي ولا يخفى ما في هذا الفرق من الفساد خصوصا الكلام في الثانية وتحريره ان المال المذكور في الشرط اعم من كونه هو المقصود من الكفالة وغيره كما سبق تقريره فكونه قد ذكر لازم الكفالة مط واما الحكم بصحة الضمان والغاء الشرط مع اتصاله به وكون الكلام جملة واحدة لا يتم الا باخره فهو بعيد وقياسه على الاقرار اعجب فان صيغ العقود كلها اذا علقت على الشروط المفسدة لها تحكم بفسادها وان تاخر الشرط اجماعا والاقرار خارج من ذلك من جهة انه اخبار لا انشاء وللاجماع عليه اذا تقرر ذلك فنقول الذي يقتضيه ظاهر الرواية ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين وتعقيبها ما ذكر من الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم ضمها الى القسمين فان التكفل اذا اطلق يحمل على معناه الشرعي وانما لم يذكر لفظ بوجبه وقوله بعده وان لم يات به فعليه كذا وكذا اما ان يحمل على كون المكفول عنه هو الحق المكفول لاجله عملا بقرينة مقتضيات الكفالة الصحيح فلا اشكال في الاولى لانه يصير كفيلا ابدا وما ذكر بعد الكفالة غير مناف ثم ان عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن المال ان لم يات به الى الاجل

لانه مفهوم

٢٦٥ لان مفهوم ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال انه اذا لم يجئ به فعليه المال وح فلا فرق بين الصيغتين لانه حكم في الثانية بهذا الحكم ايضا لانه قال ان بدء بالدراهم فهو له ضامن ان لم يات به الى الاجل ويكون الاستثناء منقطعا اذ لم يحصل به اخراج لاتحاد الحكم في المسئلتين فكانه بين ان الحكم هكذا ان قدم الدراهم او اخرها ويبقى قوله في الرواية الثانية عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم ناظرا الى نفس حكم الكفالة لا الى ما يترتب عليها عند الاخلال بالاحضار وان لم يعمل بمفهوم الشرط اشكل الفرق بين المقامين بما تقدم واما ان يحمل المال الملتزم على ما هو اعم من الحق فيكون على سبيل الجعالة فيلزمه ما التزمه ان لم يات به في الموضعين باعمال مفهوم الشرط في الاولى والتصريح في الثانية ويناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالقصاص والزوجية ثم على تقدير كون المال مجانسا للمكفول لاجله ينبغي الحكم باحتسابه منه نظرا الى اقتضاء الكفالة ذلك ولو كان مخالفا احتمل رده اليه بالقيمة ايضا وان لم تكن الكفالة لاجل مال فهو التزام وتبرع محض واطلاق الرواية يقتضي صحته وعلى ما قررناه فمخالفة الرواية للاصول ليست كثيرة عند اطلاقها ولو خصصناها بالمال المقصود حصل المقصود وان بقي في عبارة الرواية قصور في البلاغة حيث اتحد الحكم في المسئلتين مع كونه قد ورد بينهما الا انه اسهل من مخالفة الاصول لغير موجب مع هذا فاثبات الاحكام الخارجة على تقدير العمل باطلاقها لا بد من وجه اخصول الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام ولقد كنا في سعة من هذا الاختلاف لو اطرحنا امثال هذه الروايات التي من شواذها الاحاد وبالله التوفيق قوله ومن اطلق غريما لانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها او اداء الحق الذي بسببه تثبت اليد عليه وينبغي ان يكون الحكم هنا كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول بطالب بالتسليم مع الامكان لا ان يفوض التخيير اليه وحيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم اذا لم يامره بدفعه اذ لم يحصل من الاطلاق ما يقتضي الرجوع قوله ولو كان قاتلا لا فرق في ذلك بين كون القتل عمدا وغيره اذ القصاص لا يجب الا على المباشر فاذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمدا او مات ثم ان استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلص وان تمكن الولي منه وجب عليه رد الدية الى الغارم وان لم يقتص من القاتل لانها انما وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت وعدم القتل الان مستند الى اختيار المستحق ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله لم يتعذر استيفاء الحق من قصاص او مال واخذ المال او الدية من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلصه بعين ما ذكر في تخليصه من يد المستحق قوله ولا بد من كونه الخ وهذه الثلثة تشترك في ابهام المكفول فتبطل الكفالة لانه لا يعلم المكفول بعينه ليستحق المطالبة باحضاره ويزيد الثالث ان كفالة عمرو معلقة على شرط وهو عدم الاتيان بزيد فيبطل من هذا الوجه ايضا وكفالة زيد ليست معينة لان الكفيل جعل نفسه فيه في فسحة باحضار عمرو وان اختار فرجع الى الابهام كالسابق وهذا مما لا خلاف فيه قوله اذا احضر الغريم الخ القول بوجوب تسليمه قبل الاجل للشيخ بشرط انتفاء الضرر والاقوى ما اختاره المص من عدم الوجوب لانه غير التسليم الواجب اذ لم يجب بعد فلا يعتد به ومثله ما لو سلمه في غير المكان المشروط او الذي يحمل الاطلاق عليه وان انتفى الغرر او كان اسهل مما ذكر قوله ولو قبل الخ المعتبر في التسليم التام الذي لا مانع فيه بوجه كما مر فلا يعتد بالتسليم الممنوع معه من استيفاء الغرض بقاهر وغيره وهو واضح قوله ولو كان محبوسا الخ الفرق بين الحبسين واضح فان الحاكم لا يمنعه من احضاره ومطالبته بحقه بخلاف الظالم فقد يفرض فيه المنع ولا بد من تقييده بكونه ممنوعا منه فلو كان المكفول له قادرا على تسلمه تاما في حبس الظالم بواسطة صحبته للظالم او قوته ونحو ذلك فهو كما لو لم يكن محبوسا وانما اطلق المص والجماعة ذلك بناء على الغالب من تعذر تسلمه تاما كذلك وحيث يكون في حبس الحاكم وطلب الحاكم باحضاره احضره مجلسه وحكم بينهما فاذا فرغا من الحكومة رده الى الحبس بالحق الاول ولو توجه عليه حق للمكفول له يوجب الحبس حبسه بهما ويتوقف فكه على تخلصه منهما قوله اذا كان المكفول الخ محل الانظار ذلك المقدار بعد مطالبة المكفول له باحضاره لا بمجرد الحلول والمراد من الغائب هنا من يعرف موضعه ولم ينقطع خبره فلو لم يعرف لانقطاع خبره لم يكلف الكفيل احضاره لعدم الامكان ولا شيء عليه لانه لم يكفل المال ولم يقصر في الاحضار ولا فرق في الغائب المعلوم محله بين ان يبلغ مسافة القصر وغيره خلافا لبعض العامة قوله اذا تكفل بتسليمه الخ اطلق المص وجماعة انصراف الاطلاق لكفالة الى بلد العقد لانه المفهوم عند الاطلاق وهذا التعليل انما يتم لو كان محل العقد بلد المكفول له او بلد قرار لا ينافي الارادة عرفا فلو كان برية او بلد غربة قصدهما مفارقته سريعا بحيث تدل القرائن على عدم ارادته اشكل انصراف الاطلاق اليه وقد تقدم الكلام على نظيره في السلم الا انهم لم ينقلوا هنا خلافا وعلى كل حال فالتعيين اولى وحيث يعين او يطلق ويحضره في غير بلد عينه هو او الشارع لم يجب تسلمه وان انتفى الضرر عملا بالشرط والمخالف الشيخ ره كما مر في الضمان قوله لو انفقا على الكفالة الخ لان الكفالة تستدعي ثبوت حق وانكار الكفيل الحق على المكفول اما ان يريد به نفيه ابتداء بحيث لم يكن وقت الكفالة او يريد به نفيه الان بكونه قد اوفى او ابراه المستحق فان كان الاول فهو المراد هنا فالدعوى بالحقيقة الى صحة الكفالة وفسادها فان شرط صحتها ثبوت حق للمكفول له عند المكفول والكفيل يدعي فسادها فلا يلتفت الى قوله لان القاعدة تقديم مدعي الصحة لكن مع يمينه لا يقال يكفي في صحتها مجرد الدعوى وان لم يكن الحق ثابتا وانكار الكفيل الحق لا يرفع الدعوى فلا يقتضي بطلان الكفالة لانا نقول انكاره لنفس الدين مع عدم اقرار بالدعوى لا يؤثر في سقوط حق الاحضار عنه فلا معنى لانكاره لان غرضه ابطال الكفالة ليسقط عن نفسه وجوب الاحضار واعترافه بمجرد الدعوى كاف في وجوبه والغرض من المسئلة انكاره حقا يجوز الكفالة فيكفي فيه احد الامرين الدعوى وما تضمنته والحق المنفي في العبارة نكرة تفيد عموم الحق فيشمل الدعوى وعلى هذا فاذا حلف المكفول له ولم يتعذر على الكفيل احضار الغريم فهل يجب عليه اداء المال من غير بينة احتمال والاقرب عدم الوجوب لان الكفالة انما تستدعي ثبوت الحق لا المال نعم لو اقام المدعي البينة بالحق واغرم الكفيل لم يرجع به على المكفول لاعترافه ببراءة ذمته وانه مظلوم وان كان المراد الثاني وهو نفي الحق عن المكفول الان وانه رجع قوله الى سقوط الكفالة عنه الان وان كانت قد لزمته ابتداء فالقول قول المكفول له ايضا لاصالة بقاء الحق وسيأتي بيان بقية حكمه قوله اذا تكفل الخ ما حسنه المص حسن لان المقصود تسليمه له وقد حصل حتى لو سلم نفسه او سلمه اجنبي برئ الكفيل لحصول الغرض فاذا سلمه احد الكفيلين اولى وهل يشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه ام يكفي الاطلاق بل تسليمه عن نفسه وجهان ثاني مثلها فيما لو سلم نفسه او سلمه اجنبي ومثله ياتي في وجوب قبول المكفول له قبضه عن لم يسلم اذ لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه لو بذله ومن حصول الغرض وهو التسليم وظ اطلاق المص وجماعة الاجزاء به مط وهو متجه والقول بعدم البرائة للشيخ ره محتجا بتغاير الحقين

مع كل منهما ولو قيل بالبرائة لم يبرء الاخر اصلا

ومن اطلق غريما من يد صاحبه قهرا لزمه اعادته او اداء ما عليه من المال ولو كان قاتلا لزمه احضاره او دفع الدية الى المكفول له [illegible] لو قال الكفيل برئ المكفول وكذا لو قال الكفيل ان كان [illegible] فان لم ات به الى الاجل بهذا الباب [illegible] اذا احضر الغريم قبل الاجل وجب عليه ولو قيل لا يجب كان اشبه ولو سلمه وكان ممنوعا من تسليمه بيد قاهرة لم يبرء الكفيل ولو كان محبوسا في حبس الحاكم وجب تسليمه لانه متمكن من استيفاء حقه وليس كذلك لو كان في حبس ظالم [illegible] اذا كان المكفول غائبا انظر بعد الحلول بمقدار الذهاب اليه والعود ما يمكنه الذهاب اليه والعود به وكذا لو كانت الغيبة منقطعة اخر بمقدار ذلك الثالثة اذا تكفل بتسليمه مطلقا انصرف الى بلد العقد وان عين موضعا لزم ولو دفعه في غيره لم يبرء وقيل اذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسليمه ضرر وجب تسلمه الرابعة لو انفقا على الكفالة وقال الكفيل لا حق لك عليه كان القول قول المكفول له لان الكفالة تستدعي ثبوت حق الخامسة اذا تكفل رجلان برجل فسلمه

٤٦٦ ولانه لا دليل عليه وهو ضعيف في نظر الفائدة لو هرب بعد تسليم الاول قوله ولو تكفل آه الفرق بينه وبين السابق واضح فان العقد هنا مع الاثنين بمنزلة عقدين
فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراده وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى دين احدهما فانه لا يبرأ من دين الاخر بخلاف السابق فان الغرض من كفالتهما معا احضاره وقد
حصل قوله اذا مات المكفول آه اما براءته بموته فلان متعلق الكفالة النفس وقد فات بالموت ولان المبادر من الكفالة انما هو الاحضار في حال الحياة فيحمل الاطلاق
عليه ويمكن الفرق بين ان يكون قد قال في عقد الكفالة كفلت لك حضور بدنه او حضور نفسه فيجب في الاول احضاره ميتا ان طلبه منه والا فلا ويبنى الثاني على ان
الانسان ما هو فان كان الهيكل المحسوس فكذلك والا فلا الا ان هذا يضعف بانتفاء الفائدة في احضار الميت هذا كله اذا لم يكن الغرض الشهادة على صورته والا
احضاره ميتا حيث يمكن الشهادة عليه بان لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف ولا فرق في ذلك بين كونه قد دفن وعدمه لان ذلك مستثنى من تحريم نبشه قوله وكذا
لو جاء آه اي سلم نفسه للمكفول له تسليما تاما فان الكفيل يبرأ بذلك لحصول الغرض وهو رده الى المكفول له ولا فرق بين وصوله اليه بالكفيل وغيره وقيده في كره
بما اذا سلم نفسه عن جهة الكفيل فلو لم يسلم نفسه عن جهته لم يبرأ لانه لم يسلمه اليه ولا احد من جهته واطلق في موضع اخر منها البراءة كما هنا وهو اجود ولو سلمه اجنبي عن
الكفيل فكذلك ولو لم يكن عنه فالوجهان الا انه في كره جزم هنا بالتفصيل وزاد انه لا يجب على المكفول له قبوله الا ان يكون التسليم صادرا عن اذن الكفيل بعدم
وجوب قبض الحق الامر عليه لكن لو قبل برئ الكفيل وفي كل من هذه الفروع نظر واطلاق المص وجماعة يقتضي عدم الفرق ولعله اوجه وكلام كره مختلف في سياقه
بقضيه التفريع عند الشافعية وانه لا يرتضيه الا ان عبارته وقعت مختلفة قوله قال الكفيل آه انما كان القول قول المكفول له لاصالة بقاء الحق مع اعتراف الكفيل
بثبوته ابتداء لاقتضاء دعوى الابراء ذلك هذا مع عدم البينة للكفيل على الابراء ثم اما ان يحلف المكفول له على بقاء الحق او يرد اليمين على الكفيل فان حلف
برئ من دعوى الكفيل وثبتت الكفالة ثم اذا جاء بالمكفول فادعى البراءة ايضا لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل بل عليه له يمين اخرى لان هذه الدعوى
مستقلة مغايرة لتلك فان دعوى الكفيل انما كانت لبراءة نفسه وان لزمها بالعرض دعوى براءة المكفول وان لم يحلف في رد اليمين على الكفيل وهو القسم الذي
ذكره المص فحلف الكفيل برئ من الكفالة ولا يبرئ المكفول من المال لما ذكرناه من اختلاف الدعويين ولان الانسان لا يبرأ من الحق بيمين غيره نعم اذا حلف المكفول
اليمين المردودة برئا معا وان كان قد حلف المستحق اولا للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة كما لو ادى الحق وكذا لو نكل المكفول
له عن يمين المكفول فحلف هو برئا معا قوله لو كفل الكفيل آه لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالا صح كفالة الكفيل من كفيل ثان
لان الكفيل الاول عليه حق المكفول له وهو احضار المكفول الاول وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل وهكذا وهو معنى الترامي ثم يختلف حكم الاحضار
بينهم فانه متى احضر الكفيل الاخير مكفوله برئ من الكفالة خاصة وبقي على مكفوله احضار من كفله وهكذا ولو احضر الكفيل الاول مكفوله برئ الجميع لانهم فرعه
وان احضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برئ هو وبرئ من بعده من الكفلاء وهكذا ولو ابرئ المكفول له الاول غريمه المكفول الاول ومن بعده والاصيل برئ الجميع لزوال
الكفالة لسقوط الحق ولو ابرئ غيره من كفالته اي اسقط عنه حق الكفالة برئ من بعده دون من قبله ومتى مات واحد منهم برئ من كان فرعا له فيموت من عليه الحق
يبرؤن جميعا وبموت الكفيل الاول يبرئ من بعده وبموت الثاني يبرأ الثالث ومن بعده دون من قبله وهكذا بموت الثالث يبرئ من بعده ولا يبرأ الاول لان
وقد تقدم في الضمان والحوالة ورود الترامي والدور فيهما اما الكفالة فلا يصح دورها وان صح ترامها لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله والعكس
فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله قوله لا تصح آه القائل بعدم صحة كفالة احد للمكاتب الشيخ بناء على اصله المنكر من جواز الكتابة المشروطة من قبله فلا يتعين
عليه اداء مال الكتابة فلا تصح كفالته لان الغرض منها حضوره لاداء ما عليه وقد تقدم ما يدل على الصحة ويزيد هنا انه اما عبدا ومديون وكلاهما يجوز للكفالة
وموجب الاحضار وقد عرفت ان الخلاف في المشروطة خاصة وان اطلق في جميع المواضع قوله ولو كفل الكفيل آه الاصل في الكفالة ان تتعلق بذات المكفول بان يقول
كفلت لك فلانا او انا كفيل به او باحضاره لان الغرض الذاتي منها احضاره حيث يطلبه المكفول له فيما في حكم ذاته نفسه وبدنه لانهما يعنى واحد في العرف العام وان
اختلف في الحقيقة تحقيقا واما الوجه والراس فالمراد منهما بحسب الوضع الجزء المخصوص منه الا انهما قد يطلقان عرفا على الجملة فيقال بقي راسه ووجهه ونحو ذلك
يراد ذاته وجملته وقد اطلق المص الحكم بصحة الكفالة حيث تعلق بهما حملا على المتعارف والحق بهما العلامة الكبد والقلب وكل عضو لا تبقى الحياة بدونه والجزء الشائع
فيه كثلثه وربعه الا انه لا يمكن احضار المكفول الا باحضاره كله وفي الكل نظر اما الاول فان العضوين المذكورين وان كانا قد يطلقان على الجملة الا ان
اطلاقهما على انفسهما خاصة ايضا شايع متعارف ان لم يكن اشهر وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط واصالة البراءة من
لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بارادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة كارادة احد معنيي المشترك كما انه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة مطابقا كالجزء
الذي لا يمكن الحياة بدونه وبالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على احدهما وعند ذلك لا يصح تعليل الصحة بانه قد يعبر بذلك عن الجملة واما الثاني
فهو الاجزاء التي لا يعيش بدونها وما في حكمها فلان احضاره وان كان غير ممكن بدونها الا ان ذلك لا يقتضي صحة العقد لان المطلوب من الكفالة هو المجموع وما
بطلق عليه كما في السابق على تقدير ثبوته اما اذا تعلق ببعضه فلا دليل على صحته وان توقف احضار الجزء المكفول على الباقي لان الكلام ليس في مجرد احضاره بل في
احضاره على وجه الكفالة الصحيحة فوجوب احضاره الا يتعلق بالكفالة مرتب على صحة كفالة الجزء الذي تعلقت به وذلك الجزء ليس هو المطلوب شرعا بل الجملة
فلا يتم التعليل ولا اثبات الاحكام الشرعية المتلقاة من الشرع بمثل هذه المناسبات ولو جاز اطلاق هذه الاجزاء على الجملة مجازا لم يكن ذلك كافيا لكونه
غير متعارف مع انه في المتعارف ما قد يمتنع فالقول بعدم الصحة اوضح واما الجزء الذي يبقى الحياة بعد زواله ولا يطلق عليه اسم الجملة كاليد والرجل
فعدم الصحة فيه اشد وضوحا كما جزم به العلامة واستشكل فيه في عد بما ذكر من عدم امكان احضاره على حالته بدون الجملة فكان كالراس والقلب ولا يبعد
القول بالصحة فيه لمن يقول بها فيما سبق وان كان الحكم فيه اضعف **كتاب الصلح** قوله وهو عقد آه الاصل في عقد الصلح انه موضوع
لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين قال الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا وقال الله

ولو تكفل برجلين لرجلين من الاخر الكل ... الحد ... اذا مات المكفول برئ الكفيل وسلم وكذا لو جاء المكفول برئ الكفيل فرع لو قال الكفيل ان المكفول له ابرأه فانكر المكفول له كان القول قوله مع يمينه فلو رد اليمين على الكفيل فحلف برئ من الكفالة ولم يبرئ المكفول من المال لو كفل الكفيل الكفيل آخر ثم كفل الكفلاء جاز الثامنة لا تصح كفالة المكاتب على تردد التاسعة لو كفل رأسه او بدنه او وجهه صح لانه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفا ولو تكفل بيده او برجله وبقيت ... لم يصح اذ لا يمكن احضار ما شرط مجردا ولا يسري الى الجملة كتاب الصلح وهو عقد شرع لقطع التجاذب
متن

والله انا حاربين

وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما الخبر وهو عندنا قد صار عقدا مستقلا بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم
كان كالبيع في افادة نقل الملك وعلى منفعة كان كالاجارة الى غير ذلك من احكامه لاطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومة كقول النبي صلح جائز بين
المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقول الصادق ع الصلح جائز بين الناس والاصل في العقود الصحة وللامر بالوفاء بها وهذا من الجملة فان قيل مقتضى
قول المص كغيره انه شرع لقطع التجاذب اشتراطه بسبق خصومة كما يقول بعض العامة لان القطع للتجاذب مسبوق به قلنا لا يلزم من كون اصل شرعيته لذلك
ثبوته في كل فرد من افراده كما اشرنا اليه سابقا من ان القواعد الحكمية لا يجب اطرادها في كل فرد كالقصر في السفر فان الاصل فيه وجود المشقة بدونه فيستمع
عدمها في كثير من افراده خصوصا مع وجود النصوص المتناولة باطلاقها او عمومها لما لا نزاع فيه فان قيل السفر الى المسافة مظنة المشقة والقصر تابع لها بخلاف
فانه لم يعلق بما هو مظنة التجاذب بل اجريتموه فيما لا تعلق له بالمنازعة اصلا قلنا المرجح لاثبات الصلح وشرعيته امران كما قد عرفت سابقا احدهما يدل على
انه موضوع لقطع التنازع من غير ان يدل على انحصاره فيه والاخر يدل باطلاقه على جوازه مطلقا فيجوز ان يكون اصل شرعيته لقطع التنازع مع عدم انحصاره
فيه لما دل عليه باقي الادلة فرجع الامر الى ان الاصل فيه ذلك الحكم لكنه تعدى الى غيره بالدليل كما ان الاصل في القصر كان السفر والخوف مما يخففا على
المكلف كما دل عليه الاية ثم تعدى الى ما لا خوف فيه ولا مشقة بل الى ما لا سفر فيه ايضا على بعض الوجوه كالمواطن والقربى ونحوهما وكالفسخ بالعيب الذي هو
نقصان في الخلقة لانه مظنة نقصان القيمة ثم عدي الى ما لا نقصان معه بل الى ما فيه زيادة كالخصي الى غير ذلك من الاحكام وبالجملة فالمرجح في اثبات الحكم الشرعي
الى الدليل الدال عليه لا الى الحكمة التي شرع لاجلها وهو اعم من موضع النزاع قوله وليس فرعا آه نبه بذلك على خلاف الشيخ في ط حيث قال انه فرع على عقود
خمسة وهو مذهب الشافعي فجعله فرع البيع كما اذا افاد نقل الملك بعوض معلوم وفرع الاجارة اذا وقع على منفعة مقدرة بمدة معلومة بعوض معلوم وفرع
الهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض وفرع العارية اذا تضمن اباحة منفعة بغير عوض وفرع الابراء اذا تضمن اسقاط دين او بعضه ونبه بقوله وان افاد فائدة
على ان افادة عقد فائدة عقد اخر لا تقتضي كونه من افراده مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه كغيره من العقود فعلى المختار وهو عقد لازم لدخوله في عموم
الامر على قول الشيخ يلحقه حكم ما الحق به من العقود في تلك الفرد الذي الحق به فيه قوله ويصح مع الاقرار آه هذا عندنا موضع وفاق ولاطلاق النصوص الدالة عليه
ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه مع الانكار نظرا الى انه عاوض على ما لم يثبت له فلم يصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ونحن نمنع بطلان المعاوضة على ما
لم يثبت بالصلح فانه عين المتنازع والفرق بينه وبين البيع ظ فان ذلك تصرف في مال الغير بغير اذنه بخلافه هنا ولان مبنى شرعيته عندنا وعنده على قطع
التنازع وهو شامل للحالين وصورة الصلح مع الاقرار ظ واما مع الانكار فبان يدعي شخص على غيره دينا او عينا فينكر المدعى عليه فيصالحه على مال اخر او على
بعض المدعى به او على غير ذلك من منفعة وغيرها والمراد بصحة الصلح مع الانكار صحته بحسب الظ واما بحسب نفس الامر فلا يستبيح كل منهما ما وصل اليه بالصلح وهو
غير محق فاذا انكر المدعى عليه المدعى به ظ وصولح على قدر بعض ما عليه في الواقع او ببعض العين او بمال اخر لم يستبح المنكر ما بقي من مال المدعي عينا ودينا حتى لو كان
قد صالح عن العين بمال اخر فهي باجمعها في يده مغصوبة ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر وكذا لو انعكس وكان المدعي مبطلا
في نفس الامر لم يستبح ما صولح به من عين ودين وانما حكمهم بالصحة بحسب ظ الشرع لاشتباه المحق من المبطل لان هذا كله اكل مال بالباطل وانما صالح المحق المبطل
دفعا لدعواه الكاذبة وقد يكون استدفع بالصلح ضررا عن نفسه او ماله ومثل هذا لا يعد تراضيا يبيح اكل مال الغير نعم لو كانت الدعوى مستندة الى قرينة
تجوزها كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان له حقا على احد او شهد له من لا يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعي عالما بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه
على اسقاطها بمال او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث توجه
اليمين على المنكر ولا يمكن ردها قوله الا ما احل حراما آه هذا لفظ الحديث النبوي وفسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر او استباحة بضع لا سبب
لاباحته غيره او ليشرب احدهما الخمر ونحو ذلك وتحريم الحلال بان لا يطأ احدهما حليلته ولا ينتفع بماله ونحو ذلك والاستثناء على هذا متصل لان
الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا وباطنا وفسر بصلح المنكر على بعض المدعى او منفعته او بدله مع كون احدهما عالما ببطلان الدعوى كما سبق تحريره والاستثناء
عليه يكون منقطعا للحكم بصحته ظاهرا وانما هو فاسد في نفس الامر والحكم بالصحة والبطلان انما يطلق على ما هو الظ ويمكن كونه متصلا نظرا الى بطلانه
في نفس الامر وهذا المثال يصلح للامرين معا فانه محلل للحرام بالنسبة الى الكاذب ومحرم للحلال بالنسبة الى المحق قوله وكذا يصح آه الحكم مع علمهما به واضح
من حيث صحة العقد لارتفاع الجهالة ويبقى في المبطل بما ذكر ما سلف واما مع جهلهما بمقداره بحيث تعذر عليهما علمه فعندنا انه جائز ايضا وهو مروي
في الصحيح عن الباقر والصادق ع انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه
لك ما عندك ولي ما عندي فقال لا بأس بذلك ولان الحاجة تمس الى تحصيل البراءة مع الجهل ولا وجه الا الصلح ولو كان احدهما عالما به دون الاخر فان كان
الجاهل المستحق لم يصح الصلح في نفس الامر الا ان يعلمه بالقدر او يكون المصالح به قدر حقه مع كونه غير متعين ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق لا بالصلح وقد
روى ابو حمزة عن ابي الحسن ع في يهودي او نصراني كان له عند السائل اربعة الاف درهم فمات اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان فقال لا يجوز حتى تخبرهم نعم لو رضي
صاحب الحق باطنا بالصلح بذلك القدر ولو علم قدره حقه فيصح الصلح لحصول الرضا الباطني وقطع به في كره ولو انعكس الفرض بان كان المستحق عالما بالقدر
والغريم جاهلا ويريد التخلص منه لم يصح الصلح بزيادة عن الحق بل بقدره فما دونه عكس الاول واعلم ان تقييد الاقسام بكون المصالح عليه متنازعا فيه
غير لازم بل الحكم آت في مطلق التصالح وان لم يكن بينهما تنازع مع علمهما بما يتصالحان عليه وجهلهما به كوارث تعذر علمه بمقدار حصته وشريك امتزج ماله
بمال الاخر بحيث لا يتميز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك ولو علم احدهما وجب اعلام الاخر او ايصال حقه اليه كما قررناه ولو كان جهلهما بقدره
لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة الى نقل الملك فالاقرب جوازه وهو خيرة س قوله وهو لازم آه هذا مبني على ما سلف من كونه اصلا بنفسه

الصلح م

وليس فرعا على غيره ولو افاد فائدة الاقرار على الاصح ويصح مع الانكار ايضا ما احل حراما او حرم حلالا وكذا يصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ومع جهالتهما به دينا كان او عينا وهو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه
متن

شكر

فيكون لانها العمدة الامر بالابقاء بالعقود المقتضي لذلك الا ما اخرجه دليل خارجي ويحمل قول الشيخ انه جائز في بعض مواضعه كما اذا كان فرع العارية او المنحة
على بعض الوجوه او السكنى كما اذا لم يقيد بوقت وبالجملة فانه عنده يلحقه حكم ما افاد فائدته من تلك العقود قوله الا ان يتفقا اه يقتضي دخول الاقالة
فيه كما يدخل في البيع فاذا اتفقا على التقايل وتراضيا صح فانه ينفسخ فاطلاق استثناء اتفاقهما على صحته من لزومه محمول على ما ذكرناه لا انهما اذا اتفقا عليه
صار العقد جائزا في نفسه حيث ان امره بيدهما كما ان البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجواز باتفاقهما على التقايل قوله واذا اصطلح الشريكان هذا اذا كان
عند انتهاء الشركة وارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء اما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة شرعا والمستند
صحيحة الحلبي عن الصادق في رجلين اشتركا في مال ربحا فيه وكان من المال دين وعين فقال احدهما لصاحبه اعطني رأس المال والربح لك وما توى فعليك
فقال لا بأس اذا اشترط وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما اطلق المص قوله ولو كان معهما درهمان اه المراد بكونهما معهما كونهما تحت يدهما
ليتحقق باقي الدعوى اذ لو كانا في يد مدعي الدرهمين اجمع قوله فيهما بيمينه ولو كانا في يد مدعي الدرهم لقدم بيمينه واما اذا كانا تحت ايديهما فانه يقضي لمدعيهما
بدرهم لعدم منازعة الاخر فيه ويتساويان في الدرهم الاخر لان كل واحد منهما صاحب يد ودعوى لجميعه فيقسم بينهما والمستند مع ذلك رواية عبد الله بن
المغيرة عن غير واحد عن الصادق قال في س ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعا فانه يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول وكذا في كل مشاع قال لم يذكر
الاصحاب هنا يمينا وذكروها اي المسئلة في باب الصلح فجاز ان يكون ذلك الصلح قهريا وجاز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين مع ان العلامة قال في
كره والاقرب انه لابد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الاخر الذي تصادمت دعواهما فيه وهو ما في يده فمن نكل منهما قضي به للاخر ولو نكلا معا او حلفا
قسم بينهما نصفين وما قربه حسن لعموم واليمين على من انكر قوله وكذا لو اودعه اه اي تلف بغير تفريط فينحصر حقهما في الدرهمين الباقيين والحكم هنا بالتنصيف
هو المشهور بين الاصحاب ومستنده رواية السكوني عن الصادق ويشكل الحكم مع ضعف المستند بان التالف لا يحتمل كونه منهما بل من احدهما خاصة لامتناع الاشاعة
هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة ومال اليه س الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب ومقتضى الرواية انه يقسم كذلك وان لم يتصادم دعواهما في الدرهم
وانه لا يمين وكذا لم يذكر الاصحاب هنا يمينا بناء على كون الحكم المذكور قهريا كما ذكر في المسئلة السابقة وربما امتنعت اليمين هنا اذا لم يعلم كل منهما بعين
حقه ولو كان بدل الدراهم مال يمتزج اجزاؤه بحيث لا يتميز وهو متساويها كالحنطة والشعير وكان لاحدهما قفيزان مثلا وللاخر قفيز وتلف قفيز بعد
امتزاجهما بغير اختياره فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث وللاخر ثلثا قفيز والفرق ان الذاهب هنا عليهما معا
بخلاف الدراهم لانه حق لاحدهما خاصة قوله ولو كان لواحد اه هذا الحكم كالسابق مشهور بين الاصحاب ومستنده رواية اسحق بن عمار عن الصادق انه قال في ثوبين احدهما
بعشرين والاخر بالثلثين فاشتبها باعان فيعطى صاحب الثلثين ثلثة اخماس الثمن والاخر خمسا الثمن وان خير احدهما صاحبه فقد انصفه ولا تعمل
بمقتضى الرواية من غير تصرف وقبله الشيخ وجماعة وفصل العلامة فقال ان امكن بيعهما منفردين وجب ثم ان تساويا فلكل واحد ثمن ثوب ولا اشكال وان
اختلفا فالاكثر لصاحبه وكذا الاقل بناء على الغالب ان امكن خلافه الا انه نادر لا اثر له شرعا وان لم يمكن صارا كالمال المشترك شركة اجبارية كالممتزج
الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال وعليه تنزل الرواية وانكر ابن ادريس ذلك كله وحكم بالقرعة لانها لكل امر ملتبس وهو هنا حاصل وهو اوجه من
الجميع لولا مخالفة المشهور وظاهر النص مع انه قضية في واقعة يمكن قصره عليها والرجوع الى الاصول الشرعية وما ذكره المص من البناء على الغالب ليس اولى من
القرعة لانه ليس شرعيا على هذه الموارد ومن ابطل اختلاف الاثمان والقيم بالزيادة والنقصان لاختلاف الناس في المساهلة والمماكسة وعلى تقدير العمل
بالرواية يقتصر بحكمها على موردها ولا يتعدى الى الثياب المتعددة ولا الى غيرها من الامتعة والاثمان مع احتمال التساوي لطريق واستقرب س القرعة في كل مو
النص وهو حسن ولو قيل به فيه كما اختاره ابن ادريس كان حسنا ايضا قوله واذا بان اه المراد به المعين في العقد لانه المتبادر من العوض في المعاوضة فلو كان في الذمة
رجع ببدله كالبيع ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ وفي تخييره بينه وبين الارش وجه ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان اجودهما ذلك دفعا للضرار
وان لم يحكم بالفرعية وهو خيرة س وقد تقدم في خيار العيب من البيع انه لا نص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الادلة العامة
قوله ويصح الصلح اه حيث كان الصلح مفيدا لفائدة العقود المتعددة ومتعلق بعضها العين وبعضها المنفعة لم يمنع من صحة ما ذكر هنا ولا يختص جوازه
بما ذكر بل لو صالحه على مثل اسقاط خيار او على حق اولوية في تحجير وسوق ومسجد صح ايضا للعموم قوله ولو صالحه اه الخلاف في ذلك مع الشيخ حيث جعله
فرعا على البيع في نقل الاعيان بعوض فيلحقه حكمه ولو كان العوضان من الاثمان لحقه حكم الصرف من اشتراط التقابض في المجلس ولما كان الاصح استقلاله
بنفسه لم يترتب عليه حكم البيع هنا لاختصاص حكم الصرف به هذا من حيث الصرف اما من حيث الربا فان الاقوى ثبوته في كل معاوضة والصلح منها
فلابد من استثنائه من قوله على دراهم بدراهم قوله ولو اتلف عليه اه هذا انما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ليكون الثابت في الذمة ثوبا ويكون هو
متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمة المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل وهو الاقوى قوله
ولو ادعى دارا اه الخلاف هنا مع الشيخ كما تقدم حيث جعله مع كون متعلقه المنفعة بغير عوض فرع العارية فيلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه والاقوى
عدمه للزومه واصالته وانما قيد المص بانكار من هي في يده مع جواز الصلح مع الاقرار والانكار ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ لانه اباحة
منفعة بغير عوض لما لو اقر بها فان الصلح وان جاز الا ان المنفعة يقابلها عوض وهو العين فلا يتحقق العارية مع ان الشافعي لما شرط في صحة الصلح
الاقرار وجعله فرعا على العقود الخمسة مثل العارية بما ذكرها مع كون المدعى عليه مقرا بها ووجه ان العوضين من واحد فكان الحكم راجعا الى العارية
قوله ولو ادعى اثنان دارا اه اذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة فاقرار المتشبث لاحدهما مقتض لتشاركهما فيما اقر به وان
لم يصدقهما على السبب الذي ادعياه لان مقتضى السبب كالميراث وذلك لاتفاقهما على ان البعض كالكل يستوي ملكهما فيه فيمتنع استحقاق المقر له

النصف ونا الاخر كما ان الغائب يكون ذاهبا عليهما بمقتضى اقرارهما والحاصل ان اشتراكهما في المقر به تثبت من جهة اعترافهما بموجب الشركة لا من جهة الاقرار
فلا يؤثر فيه تخصيص المقر احدهما بالملك وح فاذا صالح المقر له المتشبث على النصف المقر به فان كان الصلح باذن شريكه صح في جميعه بجميع العوض والا صح في
حصة المصالح خاصة بنسبتها من العوض وبقي ما في النصف ملكا للشريك الاخر قوله اما لو ادعى كل واحد منهما اه كما لو ادعى احدهما النصف بسبب الارث مثلا و
الاخر بالشراء فان ملك احدهما لا يستلزم ملك الاخر فلا يقتضي الاقرار لاحدهما بما يدعيه مشاركة الاخر اياه ومثله ما لو ادعى كل منهما انه اشترى النصف من
غير تقييد بالمعية نعم لو قالا اشتريناها معا او اتهبناها وقبضناها معا ونحو ذلك فقد قرب في كره ان الحكم فيه كالاول لاعتراف المقر بان السبب المقتضي لملكه
قد اقتضى ملك الاخر ويحتمل العدم لان نقل الملك لاثنين بهذا الوجه بمنزلة الصفقتين هذا تقرير ما ذكره المص وجماعة في القسمين وفيه بحث لان هذا
لا يتم الا على القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يحملون اطلاقه على ملك البائع والمصالح حتى لو باع ابتداء مالك النصف
نصف العين مط انصرف الى نصيبه ووجهوه بان اللفظ من حيث هو وان تساوت نسبته الى النصفين الا انه من خارج قد يرجح انصرافه الى النصف المملوك
للبائع نظرا الى ان اطلاق البيع انما يحمل على المتعارف في الاستعمال وهو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين ولا يجري ذلك الا في المملوك بخلاف
الاقرار فانه اخبار عن ملك الغير بشيء فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره وح فاللازم هنا ان ينصرف الصلح الى نصيب المقر له خاصة فيصح في جميع الحصة بجميع العوض
ويبقى المنازعة بين الاخر والمتشبث هذا ان وقع الصلح على النصف مط او النصف الذي هو ملك المقر له اما لو وقع على النصف الذي اقر به المتشبث
توجه قول الجماعة لان الاقرار منزل على الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون تابعا له فيهما وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم لئلا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي
ذكرناها وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه وانما ذكر الشهيد في بعض تحقيقاته احتمال انصراف الصلح الى حصة المقر له من غير مشاركة الاخر مط وتبعه عليه
الشيخ علي ره وربما فرق في مسئلة الارث بين كون الصلح قبل قبض التركة وبعده لان الحاصل منها قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الورثة والتالف
لا يحسب عليهم وكانه لم يكن وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم وهذا الفرق انما يتم فيما لو قبض احد الوارثين شيئا من اعيان التركة او باعه اما الصلح
فيبنى على ما لو صالح احد الشريكين في الدين على حقه فيه هل يختص بالعوض ام لا والظاهر الاختصاص لان الذاهب لا يخرج من كونه حقا له والصلح لم يقع على
عين خاصة حتى يشركا في عوضها انما وقع على حقه وهو امر يمكن نقله بعوض وغير عوض فالبحث السابق ات في مسئلة الارث قبل القبض وبعده ومما ذكرناه يعلم حكم
المدعى المذكور الذي قد صولح على بعضه لو كان دينا فان قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض احد الشريكين في الدين حصته بالصلح وقد تقدم الكلام في باب
القرض وباقي فيه في كتاب الشركة مزيد بحث قوله ولو ادعى عليه فانكره اه القول بالمنع للشيخ محتجا بجهالة الماء والجواز اقوى مع ضبطه بمدة معلومة ومثله ما لو
كان الماء معوضا مع ان الشيخ جوز بيع ماء العين والبئر وبيع جزء مشاع منه وجوز جعله عوضا للصلح ويمكن ان يكون منعه من الصلح على السقي المذكور مط كما
يدل عليه الاطلاق والماء فيه مجهول لا يدخل في احد الاقسام لانه لم يستحق جميع الماء ولا بعضا منه معينا انما استحق سقيا لا يعرف قدره ولا مدة انتهائه
ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة وهو لم يصرح بالمنع ولو تعلق الصلح بسقيه دائما لم يبعد الصحة لان تحمل مثل ذلك يتسامح في باب الصلح قوله اما لو صالحه اه
المراد بعلم الموضع الذي يجري منه ان يقدر مجراه طولا وعرضا ليرتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم
الارض ولا فرق في صحة ذلك بين جعله عوضا بعد المنازعة وبين ايقاعه ابتداء وقد اطلق المص وغيره حكم الماء من غير ان يشترطوا مشاهدته ليرتفع الغرر
ولا بأس باعتباره لاختلاف الاغراض بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر اختلف بكبر محله وصغره فمعرفته تكون بمعرفة محله وحيث يقع السطح او يحتاج الساقية الى
اصلاح وجب على المالك الاصلاح لتوقف الحق عليه وليس على المصالح مساعدته قوله واذا قال المدعى عليه اه اشار بالتعليل الى الرد على بعض العامة حيث
زعم ان الصلح لا يصح الا مع الاقرار وفرع عليه ان المدعى عليه قبل الاقرار لو قال صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه اقرارا لانه طلب منه التمليك وذلك
يتضمن الاعتراف بالملك فصار كما لو قال ملكني ولما كان عندنا الاصل ممنوعا لجواز الصلح مع الاقرار والانكار لم يكن طلبه اقرارا قوله اما لو قال بعني اه لانه صريح في
التماس التمليك وهو ينافي كونه ملكا له لاستحالة تحصيل الحاصل ولا شبهة في كونه اقرارا بعدم ملك المقر وكونه ملكا لغيره في الجملة اما كونه ملكا لمن طلب
منه البيع والتمليك ففيه نظر من كونه اعم من ملكه اذ قد يكون وكيلا واذا احتمل اللفظ الامرين لم يحصل المقتضي للملك الذي كان منتفيا لاصالة عدمه وبالجملة
فرجع الاقرار الى كونه مالكا للبيع لا مالكا للمبيع لانه اخص فلا يدل عليه العام نعم لو اقترن بذلك كون المطلوب بيعه تحت يد المخاطب ترجح جانب ملكه لدلالة
اليد على الملكية والاصل عدم مالك اخر وقد تنبه لذلك العلامة في لف والشهيد في س وهو قوي ويتفرع عليه ما لو عاد المقر به لاخر ثبت له ولو لم يعترف للاول اذ
لم يحكم له به قوله يجوز اخراج الرواشن اه الروشن والجناح يشتركان في اخراج خشب من حائط المالك الى الطريق بحيث لا يصل الى الجدار المقابل ويبنى عليها
ولو وصلت فهو الساباط وربما فرق بينهما بان الاجنحة ينضم اليها مع ما ذكر ان يوضع لها اعمدة من الطريق والمرجع في التضرر وعدمه الى العرف ويعتبر في المار
ما يليق بتلك الطريق عادة فان كانت مما يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه مائلا عادة واعتبر في كره مروره ناصبا رمحه
لانه قد يزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ونفاه في س لندوره ولامكان اجتماعهم مع امالته على وجه لا يبلغهم وهو اقوى وان كانت مما يمر فيها الابل اعتبر
فيها مروره محملا ومركوبا وعلى ظهره محملا ان امكن مروره مثل ذلك عادة وهكذا يعتبر ما يجري العادة بمروره على تلك الطريق وتقييده بتضرر المارة يدل بمفهومه
على عدم اعتبار تضرر غيرهم كما لو تضرر جاره بالاشراف عليه فانه لا يمنع لو كان وضعه في ملكه واستلزم الاشراف عليه خلافا لكره حيث الحق الاول بتضرر المارة
وفرق بينه وبين وضعه في ملكه بان الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرر لان الهوى ليس ملكه بخلاف الموضوع في ملكه لان للانسان التصرف في ملكه
كيف شاء وان استلزم الاشراف على الجار او الطلة عليه وانما يمنع من الاشراف لا من التعلية المقتضية لامكانه وقال ولست اعرف في هذه المسئلة
بالخصوصية نصا من الخاصة ولا من العامة وانما صرت الى ما قلته عن اجتهاد وفيه نظر لان المعتبر في الموضوع في الطريق عدم الاضرار باهل الطريق لانه موضوع

٢٧ للاستطراق فيمنع ما يا فيه اما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه بل قد تقدم انه لا يمنع ما يضر بغير من بعد سلوكه خاصة فضلا من غير المالك خارج عن ذلك كله فلا وجه للمنع ما يفعلونه لضرائه كما لو احدث بناء في مباح بقابله واستلزم الاشراف عليه وكلام العلامة وغيره حيث قيدوا الضرر بالمارة دليل عليه وانما هو الضرر في فرعه خاصة قوله ولو عارضه آه نبه بالاصح على خلاف الشيخ حيث شرط في جواز وضعه عدم معارضة احد من المسلمين له لانه حق لجميع المسلمين فيمنع بمعارضة واحد منهم له كالعين ولانه لو سقط منه شيء ضمن به بلا خلاف وهو يدل على عدم جوازه الا بشرط الضمان ولانه لا يملك القرار وانما يملك الهواء فلما لك القرار المعارضة وهو مذهب ابي حنيفة ايضا واجيب بان الغرض عدم التضرر به للمارة فالمانع منهم معاند ومن غيرهم لا حق له ولاتفاق الناس عليه في جميع الاعصار والامصار من غير نكير وسقيفة بني ساعدة وبني النجار اظهر من الشمس في رابعة النهار وقد كانتا بالمدينة في زمن النبي ص ويدخل في عدم اعتبار معارضة المسلم جاره فليس له منعه ليخرج هواء ولا يكون الهواء بينهما بل ايهما سبق استحق وللاخر اخراج روشن فيما بقي من الهواء وليس للاول منعه وان استلزم الاشراف عليه لا على الفرع السابق وكذا يجوز للثاني الاخراج فوقه وتحته اذا لم يضر به وجه في العلوان لا يضر بالمار في الاول ان لم يكن له سقفا وعلى سقفه ان كان ولو اظلم الطريق بوضع الثاني اذ بل خاصة وان كان لكل واحد اثر في الظلمة لان التضرر انما حصل بالثاني وان كان لولا الاول لم يحصل قوله ولو كانت مضرة وجب ازالتها لا يختص بواضعها وان كان الامر فيه اكد لكونه غاصبا فان ازالتها نوع منكر فيجب على كل قادر المعاونة عليه بالقول والفعل ويأثم تارك السعي مع قدرته كما في كل منكر قوله ولو اظلم آه القائل بذلك الشيخ في ط وموضع الخلاف فيما اذا لم يذهب الضياء بالكلية والا منع اجماعا والضابط فيما عداه حصول التضرر بالمارة ولو لضعف البصر لان جواز وضعه مشروط بعدم ضرر المارة وعلى هذا فالمنع انما توجه الى اطلاق الشيخ عدم تأثير الظلمة الا الى تجويزها مط ولا فرق في التضرر بين وقوعه ليلا او نهارا قوله ويجوز فتح الابواب آه اي في الطريق النافذة لان المسلمين فيها شرع فيجوز احداث الابواب اليها لمجاورها سواء كان لتلك الدار باب اخر اليها ام الى غيرها من الطرق النافذة او المرفوعة ولا يقدح في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذة لان ذلك يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق اذ ليس لاحد دخول داره الا باذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق قوله اما الطرق المرفوعة آه الطريق المرفوع ملك لاربابه كسائر املاكهم فيكون كالمال المشترك لا يصح لاحد من اربابه التصرف فيه الا باذن الباقين سواء كان التصرف باحداث الباب او الساباط او الروشن ام غيرها وسواء اضر بهم ام لم يضر وكذا لا يجوز ذلك لغير اربابه بطريق اولى ونبه بقوله سواء كان مضرا او لم يكن على خلاف بعض العامة حيث جوز لاهل السكة احداث ذلك اذا لم يضر بالمارة والمراد بالمرفوعة المسدودة التي لا تنتهي الى طريق اخر ولا مباح بل الى ملك الغير واربابها من له باب نافذ اليها دون من يلاصق داره ويكون حائطه اليها من غير نفوذ ومما يترتب على ملكهم لها جواز سدها عن السكة والانتفاع بها كغيرها من املاكهم مع اتفاقهم على ذلك ولو اختلفوا لم يكن لمن اراده وانما يجوز ذلك اذا لم يكن فيها مسجد او رباط او مطهرة موقوفة على العموم قديمة او حديثة فانه لا يجوز لهم المنع من المرور اليها ولا احداث ساباط ونحوه مما يضر منه المارة وان رضى اهل السكة لانها صارت حقا لسائر الناس وفي حكمه ما لو جعل بعضهم داره احد تلك الامور ومما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير اذن اربابها المرور فيها والوجه فيه ما تقدم من الملك والاقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال فلو منع احدهم حرم اما الجلوس فيها وادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا الا مع اذن الجميع لاصالة حرمة مال الغير بغير اذنه وانتفاء شاهد الحال فيه غالبا نعم لو كان الجلوس خفيفا غير مضر بهم ولم يشاهد الحال قوله وكذا لو اراد آه اي لشبهة استحقاقه المرور فيه بعد تطاول الزمان فانه اذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور ولانه وضع له وبهذا حصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط جملة فان الثاني جائز دون الاول لان رفع الحائط لا يستدعي استحقاق المرور بوجه من الاوجه فانه ليس فيه دلالة عليه مجازا الباب لا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حق له في الطريق المذكور كالجار الملاصق لها بحائطه وبين من له باب فيها اذا اراد احداث باب اخر ادخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه الباب ويحتمل ضعيفا الجواز للمالك تبعا قوله ويجوز فتح الروازن آه لان الانسان مسلط على التصرف في ملكه بما شاء والشبهة المتطرقة من الباب منتفية هنا وكما يجوز فتحها الى الدرب المرفوعة يجوز الى غيرها من الاملاك والدور وان استلزم الاشراف على الجار لان المحرم هو التطلع لا التصرف في الملك فيستفيد بذلك الاستضاءة في بيته وليس للجار سد ذلك نعم له وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف وان منع الضوء قوله ومع اذنهم آه اذنهم في ذلك يفيد جواز التصرف كالعارية يجوز لهم ولكل واحد منهم الرجوع فيها وتبطل بموته وخروجه عن التكليف بجنون واغماء ونحوهما وح فالمراد بغيرهم من خرج عن استحقاق الطريق اذ لا حق لهم فيها وان امكن استطراقهم وتضررهم وليس المراد بغيرهم من يشمل الطبقة الثانية منهم لبطلان الاذن بموتهم كما ذكرناه قوله ولو صالحهم آه القول للشيخ ره بناء على ما ذكره من المنع من افراد الهواء بالبيع وفرعية الصلح له وكل ذلك والمقدمتان ممنوعتان وادلة شرعية الصلح يتناوله ولم يضر صالحهم يعود الى الدرب المرفوعة وهو يقتضي باطلاقه استحقاق الجميع لذلك وهو مما لا يناسب لاختصاص الداخل بما بين البابين والذي يلزم من التفريع على ذلك ان الروشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الابواب فهو حق لهم اجمع وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج وقيل يتوقف على رضاء الجميع كالاول لاحتياج اليه عند ازدحام الدواب والاحمال وقواه في س والاول اولى قوله ولو كان لانسان آه لان له حق السلوك في كل واحدة ورفع الجدار بين الدارين وجعلهما واحدة ففتح باب من احديهما الى الاخرى اولى ومنع منه بعض العامة لانه يثبت له حق الاستطراق في درب مملوكة لدار لا حق لها فيه ولانه ربما ادى الى اثبات الشفعة لو بيعت بعض دور احد الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق ولا يتعدى الى الاخرى وان جاز الاستطراق لان ذلك الفتح لم يوجب حقا لهذه الدار في الطريق الاخرى وانما ابيح الانتقال من داره الى داره الاخرى ومتى صار فيهما استحق المرور في طريقها تبعا لكون الثاني والدار التي هو فيها لا للاول قوله ولو احدث في الطريق آه لا فرق في الحدث بين كونه مضرا او غيره ولا بين كونه في الهواء كالروشن وفي الارض كما ذكر ووضع خشبة وحجارة ونحو ذلك ولا بين كونه من اهل تلك الطريق وخارجه لاشتراك الجميع في كون ذلك تصرفا في ملكهم بغير اذنهم فكان لهم ازالته وكذا الاخير

بين وقوعه

٢٧١ بين وقوعه باذن بعضهم وعدمه بل لو بقي واحد بغير اذنه فله المنع والازالة والكلام في اذن الجميع والبعض بالنسبة الى كون المحدث داخلا او خارجا ما تقدم م قوله ولو كان في زقاق بابان آه هذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا يشاركه في الداخل وقيل يشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال ولان اختصاص تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه امر بعيد بل متعسر والمتعارف الاحتياج حوله الى جملة من الداخل وان قل فالقول بالاختصاص على ما حاذى الباب وما خرج ليس ببعيد وقوي في س الاشتراك في الجميع قوله ولو كان في الزقاق فاضلة آه لاستوائهم في الارتفاق بها فلا اولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين لتوقف الانتفاع ح بالفضلة على استحقاق السلوك اليها فاذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يده على الداخل ويندفع بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على سلوكه ومع ذلك فيمكن دخول الخارج الى الفضلة بشاهد الحال كسلوك غير من لا حق له في تلك الطريق فاذا انضم الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف في الفضلة حكم باشتراكها بينهم ولا يرد مثله في المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك لان الداخل له عليه يد بالسلوك المترتب عليه الذي لا يتم له الانتفاع بداره الا به بخلاف الفضلة فان يدهم فيها سواء اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك ولو قلنا باشتراكهم في جميع الطرق كما اختاره الشهيد ره فالحكم في الفضلة اولى قوله ويجوز للداخل ان يقدم آه الوجه في ذلك كله ما تقدم من اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه ومشاركته فيما خرج فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق الى بابه فكل ما خرج عنه له فيه حق وله التصرف في جداره برفع اجمع فبعضه اولى ولا فرق في ذلك بين ان يسد الاول كما يقتضيه ظاهر العبارة ويبقيه ولا يمنع تكثر الابواب لعدم تفاوت الحال وربما قيل باشتراط سد الاول واما الخارج فلما لم يكن له حق فيما جاوز بابه الى داخل لم يكن له الدخول الا باذن الداخل الا على القول السابق وربما احتمل جواز دخوله وان لم يقل بمشاركته في الداخل نظرا الى انه كان له ذلك في ابتداء وضع الدار ورفع الحائط اجمع فيستصحب ويضعف بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه كان له وضع بابه ابتداء الى اي الجهات شاء فلما اختار ملكه لم يمنع من ذلك لسبق من حوله بالاحياء على فتحه ومثله القول في الجزء الداخل من الطريق فانه بوضع بابه خارجه رفع يده عنه بيده واحيائه وانفرد بها الداخل نعم ولو اراد رفع جميع الحائط فلا يستطرق اليه شبهة بخلاف الباب كما تقدم قوله ولو اخرج بعضهم آه لما كان حق الطريق النافذ غير مختص بذوي الدور لم يكن للجار المقابل ولا غيره الاعتراض على واضع الروشن فيه وان استوعب الدرب اذا لم يكن ضارا بالمارة نعم لو وضع شيء منه على جدار المقابل فله المنع منه قوله ولو سقط ذلك آه لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب اولوية فاذا زال فكالقعود في المسجد والسوق حتى لو فرض ان الثاني اخرب روشن الاول ووضع روشنه لم يكن للاول ان يزيل الثاني وان كان الثاني قد ضمن ارش الاول واكتسب الاثم لازالة الاولوية ومثله القول في المشبه به قوله انه آه هذا عندنا موضع وفاق ولقوله ص لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه منه ولقضاء العقل بقبح التصرف في مال الغير نعم يستحب استحبابا مؤكدا لما روي عنه ص من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يمنع جاره من وضع خشبة على جداره وهو على تقدير ثبوته منزل على الاستحباب المؤكد وذهب بعض العامة الى جوازه بغير اذنه عملا بالحديث قوله ولو اذن جاز له الرجوع آه الكلام هنا في مواضع احدها في جواز الرجوع بعد الوضع وقد منع منه الشيخ ومن تبعه لاقتضاء الاذن في مثل ذلك الدوام كالاذن في دفن الميت في الارض وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضي الى خراب ملك الماذون والاقوى الجواز مط لانه عارية ولان الاصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء والحاقه بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون اخراب البناء الثاني على تقدير الجواز هل يتعين مجانا او مع الارش وجهان مبناهما على ان الاذن انما افادت العارية ولا يمنعها الرجوع مع اصالة برائة ذمة المالك من ثبوت مال الغير على تخليص ملكه منه بل اصالة البرائة مط وانه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقصه ولانه جمعا بين الحقين ولانه سبب الاتلاف لاذنه والمباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي وهو اقوى الثالث على تقدير ثبوت الارش فهل هو عوض ما نقصت الالات لو اضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان مبناهما على ان البناء اذا كان محترما فهو بهيئته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا وخرابا لان ذلك هو نقص لماليته ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه انما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سبب اتلافه وفواته والاول اقوى لان جميع مال الواضع غايته كونه موضوعا على ملك الغير وذلك الملك انما اثر جواز النقض لا المشاركة في المالية ولو اتفقا على ابقائه بالاجرة فلا اشكال في جوازه قوله اما لو انهدم آه القول الاخر للشيخ في ط وهو انه ان اعاده بالالة الاولى لم يكن له منعه من رد الخشب في السقف عليه وان اعاده بغيرها كان له منعه والاقوى الاول لان الماذون فيه وهو الوضع قد حصل فلا يجوز وضع اخر بدون الاذن ولانها عارية فيجوز الرجوع فيها وان استلزم الضرر كما مر فهنا اولى غايته انه مع الضرر جبر بالارش وهنا لا ضرر فلا ارش وكثير من الاصحاب لم يذكروا هنا خلافا ويمكن ان يكون سببه ان الشيخ كان ذكر اولا في الكتاب انه لو انهدم الحائط او هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستانف ولم يتردد في ذلك فاطرحوا قوله الاخر وهو قول لبعض الشافعية كما ان القول الاخر لهم فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن قرب قوله ولو صالحه آه انما اعتبر ذكر الطول مع الوزن لاختلاف ضرر الحائط به باختلافه في الطول وان اتفق وزنه والضابط ذكر ما يرفع الجهالة ولا بد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة ولو كانت الالات مشاهدة استغنى عن اعتبارها بذلك واكتفى بتعيين المدة واحترز بقوله ابتداء عما لو وقع الصلح بعد البناء فانه لا يعتبر ح الا تعيين المدة لصيرورة الباقي معلوما بخلاف ما اذا لم يبين لتفاوت الضرر ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق وهذا في الخشب اما الاجر واللبن في الحائط فيكفي فيهما العادة نعم لو كان الصلح على البناء على حائط زيادة عليه افتقر الى ذكر الطول وسمك اللبن لاختلاف ضرره باختلافهما هذا كله في الوضع على حائط مملوك للغير اما لو كان موقوفا على مصالح عامة بحيث لا يكون له مالك على الخصوص كالمسجد وشبهه لم يجز لاحد البناء عليه ولا الوضع بغير اذن الحاكم قطعا وليس له الاذن بغير عوض وفي جوازه به ولا ضرر على الموقوف نظرا الى المصلحة بفائدة العوض وعدمه لانه تصرف في الوقف بغير موضوعه ولانه يثمر شبهة على تطاول الازمان

رجحانا جودها الاخير وقواه في س قوله فاذا تداعيا جدارا اه المراد بالاطلاق هنا ان لا يكون مقيدا بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعا كاتصاله ببناء احدهما او ملكه حكم ما سيأتي ومن جملة القيود كونه في ارض احدهما فاذا خلا عن جميع ذلك لم يكن لاحدهما عليه يد او يكون لهما بان يكون بين ملكيهما ولا مرجح وحكمه ان يستوي نسبتهما اليه فمن اقام بينة حكم له به وان فقدناها حلف كل واحد لصاحبه وكان بينهما نصفين وكذا لو نكلا عن اليمين ولو حلف احدهما ونكل الاخر ثبت للحالف وهو واضح قوله ولو كان متصلا اه اي متصلا به اتصال ترصيف وهو تداخل الاحجار واللبن على وجه يبعد كونه محدثا ومثله ما لو كان لاحدهما عليه قبة او غرفة او سترة لانه يصير بجميع ذلك صاحب يد فيقدم قوله باليمين مع فقد البينة ولو اتصل بهما كان او كان البناء لهما او اختص احدهما بصفة والاخر باخرى فاليد لهما وكذا لو كان لاحدهما واحدة والباقي مع الاخر اذ لا اثر لزيادة اليد في الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما كما يقسم لو نكلا الى تمام ما تقدم قوله ولو كان لاحدهما جذوع اه القول بعدم القضاء بذلك للشيخ محتجا بان كون الجدار بين الدارين دلالة ظاهرة على انه في ايديهما ووضع الجذوع اختصاص بزيادة انتفاع كاختصاص احد الساكنين بزيادة الامتعة ويضعف بمنع دلالة كونه بينهما على اليد اذا لم ينضم اليه تصرف بوجه من الوجوه السابقة وح فوضع الجذوع يفيد اليد للواضع و الاخر خاليا ويكون حكم الجذع حكم ما سلف من المرجحات ولو جامعها اعتبر ما فصلناه قوله ولا ترجح اه المراد بالخوارج كلما خرج عن وجه الحائط من نقش ووتد ورف ونحو ذلك فانه لا يفيد الترجيح لما ذكر لامكان احداثه من جهته من غير شعور صاحب الجدار ومثله الدواخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر قوله ولو اختلفا في خص اه الخص بالضم البيت الذي يعمل من القصب والقمط بالكسر حبل يشد به الخص وبالضم جمع قماط وهي شداد الخص من ليف وخوص وغيرهما والرواية رواها عمرو بن شمر عن جابر عن الباقر عن ابيه عن علي انه قضى في رجلين اختصما في خص ان الخص للذي اليه القمط ومثله روى العامة عن النبي ص والطريق ضعيف الا ان الاصحاب تلقوها بالقبول وردها بعضهم ومنهم المص في النافع وقال انها قضية في واقعة فلا يتعدى وح فحكم الخص حكم الجدار بين الملكين قوله لا يجوز للشريك اه الحكم فيه كغيره من الاموال المشتركة لا يجوز لاحد الشركاء التصرف فيها الا باذن الجميع وان قل الانتفاع كضرب الوتد وفتح الكوة قال في كره وكذا اخذ اقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب واستثنى من ذلك الاستناد اليه واسناد المتاع مع انتفاء الضرر لانه بمنزلة الاستضائة بسراج الغير والاستظلال بجداره نعم لو منع المالك والشريك منه فلك حرم وفاقا لكره لانه نوع تصرف فيه بايجاد الاعتماد عليه فاستقرب في س عدم المنع لانتفاء الضرر وموضع الخلاف ما اذا كان الجلوس للمستند والا لم يجز اجماعا ولو بنى الشريك في ملكه جدارا متصلا بالجدار المشترك او المختص بالجار بحيث لا يقع ثقله عليه جاز ولم يكن للاخر الاعتراض ولو القى ثقله عليه لم يجز بدون اذنه قوله ولو انهدم اه اذ لا يجب على الشخص عمارة جداره المنهدم ففي المشترك اولى وهذا لا كلام فيه لكن هل يتوقف العمارة على اذن الشريك ام يجوز له البناء وان نهاه قولان احدهما توقفها العمارة لانه مال مشترك فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك كما سلف والثاني عدم الاشتراط لانه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يغرمه في نفقته ولا ضرر فيه عليه بوجه وهو قول الشيخ والاول اقوى وربما فرق بين اعادته بالالة المشتركة فلا يشترط رضاه وبين اعادته بالة من عنده فيشترط لانه على الاول يبقى شريكا كما كان بخلاف الثاني ثم على القول باعتبار اذنه لو خالف وعمره فهل للشريك نقضه احتمال من حيث تصرفه في ملك غيره وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه فصار كالكيفية الثابتة كانها مغصوبة فله ازالتها والاقوى العدم ان كان بناؤه بالالة المشتركة لان هدمه تصرف في مال الغير وهو الشريك الذي بنى فلا يصح كالاول وانما تظهر الفائدة في الاثم والجواز ان كان بناؤه بغير الته لانه عدوان محض وتصرف في ارض الغير فيجوز تغييره ثم على القول بتجويز نقضه لو هدمه الشريك لزمه الارش كما لو هدمه ابتداء ثم على تقدير اعادته بالته مختصة بالمعينة له منع الشريك من وضع خشبه عليه دون الاول للاشتراك فيه وخير الشيخ الشريك في الثاني بين مطالبته بهدمه واعطاه نصف قيمة الحائط ويضع عليه والاقوى ان التخيير في ذلك للثاني لا للشريك وحيث يتوقف البناء على اذن الشريك ويمتنع يرفع امره الى الحاكم ليجبره على المساعدة او الاذن فان امتنع اذن الحاكم وهل له الاذن فيه باجرة يرجع بها على الشريك وجهان الاقوى الثاني لان الشريك اذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الانفاق فان اختار الشريك بناءه مجانا فعل والا تركه قوله وكذا لو كانت الشركة اه الحكم هنا كما سلف في الجدار ولا فرق بين كون المشترك ذا غلة تفي غلته بعمارته وغيره عند الاصحاب وانما خالف فيه بعض العامة فحكم باجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط فارقا بينهما بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيتضرر بخلاف الحائط فانه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته ورد بان قسمة العرصة والحائط قد يكون اكثر ضررا فكانا سواء قوله وكذا لا يجبر اه لانه لا يجب على الانسان عمارة ملكه لاجل الغير لكن يجب تقييده بما اذا لم يكن حمل جدار العلو وسقفه واجبا على صاحب السفل بعقد لازم فان وجب كذلك لزم البناء نبه عليه في س وسبق مثله في عمارة الساقية والمجرى ولو طلب صاحب العلو بناء جدران السفل تبرعا فهل له منعه فيه الوجهان السابقان واطلق في التحرير انه ليس له منعه وفي حكم العلو ما لو كان له ساباط استحق وضعه على حائط غيره فانهدم هذا كله اذا انهدم الحائط بنفسه او هدماه معا قوله ولو هدمه اه اطلق المص وجوب الاعادة تبعا للشيخ ره ويشكل بان النقصان الفائت بالهدم غير مثلي فينبغي المصير الى القيمة وهو الارش وهو اختيار العلامة في عد مع انه قطع في كره بوجوب الاعادة وفصل الشهيد ره في س فاوجب اعادته ان امكن المماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع والا فالارش وفيه مناسبة الا انه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الفائت فانه محض صفة اذ الاعيان باقية والمماثلة في الصفة فالقول بالارش مط اوضح قوله اذا تنازع اه هذا هو المشهور وبعضهم ان جدران البيت جزء منه وجدران الغرفة جزؤها فيحكم بها لصاحب الجملة وقال ابن الجنيد ان جدران البيت بينهما لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدار الغرفة اذ لا تعلق لصاحب البيت به الا كونه موضوعا على ملكه وارتضاه في لف وهو قول جيد لكن الاول اجود قوله ولو تنازعا في السقف اه المراد بالسقف الحامل للغرفة المتوسط بينها وبين البيت والقول باستوائهما فيه للشيخ في ط وقواه في س لانه سقف لصاحب البيت وارض لصاحب الغرفة فكان كالجزء من كل منهما والقول الثاني لابن ادريس ورجحه العلامة في كثير من كتبه لان الغرفة انما تتحقق بالسقف الحامل لانه ارضها والبيت قد يكون بغير سقف وهما متصادقان على ان

هنا غرفة

هنا غرفة فلا بد من تحققها فلان تصرفه فيه اغلب من تصرف صاحب السفل والقول بالقرعة للشيخ ايضا لانها لكل امر مشتبه واستحسنه المص ورجح بما مع الاشتباه

هنا لان رجحان احد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة الى الحكم والاوسط اوسط وموضع الخلاف السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت اما ما لا يمكن كالازج الذي لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدران وهو دخول الات البناء من كل منهما في الاخر فان ذلك دليل على انه لصاحب السفل فيقدم قوله فيه بيمينه قوله اذا خرجت الى قوله اذن الحاكم يمكن كون الوجوب بمعناه المتعارف ويكون المحكوم عليه به مالك الشجرة ووجه الوجوب عليه ظ لان دخول شجرته على ملك الغير يوجب التصرف فيه وشغله بملكه وهو غير جائز فيجب التخلص منه وقد صرح العلامة في التحرير بوجوب ذلك عليه وهو حسن لكن يبقى في العبارة اشتراط وجوب العطف بالامكان وترتيب القطع على عدمه مع ان للمالك قطع شجرته بغير هذا السبب ففيه اولى وانما يليق ترتيب الامرين المذكورين بالنسبة الى مالك الارض الا ان الوجوب فيه لا يتم بالمعنى المتعارف منه ويمكن كونه بمعنى الثبوت لانه احد معانيه لغة وهذا الحكم ثابت له لكن ينافره قوله بعد ذلك وان امتنع صاحبها قطعها الجار لان مقتضاه ان المامور بالسابق هو مالك الشجرة ويمكن الاعتذار عن الترتيب بان قطع الشجرة مع امكان عطفها اتلاف للمال وهو منهي عنه ويمنع من جواز قطع المالك كيف اتفق بل لا بد من غاية مقصودة به للنهي عن اضاعة المال بغير وجه ثم قوله قطعها الجار لا بد من تقييده ايض بعدم امكان عطفها بطريق اولى فالعبارة في الجملة ليست بجيدة والحاصل ان الواجب على مالك الشجرة تفريغ ارض الغير او هوائه منه كيف ما امكن فان امتنع منه فلمالك الارض والهواء تولى ذلك مقدما للعطف على القطع مع امكانه وكما يثبت الحكم المذكور في الاغصان كذا في العروق ولا يتوقف مالك الارض على اذن الحاكم حيث يمتنع صاحب الشجرة كالدابة بهيمة تدخل الى ملكه بدون اذنه وربما قيل بجواز ازالة مالك الارض لها من دون مراجعة المالك لان ازالة العدوان عليه امر ثابت له فلا يتوقف على اذن الغير ويشهد له جواز اخراج البهيمة بدون اذنه ولانه لو توقف على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع امتناعه اذ لا يجوز التصرف في مال الغير بغير اذنه او اذن من يقوم مقامه وظ كره ان مالك الشجرة لا يجب عليه ازالتها وان جاز لمالك الارض لانه من غير فعله والاول اجود ولو قطعها مالك الارض مع امكان العطف ضمن لكن هل يضمن جميع ما يقطع ام تفاوت ما بينه وبين المعطوف وجهان من التعدي بالقطع فيضمنه ومن ان العطف حق له وما يفوت به في حكم التالف شرعا ولو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع علم المالك به فرط ضمن اجرة الارض والهواء وليس لمالك الارض ايقاد النار تحت الاغصان المحرقة حيث يجوز القطع لانه اشد ضررا فلو فعل ضمن ما تلف بسببه زيادة على ما يحكم الشجرة التراب المنتقل الى ملك الغير والحائط المايل كذلك فيجب المبادرة الى تخليص الارض منه ولو ملكه التراب وقبله سلم من جهته لا مع امتناعه منه وان شق نقله قوله ولو صالحه اه منع الشيخ من الصلح على ابقائها في الهواء بناء على اصله السابق من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للبيع وهذا مولفها بين الصلح على ابقائها في الهواء وعلى الجدار لان منفعة الجدار يمكن افرادها بالمعاوضة كالاجارة والاصح جواز الامرين والمراد بقوله مع تقدير الزيادة او انتهائها ان الاغصان ان كانت قد انتهت في الزيادة بحسب ظن اهل الخبرة صح الصلح على ابقائها مط وان كانت اخذة في الزيادة فلا بد من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطا ولا بد مع ذلك من تقدير مدة الاقامة فلا يصح المؤبد على ما ذكره الجماعة ولو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزائد حكم الاصل ما تعدى الى الملك قبل الصلح قوله اذا كان لانسان الى قوله مع يمينه لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة في الارض التي هي لصاحب السفل لان مجرد ذلك لا يوجب اليد وكما يحكم بها لصاحب العليا فكذا محلها هذا مع اختلافهما في الخزانة تحتها اما لو اتفقا على ان الخزانة لصاحب الاسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل فيجري فيها الخلاف السابق وعلى ما اخترناه يقضى بها للاعلى على التقديرين وانما يختلف الحكم عند القائل بالاشتراك كالشهيد ره فانه يجعلها هنا مشتركة بينهما ايض قوله ولو كان تحت الدرجة اه لان لكل واحد منهما شاهدا بملكها لان الظاهر ان الدرجة لصاحب العلو فيكون مكانها كذلك لان الهواء كالقرار وكذا هي متصلة بملك الاسفل بل من جملة البيت السفلي وح فيقضى بينهما بعد اليمين او النكول قال في س لا عبرة بوضع الاسفل اثاثه وكيزانه تحتها والخزانة بالكسر ككتابة قاله في القاموس قوله ولو تداعيا الى قوله لصاحب السفل لان صاحب العلو لما افتقر سلوكه الى الباب المنتهى الى الصحن فقدر الممر كان له عليه يد دون باقي الصحن وصاحب السفل يشاركه في التصرف في ذلك وينفرد في الباقي فيكون قدر المسلك بينهما ان كان المرقى في صدر الصحن تشاركا في الممر اليه وان كان المرقى في دهليزه خارجا لم يشارك الاسفل في شيء من العرصة اذ لا يد له على شيء منها الا ان نقول في السكة المرفوعة باشتراكها بين الجميع ولو كان المرقى في ظهره اختص صاحب الاسفل بالعرصة والدهليز اجمع والمراد بالقضاء بما ذكر بينهما مع حلف كل لصاحبه او نكولهما معا عن اليمين كما قد علم غير مرة قوله اذا تنازع الى قوله اقوى وجه القوة قوة يد الراكب وشدة تصرفه بالنسبة الى القابض ووجه التسوية اشتراكهما في اليد وقوتها لا مدخل لها في الترجيح ولهذا لم يؤثر في ثوب بيد احدهما اكثره كما سيجيء مع ان للراكب زيادة التصرف الا انه لم يثبت شرعا كونه مرجحا وتعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما بتفسيره وح فالقول بالتساوي اقوى فيعدان يحلف كل منهما لصاحبه اذا لم يكن بينة ولا عبرة عندنا بكون الراكب غير معتاد فيه لدواب والمثبت معتادا لذلك وما ذكر حكم الدابة اما اللجام فلمن في يده والسرج لراكبه قوله اما لو تنازعا الى قوله فهما سواء لاشتراكهما في مسمى اليد ولا ترجيح لقويهما والتصرف الذي كان مع الراكب زائدا على اليد منتف هنا وهذا هو الفارق بين المسئلتين عند المص واوجب اختلاف الحكم نعم لو كان احدهما متمسكا له والاخر لابسا فكمسئلة الراكب والقابض لزيادة تصرف اللابس على اليد وربما قيل هنا بتقديم اللابس لان القابض لم يتمكن من لبسه الا وهو غاصب مستقل باليد قوله وكذا لو تنازعا اه بمعنى ان لبسهما لا يرجح يد احدهما اذا كان لهما عليه يد اذ لا مدخل لها في الملك لانه قد يلبسها بغير اذن مالكها او بقوله او بالعارية فاذا كان لهما عليه يد تساويا في الدعوى ومنه يعلم انه لو كان لاحدهما خاصة يد وللاخر ثياب فالعبرة بصاحب اليد قوله اما لو تداعيا اه لان وضع الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء فيرجح صاحبه والمراد ان لكل

القاموس م

واحد منهما

٢٦٥ واحد منهما مع ذلك عليه بيان ذلك فالقابضين برمانه وبحوذلك بحصل الترجيح اما لو كان لاحدهما حمل ولا الاخر فلا شبهة في الترجيح ويمكن ان يكون المراد ان احدهما قابض بزمامه والاخر عليه حمل ليكون معادلا لمسئلة الراكب وقابض اللجام فانهما وان استويا في الحكم عنده الا ان مسئلة الحمل اقوى ولهذا لم يذكر فيها خلافا وجه ان الحمل اقوى دلالة على الاستيلاء فان الركوب مما يتفق من غير المالك بخلاف الحمل وفي جعل الراكب ولابس الثوب وذا الحمل سواء في الحكم وكذا قوله ولو تداعيا غرفة الى قوله صاحب البيت لانها موضوعة في ملكه لانها هواء بيته ملكه لانه تابع للقرار ومجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد اليد ولا الملك فيقدم صاحب البيت بيمينه هذا اذا لم يكن من اليه الباب متصرفا فيها بسكنى او غيره والا قدم لان يده عليها بالذات لان التصرف يقتضي وثبوت يده على الهواء بالتبعية لليد التي هي على القرار واليد الفعلية اقوى واولى من التابعة ويحتمل التساوي لثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم اثر قوة اليد كما سلف

كتاب الشركة

قوله الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع آه الشركة بكسر الشين و اسكان الراء وبفتحها وكسرها وهو يطلق على معنيين احدهما ما ذكره المص في تعريفه من اجتماع الحقوق على الوجه المذكور وهذا المعنى هو المتبادر من معنى الشركة لغة وعرفا الا انه لا مدخل له في الحكم الشرعي المترتب على الشركة من كونها من جملة العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول والحكم عليها بالصحة والبطلان فان هذا الاجتماع يحصل بعقد وغيره بل بغيره اكثر حتى لو تعدى احدهما ومزج ماله بمال الاخر قهرا بحيث لا يتميز ان تحققت الشركة بهذا المعنى ومع ذلك ترتبط الشركة بما قبلها وبعدها الان هذا معنى من المعاني دخوله في باب الاحكام اول وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع فيه وهذا هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود ويلحقها الحكم بالصحة والبطلان واليه يشير المص فيما بعد بقوله قبل تبدل الشركة اعني الشرط والتصرف وقبل نحو ولقد كان على المص ان يقدم تعريفها على ما ذكره لانها المقصود بالذات هنا او ينبه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها وحكمها ولكنه اقتصر على تعريفها بالمعنى الاول فقوله اجتماع حقوق الملاك كالجنس يدخل فيه اجتماع حقوقهم على وجه الامتياز كما لو جمعوا اموالهم مع تميز بعضها عن بعض وموضوع كان ذلك لعمد مثلا والمراد بالشيء الواحد الواحد بالشخص لان ذلك هو المتبادر الى الافهام لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف اذ لا يتحقق الشركة في شيء مع تعدد الشخص والمراد بالواحد فيما هو متعلق الشركة وان تعدد لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل فرد من افراد المتعدد وقوله على سبيل الشياع خرج به اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد المركب من اجزاء متعددة كالبيت مثلا اذا كان خشبه لواحد وحائطه لاخر والسقف لثالث فانه لا شركة هنا لا اشاع مع صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد وفي بعض تحقيقات الشهيد ره ان قيد الشياع لاخراج اجتماع الحقوق في الشيء الواحد بالشخص على البدل كستحق الزكوة والخمس والمجتمعين على معدن او مسجد او مباح وبقيد الاجتماع فان ذلك اجتماع لا على سبيل الشياع ثم اورد على نفسه بان هذه خرجت بالملاك واجاب بان المراد بالملك الاستحقاق حذرا من المجاز والاشتراك وهو حاصل في الكل وعندي نظر لان الملك اخص من الاستحقاق مط وليس له معناه الخاص المتفاهم خرجت هذه الاقسام بالقيد المذكور وخرج بقيد الشياع ما ذكرناه سابقا وح فلا مجاز ولا اشتراك ويمكن ان يكون انما حاول بحمل الملك على الاستحقاق الذي هو اعم من افعال الشركة في مثل القصاص والحبا والشفعة وحد القذف مما لا املاك فيه وانما هو محض استحقاق فلو حمل الملك على معناه الخاص لانتقض التعريف في عكسه ان اريد به المعنى الخاص او جعل معنى مشتركا بينه وبين الاستحقاق او مجازا في الاستحقاق لزم الاشتراك والمجاز فحمله على معنى الاستحقاق العام يدخل الاقسام ويسلم من محذور المجاز والاشتراك لما ذكر لكن يبقى فيه ان اطلاق الخاص وارادة العام مجاز يجب صون التعريف عن استعماله ولا يمكن دعوى شيوعه فيه بل هو معنى خفي يجب التعريف بوقوعه فيما هرب منه وقد يجاب بان اطلاق الملك هنا على الاستحقاق ليس بمجاز بل معناه متبادر من قولك فلان يملك الشفعة على فلان ويملك الحد ونحوه او انه مجاز ولكن استعماله شايع وان كان مطلق اطلاق الخاص على العام ليس شايعا والمعتبر في رخصة التعريف انما هو بالفرد المحتاج الى استعماله لا بنوع ذلك الفرد وهذا هو الظاهر وينبه عليه ان المص بعده بلا فصل ذكر حكم الاشتراك في الحق المذكور فليس بغافل عن دخوله في التعريف وح فالمستعمل هنا اما المجاز المشهور على ارادة نحو قرينته او المشترك اشتراكا معنويا ان جعل ذلك الاستحقاق من افراد الملك حقيقة والاشتراك المعنوي لا يضر دخوله في التعريف لو ابدل لفظ الملك بالاستحقاق في التعريف يشمل الجميع وخرج الاشتراك في استحقاق الزكوة ونحوه بالشياع كما ذكره المص واعلم ان المراد بالملاك هنا ما فوق الواحد بطريق الحقيقة او المجاز على الخلاف لئلا ينتقض بالاثنين وان هذا التعريف لا ينطبق من الشركات المالية الا على شركة العنان دون اخواتها من شركة الابدان وغيرها فهو تعريف الشركة الصحيحة عندنا قوله ثم المشترك قد يكون عينا آه الاشتراك في العين ظ وفي المنفعة يتحقق بالاجارة و الحبس والسكنى لا الوقف لانه ان كان على المحصورين ذا الاشتراك في العين والا فلا اشتراك والاشتراك في الحق كما ذكرناه سابقا من الحبا والشفعة بالنسبة الى الورثة والقصاص والحد والرهن قوله وسبب الشركة قد يكون ارثا آه الارث يجري في الاقسام الثلثة السابقة كما اذا ورثا مالا او منفعة دار استاجرها مورثهم او عبد موصى بخدمته او حق شفعة وخيار ورهن وكذا العقد يجري في العين بان يشتريا دارا وفي المنفعة بان يستاجراها وفي الحق بان يشتريا بخيار فان الشركة العقد وفي هذا الاخير نظر واما المزج فيتصور في العين وقد يتصور في المنفعة كما اذا استاجر دراهم للتزين بها فاجوزناه وحق كل واحد منهما منفرد ثم امتزجت بحيث لا يتميز قوله وقد يكون حيازة والاشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه وعن الحيازة ان اشتركا في نصب حبالة للصيد المشتركة ورمي السهم المثبت للروح فيشتركان في ملكه وما اختاره من الاختصاص لا يتناول القول باختصاص كل واحد بما حازه هو الاجود مع تميزه لانه في معنى شركة الابدان اما مع امتزاجه فيكون مشتركا لكن لا من جهة الحيازة بل من جهة المزج الطاري كالوامتزج المالان وهو خارج عن المدعى وينبغي ان يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل منهما بنية الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه فانه يتوجه الاشتراك لان المعاملة مما يقبل النيابة فاذا نوى ان يكون بينه وبين شريكه ملك شريكه نصفه وان لم يعمل فاذا عمل كان وقفا الا انه ربما اختار المص لعدم استثنائه ذلك انه وان لكل واحد ملك ما حازه مطلقا والتنبيه بالخلاف المذكور اه اعلم ما

كتاب الشركة
ويدخل معها غرفة على بيتان لاحدهما وبابها الى الاخر قال نعم لو كان ... الابن كتاب الشركة ... الشركة اجتماع ... على سبيل الشياع ثم الشركة قد يكون ... وقد يكون حيازة ... والاشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه متن

سبب

اشتراط النية فلا يتحقق الشركة او على خلاف ابن الجنيد المجوز لشركة الابدان والاول اولى وسيأتي البحث فيه قوله نعم لو اقتلعا شجرة آه اي تحققت الشركة في الجملة

٢٢٥ لكن يكون لكل واحد من الحاز بنسبة عمله ويختلف ذلك بالقوة والضعف ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح او تملكات كل واحد ما يقي له عند الاخر بناء على جواز هبة المجهول قوله وكل مالين الى قوله او اتفاقا المراد بالاتفاق هنا عدم الاختيار كما لو سقط احدهما على الاخر او غيره بان ورثا معا مالا ونحو ذلك فانه في حكم المزج بالاختيار قوله ويثبت في المالين آه لما كان ضابط الامتزاج عدم التميز اعتبر الاتفاق في الجنس والصفة فلو تخالف احدهما يتحقق الامتياز فلا شركة فلا يكفي مزج الحنطة بالشعير والدخن بالسمسم وان عسر التخلص والدراهم بالدنانير ونحو ذلك وكذا لو اتحد الجنس اعني النوع الخاص مع اختلاف الوصف كما لو مزجت الحنطة الحمراء من الحنطة بغيرها او الكبيرة بالصغيرة ونحو ذلك لامكان التخلص وان عسر قوله سواء اثمانا او عروضا مثلية كالحنطة ونحوها ام لا خلافا للعامة ما عدا المثلية في الكلام فيها ونبه بالتسوية على خلاف بعض العامة حيث شرط في الشركة الاختيارية اعني ما يترتب عليها جواز التصرف والتجارة بالعقد ان يكون المال الان من النقدين كالمضاربة واما الشركة بمعنى اجتماع الحقوق في المال الواحد فلا خلاف في تحققه كيف اتفق الامتزاج قوله اما ما لا مثل له آه في عدم تحققه بالمزج مط مع تبين بل قد يتحقق كالثياب المتعددة المتقاربة في الاوصاف والخشب كذلك فيتحقق الشركة فيه والضابط عدم الامتياز ولا خصوصية للمثلي والقيمي في ذلك ومتى تحققت في ذلك فان علمت قيمة ما لكل واحد منهما كان الاشتراك على نسبة القيمة والافقي الحكم بالتساوي لانه الاصل او يرجع الى الصلح وجهان وبالاول قطع في كره وعليه يتفرع حكم ما لو اشتبه مقدار ونحوهما في مثل قلع الشجرة فانهما يتساويان على ما اختاره في كره نصا لعدم زيادة احدهما على الاخر والاقوى الصلح قوله ولو اراد الشركة آه بناء على ان الشركة فيه لا يتحقق بالامتزاج ومثله المثلي مع اختلاف الجنس والوصف وما ذكره من الحيلة احد الامثلة ومثله ما لو وهب احدهما صاحبه حصة من ماله ووهبه الاخر كذلك او باع حصة بثمن معين ثم اشترى به حصة من الاخر الى غير ذلك من الوجوه الناقلة والمراد بالشركة في جميع هذه الموارد الشركة المعرفة لا بمعنى الخاص وهي الاذن في التصرف والحكم بها على الاخر واضح اذ لا يحصل من ذلك شيء الامتزاج واما الابتياع ونحوه فلعدم دلالته على الاذن في التصرف خلافا لبعض العامة حيث سمع ما ابرمنا او فالا اشتركنا ونحوه قوله ولا تصح الشركة آه لا فرق في ذلك بين ان يتفق عملهما بان يكون كل واحد منهما خياطا او يختلف بان يكون احدهما خياطا والاخر نجارا او يعمل كل واحد منهما في صنعته ولا بين كون الشركة البدنية في مال الملوك او تحصيل مال المباح كالاحتطاب والاحتشاش لان لكل واحد منهم نسبة ومنافعه فيختص بفوائده كما لو اشتركا في مالين وهما متميزان ولا خلاف عندنا في بطلان شركة الاعمال الامن ابن الجنيد حيث اجازها مع تساويهما الفضل او عمل احدهما وقسمته على الاخر من غير شركة مع انه راجع الى بطلانها لان تساويهما الفضل بعد مزج الاجرتين ويخالفهما امر خارج عن صحة هذه الشركة وكذا تبرع احدهما على الاخر بمشاركته في عمله واما العامة فمنهم من وافقنا على بطلانها ومنهم من اجازها مط مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافهما ومنهم من اجازها في غير اكتساب المباح قوله نعم لو عملا آه انما يتحقق في الاعمال الصادرة بالجملة لو اجر انفسهما في عقد واحد لتشبه شركة الابدان بحسب الصورة وان كان في المعنى راجعا الى شركة الاموال اما اذا اجر كل واحد نفسه منفردا واستحق اجرة منفردا ثم ادى اليهما ما لا مشتركا فالشركة في المال خاصة صورة ومعنى ولا فرق في جوازها بالمعنى الاول بين ان يكون عملهما مختلفا ومتفقا ولا بين ان يعلما نسبة احد العملين الى الاخر وعدمه لان الاعتبار في الصفقة المتعددة بالعلم بعوض المجموع لا الاجزاء واجرة المجموع هنا معلوم ثم يقسم بينهما على نسبة العمل وطريقه معرفة ان ينسب اجرة مثل عمل احدهما الى اجرة مثل العملين ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة هذا مع العلم بالنسبة ومع الجهل يحتمل ما تقدم من التساوي والصلح والثاني اقوى وكذا القول في كل ما يمتزج وجهل قدر كل منهما قوله ولا بالوجوه لشركة الوجوه تفسيرات اشهرها ان يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما بعقد لفظي ليبتاعا في الذمة الى اجل على ان ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبيعا ويؤديا الاثمان وما فضل فهو بينهما وقيل ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل ويشترط ان يكون الربح بينهما وقيل ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ويكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه والربح بينهما وقيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له والكل عندنا باطل خلافا لابن الجنيد فانه جوزها بالمعنى الاول ولابي حنيفة مط فاذا اذن احدهما للاخر في الشراء فاشترى لهما وقع الشراء عنهما وكانا شريكين لانه بمنزلة الوكيل وقد اشترى باذنه فيشترط شروط الوكالة واذا كان المال لاحدهما وباع الاخر سواء كان خاملا ام لا صح البيع لوكالة المالك وللمباشر اجرة المثل بعمله ولا شيء له في الربح قوله ولا بشركة المفاوضة هي ان يشترك شخصان فصاعدا على ان يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الاخر من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة لضمان وكفالة ولزوم فاسد فيما يحصل لهما من ميراث ويجده من ركاز ولقطة ويكتسبه في تجارته بماله المختص به ولا يستثنى من ذلك الا قوت يومه وثياب بدنه وجارية يتسراها فانه لا يشاركه الاخر فيها وكذا يستثنى من الغرم الجناية على الحر وبذل الخلع والصداق اذا لزم احدهما وقال صاحب اصلاح المنطق شركة المفاوضة ان تكون ما لهما من كل شيء يملكانه بينهما وهو مخصوص بما ذكرناه لاستثناء القائل بها ذلك وهي باطلة عند ابي حنيفة ومن شذ قوله انما تصح بالاموال لا خلاف بين المسلمين في صحة الشركة بالاموال وهي المعبر عنها بشركة العنان بكسر العين ككتاب وهو سير اللجام الذي يمسك به الدابة واختلفوا فيما اخذت منه هذه اللفظة فقيل من عنان الدابة اما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر راس المال كاستواء طرفي العنان او تساوي الفارسين اذا استويا في فرسيهما وتساويا في السير يكونان سواء واما لان كل واحد منهما يمنع الاخر من التصرف كما يشتهي ويريد كما يمنع العنان الدابة واما لان الاخذ بعنان الدابة حبس احدى يديه على العنان ويده الاخرى مطلقة يستعملها كيف شاء كذلك الشريك منع بالشركة نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي وهو مطلق اليد والتصرف في سائر امواله وقيل من عن اذا ظهر اما لانه ظهر لكل منهما مال صاحبه او لانها اظهر انواع الشركة ولذلك اجمع على صحتها وقيل من المعانة وهي المعارضة فان كل واحد منهما عارض بما اخرجه الاخر آه انفرد ذلك فالمراد بصحة الشركة بالاموال يحتمل كونه

نعم يتحقق لو اقتلعا شجرة او اغترفا ماء دفعة تحقق الشركة وكل مالين مزج احدهما بالاخر بحيث لا يتميزان تحقق فيهما الشركة اختيارا كان المزج او اتفاقا ويثبت ذلك في المالين المتماثلين في الجنس والصفة سواء كانا اثمانا او عروضا اما ما لا مثل له ... ولو اراد الشركة ... بيع كل واحد منهما حصة مما في يده بحصة ... ولا تصح الشركة بالاعمال كالخياطة والنجارة ... الاخر نعم لو عملا معا واحدا باجرة ودفع اليهما شيئا واحدا عوضا عن اجرتهما تحققت الشركة في ذلك الشيء ولا بالوجوه ولا بالشركة المفاوضة وانما تصح بالاموال متن

في الشركة بالمعنى الاول كما يقتضيه السياق وكونه فيها بالمعنى الآخر لانه الغرض الذاتي منها والدلالة تفريعها عليه فالحركة شركة العنان وهي شركة الاموال هي ان يخرج كل مالا ويمزجاه ويشترطا العمل بابدانهما ويقتضيه عليه ايضا قول المص عقيبه ويتساوى الشريكان في الربح اه فيكون هذا اول الشروع في الشركة بالمعنى الثاني هو كل لفظ يدل على الاذن فيه على وجه التجارة سواء كان قبل الامتزاج ام بعده وسواء وقع من كل منهما الالتزام اختص باحدهما وبهذا المعنى يحث فيه الفقيه على تكلف ايضا ثم ترتيب عليها الاحكام بذكرها المص بعد هذا قوله ويتساوى الشريكان اه لا شبهة في كون الربح تابعا للمال لانه نماؤه فاذا كان مال احدهما ازيد من مال الاخر فله من الربح بنسبة ماله وان عملا معا لتراضيهما بذلك على وجه لا يخالف المشروع حيث جعلا الربح تابعا للاصل وخالف في ذلك بعض العامة فمنع من الشركة مع عدم استواء المالين في القدر لانتفاء تساويهما في العمل كما لا يجوز ان يختلفا في الربح مع اتفاقهما في المال ويندفع بان المعتبر في الربح المال والعمل تابع فلا يضر اختلافه كما لا يجوز مع تساويهما في المال عند الكل وان عمل احدهما اكثر قوله ولو شرط لاحدهما زيادة في الربح الى قوله والاول اظهر انما اذا شرط تساوي الربح مع تفاوت المالين او تفاوته مع تساويهما فللاصحاب فيه اقوال احدها الصحة ذهب اليه المرتضى مدعيا عليه الاجماع وتبعه عليه جماعة منهم العلامة ووالده وولده لعموم اوفوا بالعقود والا ان تكون تجارة عن تراض وقد وقع على ما اشترطاه وقوله المؤمنون عند شروطهم ودلالة الاجماع المنقول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الادلة ولاصالة الاباحة وبناء الشركة على الارفاق لكل منهما ومن جملته موضع النزاع والثاني البطلان ذهب اليه الشيخ وابن ادريس والمص وجماعة اخرون لانتفاء دليل يدل على الصحة ولانه اكل مال بالباطل لان الزيادة ليس في مقابلها عوض لان الفرض انها ليست في مقابلة عمل ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة ليضم الى احد العوضين ولا اقتضى تملكها عقد هبة والاسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا احدها فيكون اشتراطها اشتراط تملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك كالو دفع اليه دابة يحمل عليها والحاصل لهما فيبطل العقد المتضمن له اذ لم يقع التراضي بالشركة والاذن في التصرف الا على ذلك التقدير وقد تبين فساده فلا يندرج في الامر بالايفاء بالعقود ولا في المؤمنون عند شروطهم وليست الشركة تجارة الا ان يكون الشرط للعامل وجوازه مسلم فلا يتناوله لان التراضي وهذا انما هو مع زيادة علم عمل من شرطت له الزيادة والا لكان معاوضة ومجانة ولم يرد عليه ما ذكر فيبتني على هذا تقييد الجواز بذلك والثالث قول ابي الصلاح بصحة الشركة دون الشرط وجعل شرط الزيادة اباحة لها يجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية وهو مبني على ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد وقد تقدم ضعفه اذا تقرر ذلك فمعنى بطلان الشركة على القول الشركة بالمعنى الثاني وهي العقد الدال على الاذن في التصرف لا الشركة المعنوية ابتداء لان امتزاج المالين متحقق واليه اشار المص بقوله اعني الشرط والتصرف وقال الشهيد ره في شرح الارشاد ان الموصوف بالصحة والبطلان ليس نفس الشركة العنانية اذ لا يمكن وقوعها على وجهين بل المراد به نفس الشرط وما توقف عليه كالاذن في التصرف وفيه نظر لان الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه توصف بالصحة والبطلان بل ليس الغرض من الشركة في الاكثر الا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه اللهم الا ان يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المذكور هي العنانية كما يظهر من كونه انها مركبة من مزج المالين والعقد لكن يشكل بانها اذا لم تكن شركة العنان فهي احد الاقسام الاخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان وانحصار مطلق الشركة في المذكورات وغاية ما يتخيل انها تطلق على المعنيين معا لكنها في الثاني اظهر وكيف كان فالباطل هو الشركة بمعنى العقد المذكور ثم على القول بالبطلان اما مطلقا او على بعض الوجوه يثبت لكل واحد اجرة مثله ويقتسمان الربح على نسبة المالين ويتقاصان ولو اصطلحا بعد ظهور الربح على ما شرطاه كان اولى صح على ما سلف في الصلح قوله هذا اذا عملا في المال اه صحة القراض المذكور واضحة لكون الربح في مقابلة عمل فيكون العقد شركة وقراضا ويلزم مثله فيما اذا عملا معا وشرطت الزيادة لمن زاد في العمل اما مع تساوي المالين وزيادة عمله او مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل او زيادته بطريق اولى لاشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابلة عمل فكان العقد عقد معاوضة من الجانبين بالنظر الى ان العمل متقوم بالمال لكن المص اطلق المنع مع عملهما كما ان العلامة اطلق الجواز معه والتفصيل حسن قوله واذا اشترك المال اه اراد الشركة بالمعنى الاول وتوقف التصرف على اذن الشركاء واضح لقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه ولا فرق في ذلك بين كون الشركة بمزج وغيره ولا في المزج بين كونه بفعلهما وغيره فان الاذن في التصرف امر زائد على مفهوم الشركة بكلا المعنى قوله فان اطلق له الاذن تصرف كيف شاء اي كيف شاء من وجوه التجارة والاسترباح وما فيه مصلحة الشريك من البيع والشراء مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة حيث يقتضيها المصلحة وقبض الثمن واقباض المبيع والحوالة والاحتيال والرد بالعيب ونحو ذلك كما في الوكيل المطلق وهل يتناول اطلاق اللفظ السفر حيث شاء ام يمنع مط الا بالاذن خاصة وجهان من دخوله في الاطلاق واشتماله على مظنة الربح اكثر او من كونه مظنة الخطر فيخرج من الاطلاق بدليل منفصل ولا يجوز له اقراض شيء من المال الا مع المصلحة كمال اليتيم ولا المحاباة في البيع ولا المضاربة عليه لان ذلك ليس من توابع التجارة ولا يتناولها الاطلاق قوله ولو عين له السفر اه لا فرق مع تعيين الجهة والنوع بين ان ينهاه عن غيرهما ويسكت عنه لبقاء المتروك على اصل المنع ثم لو خالف في جهة السفر ضمن وصحت التجارة لان الاذن لم يبطل ولو خالف نوع التجارة كان فضوليا فيبطل مع رده وكذا يضمن لو عين له جهة من السفر وغاية معينة فتجاوزها في تلك الجهة قوله ولو تعدى المتصرف اه لا فرق في التحديد بين ان يدل عليه عموم اللفظ وخصوصه فلو سافر اعتمادا على اطلاق الاذن وقلنا انه لا يتناوله ضمن و[illegible] فقد يكون باعتبار نوع التجارة وزمانها ومكانها وعلى كل تقدير يحصل بمخالفة المأذون ولا يبطل الشركة بذلك قوله ولكل من الشركاء اه الشركة بمعنييها غير لازمة واشار الى الاول بقوله والمطالبة بالقسمة والى الثانية بقوله الرجوع بالاذن اما الاولى فظ اذ لا يجب على الانسان تحمل ملك غيره في ماله والاصل ان يتصرف كل منهما في ماله كيف شاء ومن جملته افرازه اما الثانية فلان مرجعها الى الاذن في التصرف وهو في معنى الوكالة فتكون جائزة والاشتباه في قوله غير لازمة ان يكون اشارة الى الثالثة لان الموصوف بالجواز واللزوم هو العقد قوله ولو شرط التاجيل اه المراد بصحة التاجيل المنفية ترتب اثرها بحيث لا تكون لازمة الى الاجل وانما لم يصح لانها عقد

جائز فلا

جائز فلا يؤثر شرط التاجيل فيها بل لكل منهما فسخها قبل الاجل نعم يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده الا باذن مستانف لعدم تناول الاذن له فالشرط الاجل اثر في الجملة قوله ولا يضمن الشريك ما تلف في يده اه لما تقدم عرفت انه وكيل فيكون امينا من قبل المالك قوله ويقبل قوله مع يمينه اه الحكم بامانته يقتضي قبول قوله في التلف ولانه لولاه لامكن صدقه في نفس الامر فلو لم يقبل منه لطولب بالعين وادى الى تخليده الحبس وعقبه بالتسوية بين الامرين على خلاف بعض العامة حيث فرق بينهما فقبل في الخفي دون الظاهر الا ببينة قوله ويبطل الاذن بالجنون والموت لبطلان الوكالة بهما وفي معناهما الاغماء والحجر للسفه والفلس ثم في صورة الموت يكون القسمة للوارث ان لم يكن دين ولا وصية والاتى على الاشتغال اليه وعدمه قوله القسمة وهي تمييز الحق اه ذكر في هذا الكتاب نبذة من احكام القسمة لمناسبة المقام واخر باقي الاحكام الى كتاب القضاء ولو جمعه هنا لكان انسب وقد علم ان القسمة عندنا تمييز حق الشركاء عن حق الاخر وليست بيعا وان اشتملت على رد لانها لا تفتقر الى صيغة ويدخلها الاجبار وغير ذلك الافراد التي يدخلها الجبر في البيع ويتقدر احد النصيبين بقدر الاخر مع تساويهما والبيع ليس فيه شيء من ذلك واختلاف اللوازم والخواص المطلقة يدل على اختلاف الملزومات والمعروضات وخالف في ذلك بعض العامة مط وفي قسمة الرد لشبهه ان كل جزء يفرض مشتركا بينهما فتخصيص كل واحد بجزء معين وازالة ملك الاخر عنه بعوض مقدر وهو يملكه في الجزء الاخر على جهة التراضي يقتضي البيع لان ذلك معناه وهذا انما يتم على تقدير تسليم كون البيع كذلك ومنعه واضح بل له صيغة خاصة ايجابا وقبولا بخلاف القسمة ولا يلزم من المشاركة في بعض الاحكام الاتحاد ويظهر الفائدة في الشفعة وفي بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض وقبله في البيع وفي قسمة الوقف من الطلق وخيار المجلس وغير ذلك قوله ولا تصح الا باتفاق الشركاء اي لا تصح مط او لا تصح من احد الشركاء بدون مراجعة الشريك ومن يقوم مقامه والافتيات بعده بلا فصل انه يجبر الممتنع على بعض الوجوه مع ان المجبر غير راض ولقد كان يغني عن هذا الحكم ما بعده لما فيه من الابهام قوله وكل ما لا ضرر في قسمته اه لا خلاف في اجبار الممتنع على قسمة ما لا ضرر فيه في الجملة ولكن اختلفوا في معنى الضرر المانع من الاجبار ومنه يعرف قسمته على اقوال احدها نقصان القيمة نقصانا لا يتسامح فيه عادة لان فوات المالية مناط الضرر في الاموال ولقوله لا ضرر ولا ضرار وهو عام وثانيها عدم الانتفاع بالنصيب منفردا لتضمنه الضرر والحرج واضاعة المال المنفي والمنهي عنه وثالثها عدم الانتفاع به منفردا فيما لو كان ينتفع به مع الشركة مثل ان يكون بينهما دار صغيرة اذا قسمت اصاب كل واحد منهما موضع ضيق لا ينتفع به في السكنى كالاول وان امكن الانتفاع به في غير ذلك وهذا اعم من الثاني بحسب الحمل والثاني اعم بحسب الاستقراء والاقوى اعتبار الاول اذا تقرر ذلك فمتساوي الاجزاء كالحبوب والادهان يقسم قسمة اجبار على جميع الاقوال ومثله الثياب المتعددة المتحدة في الجنس التي يمكن تعديلها بالقيمة وكذا الحيوان والعبيد على الاقوى والحمام الضيق والرحا ذات المدار الواحد ونحوها لا يجوز قسمته قسمة اجبار على الاول والثالث والجوهرة الواحدة الصغيرة لا تقسم كذلك اجماعا لعدم الانتفاع بجزئها نعم لو كانت كبيرة بحيث يعتد بدخولها في بعض المركبات من المعاجين المفرحة والاكحال خرجت من الثاني والمراد بالمجبر للممتنع في هذا ونظائره الحاكم الشرعي ومع تعذره ففي جواز استبداد الشريك بها وجه لخبر الاضرار واعلم ان ما لا ضرر في قسمته اعم من كونه مشتملا على رد وعدمه وانما يجبر الممتنع فيما لا ضرر فيه مع عدم اشتماله على الرد لانه يكون كبيع جزء من المال ولا يجبر عليه احد بما ادخاله في قسم الضرر غير مصطلح هنا قوله ويكون بتعديل السهام والقرعة اي يكون القسمة الاجبارية بذلك فمتى حصلت القرعة لزمت سواء كان المتولي لذلك قاسم الامام ام المتقاسمين ولو اشتملت على رد وكان القاسم منصوبا لزمت بها ايضا والا توقفت على تراضيهما بعدها لاشتمالها على المعاوضة فلا بد من لفظ يدل عليها واقله ما دل على الرضا قوله وكل ما فيه ضرر كالجواهر والسيف والعضائد الضيقة لا يجوز قسمته اه قد عرفت معنى الضرر في مثل ذلك وامثلة المص لم تشمل الاقوال فان قسمة الجوهرة يزيل القيمة غالبا والسيف ينقصها والعضائد يفوت المنفعة بالجزء على الوجه الذي كان ينتفع بها فيه اولا فلا يعلم مختاره من الاقوال ولكن سيأتي انه في كتاب القضاء انه يختار كون الضرر نقص القيمة وحكمه هنا بعدم جواز قسمة ما يشتمل على الضرر وان اتفقا على القسمة غير معروف وانما المعهود الذي ذكره هو في بابه وغيره ان القسمة المشتملة على ضرر لا يجبر الممتنع عليها لكنها تصح بالتراضي خصوصا مع تفسيره الضرر بنقصان القيمة فان مجرد ذلك لم يبلغ حد المنع نعم لو فسر بعدم الانتفاع امكن من حيث استلزامها تضييع المال بغير عوض لانه اذا لم ينتفع بالاجزاء لا فائدة في القسمة بل هو محض الاتلاف قوله ولا يقسم الوقف اه هذا اذا كان الواقف واحدا وانما التعدد في الموقوف عليه كالبطون المتعددة فان الحق يتغير بزيادتها ونقصانها فربما استحق بعض بطون المتقاسمين اكثر مما ظهر بالقسمة لمورثهم وبالعكس وكذا لو تعدد الواقف واتحد الموقوف عليه كما لو وقف جماعة على شخص على ذريته واراد بعض ذريته القسمة لعين ما ذكر اما لو تعدد الواقف والموقوف عليه كما لو وقف واقف نصف عين على شخص وذريته واخر على غيره كذلك جاز للموقوف عليهما الاقتسام بحيث يمتاز كل وقف على حدته وكذا الذريتين دون الذرية الواحدة ولو كان التعدد فيهما على غير هذا الوجه كما لو وقف اثنان على كل واحد من الاثنين فحكمه حكم المتحد والضابط ان الوقف الواحد لا يصح قسمته وان تعدد الواقف والمصرف وهو المراد من العبارة قوله ولو كان الملك الواحد وقفا اه هذا اذا لم يشتمل على رد او اشتملت وكان الرد من الموقوف عليه لانه زيادة في الوقف ولو انعكس الحال لم يصح لانه كبيع جزء من الوقف ثم على تقدير الرد من الموقوف عليه هل يصير جميع حصته وقفا ام يكون ما قابل الرد من الحصة ملكا له لانه معاوض عليها احتمالان والثاني اوجه نعم لو كان في مقابلة الرد وصف محض كالجودة كان الجميع وقفا لعدم قبوله للانفصال ولا فرق في جواز قسمة الوقف من الطلق بين كون الجميع لواحد وللمختلف قوله لو دفع اثنان دابة اه بطلان هذه الشركة ظ مما سبق لانها مركبة من شركة الابدان وشركة الاموال مع عدم مزج فيقع باطلة ولا يكون من صاحب الدابة والراوية اجارة لان الاجرة غير معلومة والحاصل من العمل للسقاء وللاخرين عليه اجرة مثل مالهما لذلك العمل وهذا انما يتم مع كون الماء ملكا للسقاء او مباحا وقد نوى التملك لنفسه او لم ينو شيئا اما لو نواه جميعا لهم كان كالوكيل والاقوى انهم يشتركون فيه ويكون اجرته واجرة الراوية والدابة عليهم اثلاثا فيسقط عن كل واحد ثلث الاجرة المنسوبة اليه ويرجع على كل واحد بثلث ويكون في سقيه

٢٧٨ للماء بمنزلة الوكيل الاذنهم له في التصرف ان قلنا ببقاء الاذن الضمني مع فقد المطابقي والا توقفت المعاوضة على الماء على اجازتهما فان اجازا وقلنا
بعدم الافتقار اليها فالحاصل من العمل بينهم اثلاثا ويرجع كل واحد على الاخرين بثلث اجرة نفسه او ماله فلو فرضنا ان السقاء حصل اربعة وعشرين
وكانت اجرة مثله عشرة واجرة الدابة اثني عشر والراوية ثلثة فلكل واحد منهم من الحاصل ثمانية لانه عوض مالهم بناء على ما اخترناه من جواز التوكيل
في حيازة المباح وشبهها تحقيقه ثم يرجع السقاء على كل واحد منهما بخمسة ويرجع صاحب الدابة على كل واحد باربعة وصاحب الراوية بدرهم فياخذ من
السقاء خمسة ويعطيانه عشرة يفضل له ثلثة عشر ويأخذان من صاحب الدابة ستة ويعطيانه ثمانية يبقى معه عشرة ويأخذان من صاحب الراوية ستة
ويعطيانه درهمين يفضل له من المجموع درهم فالمجتمع معهم اربعة وعشرون هي الحاصل من عوض الماء ولو حكم بالمجموع للسقاء ولم يف باجرة مثل ما الماء عزم لهما
الزايد وانما حكم المص هنا بلزوم الاجرة خاصة لما سيجيء من حكمه بعدم جواز التوكيل في تملك المباحات قوله لو حاز صيدا او احتطب اه هذا الجزم انما يتم
لو لم يكن وكيلا للغير في ذلك والا اتي الاشكال الذي ذكره في توقف تملك المباح على النية فانا لو قلنا بتوقفه وكان وكيلا ثبت الملك لهما ولو قلنا
بعدم توقفه حتى ثبت الملك للمحيز بمجرد حصول علة الملك وهي الحيازة فيثبت المعلول من وجود المانع للملك وهو نية عدمه بل اثباته للغير ولا
يلزم من القول بعدم توقف تملك المحاز على النية الصارفة عن الملك والا لكان الملك قهريا وان لم يرده كالارث ولا دليل عليه والا لكان من يحتج
حجرا عن الطريق او عطف غصن شجرة او حفر حفيرة وشرب منها تملكها ولا يجوز لاحد بعده التعرض له وهو بعيد جدا ويمكن اندفاع ذلك على تقديره بان
بعد الاعراض عنه يعود كالمباح للغير كالواعرض عن المال الى اليسير وبقاء الثمرات والسنبل ونحو ذلك بل هنا اولى وبالجملة فنفي الحكم بملك المحيز
بنيته انه له وللغير اجمع نظر على القولين ولعل الاولى انه لا يملك الاما نواه لنفسه ويبقى الباقي مباحا قوله وهل يفتقر المحيز اه منشأ التردد ان
اليد سبب الملك ولهذا يجوز الشهادة بمجردها ولانها سبب بالجملة قطعا وانما الشك في توقفه على امر اخر والاصل عدمه ومن اصالة عدم الملك
في المباح خرج عنه ما حصل بالحيازة والنية معا فيبقى الباقي ولحكمهم بان ما يوجد في جوف السمكة التي اصلها الاباحة يكون للواجد مع تحقق الحيازة له
تبعا لها وانما تخلفت النية لعدم رؤيته واجيب بان ما في بطن السمكة ما لا يعد جزءا لها مثل جزءها الابيع يجوز بحيازتها ولو سلم فغايته ما يلزم القصد
الى المحوز والشعور به ولو تبعا لا النية وفيه نظر لان الاول مصادرة محضة اذ لا شك في حصول معنى الحيازة للجميع ما صار تحت يده فكيف يدفع واشتراط
العلم في تحقق الحيازة غير واضح لان مرجعها الى الاستيلاء ووضع اليد فاعتبار امر اخر لا دليل عليه ولان اجزاء السمكة الداخلة غير مشعور بها والقصد
اليها هو الذي يسمى نية اذ لا يعتبر في النية سوى قصد الحيازة لنفسه والفرق بين الاجزاء وما في الامعاء وان حصل بالقصد الى الاجزاء اجمالا
بخلاف ما في الامعاء الا انه محوز والنية وان سلم عدم تعلقها به لكنها لم تصرف عنه بحيث يعد معرضا عنه فعدم ملكه للمحيز لم يبق له سبب الا فوات النية
قبل لو اشترطنا النية في حصول الملك لم يصح البيع قبلها لانتفاء الملك والتالي باطل لاطباق الناس على فعله من غير توقف على العلم بحصول النية حتى لو ثبتنا
في كون العقد الواقع بينهما اهو بيع ام استنقاذ لعدم نية الملك فقدم مدعي الملك قلنا لا يلزم من دلالة اليد على الملك ظاهرا وجعل الشارع ذلك
دالا له عليه كونها دليلا في الواقع وانما جعلت دليلا عند اشتباه الحال ليقوم به نظام النوع اذ لولاه لما قام للمسلمين سوق ومع علم تخلف الملك عنها
انتفى حتى لو وضع المحيز يده على شيء عبثا ولم يكن فيما بينه وبين الله مالكا لعدم حصول ما يوجبه فانه لم يقصد الحيازة ولا الملك وانما اتفق
له قبضه بيده ومع هذا يحكم له ظاهرا بالملك فلو قال اني ما نويت الملك ولا الحيازة وانما وضعت يدي عبثا كيف يحكم له ظاهرا هذا مما لا دليل عليه
وعلى هذا فالذي اطبق الناس على فعله البناء في اليد على ظاهر الملك لا الحكم بالملك في نفس الامر والكلام انما هو في تحقق الملك للمحيز فيما بينه وبين الله
لا بحسب الظاهر وفرق بين الامرين وقد كان الامام فخر الدين اورد على والده مسئلة بيع المحاز قبل نية التملك فاجاب بان نية البيع يستلزم نية التملك
وهو حق لان الغرض من هذه النية مجرد قصد الاختصاص وارادة البيع دالة عليه ونقض بان بيعه لا يختص بالمباشرة بل قد يتفق من الوكيل والوارث
الذي لا يعلم بالحال وجوابه كما تقدم من ان حكم بصرفهم مبني على الظاهر وان كان في نفس الامر لم يتحقق الملك ومثله كثير واورد ايضا حيازة الصبي والمجنون
فانهما لا قصد لهما ولا يبعد باحيازهما وجوابه منع ذلك فان الصبي المميز يعتبر قصده واجازه في كثير من الاحكام الشرعية واما المجنون فامره غير
منضبط فان من المجانين من يقصد الى الاختصاص بما يحوزه وهو عليه اشد حرصا من كثير من العقلاء ولا شك في حصول الملك لهذا النوع ومنهم من
لا قصد له وهذا لا يصلح لتملك المباح بمجرد الحيازة وبالجملة فالحكم في ذلك ان بني على الحكم في نفس الامر فمتى لم يحصل القصد الى الاختصاص بالمباح
فالاصل يقتضي عدم الملك واتضح حكم المباح هذا بالنظر الى المحيز نفسه واما بالنظر الى غيره فاذا راى تحت يده شيئا من ذلك يحكم له به ظاهرا
ولا يجوز له تناوله بغير اذنه لان اليد جعلها الشارع دليلا ظاهرا على الملك ومن هذا الباب ما يجده في الجبال من الحطب والخشب ونحوهما من المباحات
التي قد حصل عليها اثر اليد فانه يحكم بها لهم على ضابط اليد ولا يلتفت فيه الى اصالة عدم النية لان اليد شرعا حجة شرعية اقوى من هذه الاصالة وغيرها
واذا رايا اشياء تشهد القرائن الحالية على انه محوز بالوسيلة للتملك كالمقطوع لغرض من الاغراض كاصلاح طريق والطعام دابة ونحو ذلك لعدم تعلق الغرض
بالباقي فالاصل فيه البقاء على الاباحة مع احتمال انه هنا وان كان الفاعل فيما بينه وبين الله لم يحصل الملك وتظهر الفائدة فيما
لو راى الفاعل احدا يحوزه بعد ذلك فيحفظ الشرع بعدم قوله على ضابط اليد وفيما بينه وبين الله لا يجوز له اخذه منه لعدم حصول ما يقتضي
الملك واعلم ان المسئلة موضع تردد لكثير من اكابر الفقهاء كالمص على بارابه والشيخ والعلامة في كثير من كتبه وجماعة اخرين وجملة الاقوال فيها
يرجع الى ثلثة الاكتفاء بمجرد الحيازة والافتقار معها الى النية والاكتفاء بالحيازة مع عدم نية عدم التملك فلو نوى عدمه اثرت ولو لم يعتبر
الملك وهذه المسئلة لا تتعلق بكتاب الشركة الا بواسطة مسئلة السقاء والصياد ونحوهما لانها كالمقدمة لهما فلو ذكرها قبلها او ربط حكمها عليها

الثانية لو طالع صيد ... او احتطبا واحتشا بنية انه له ولغيره لم يؤثر تلك النية وكان جميعه له خاصة وهل يفتقر المحيز في تملك المباح الى نية التملك قيل لا وفيه تردد
متن

٢٧٩ كان اوفق للوضع قوله ولو كان بينهما مال اه المراد بالبضاعة هنا المال المبعوث مع الغير ليتجر فيه تبرعا قال في الصحاح البضاعة طائفة من مال يبعثها للتجارة
يقول ابضعته واستبضعته جعلته بضاعة وانما كان هذا بضاعة لانه لم يشركه في الربح فلا يكون قراضا ولا شركة لانه لم يعمل معه وبناء الشركة على عمل
الشريكين فاذا عمل الشريك وحده كان الربح بينهما على نسبة المال وعلمه معونة وتبرعا لانه لم يشرط لنفسه في مقابلته عوضا قوله اذا اشترى احد
الشريكين متاعا اه الوجه في الاولى انه وان كان وكيلا الا انه لا يتعين عليه العمل بمقتضى الوكالة لانها البتة لازمة فاذا نوى الشراء لنفسه وقع له فيقبل قوله في
دعواه نية ذلك مع يمينه لانه ابصر بنيته والتاخر دعوى الشريك عليه اذ لعلها على وجه مسموع بان يدعي اقراره بذلك ونحوه اما لو ادعى الاطلاع
على نية ذلك لم يكن مسموعا لانه مما لا يمكن معرفته الا من قبله ثم لو جعلها تهمة اتجه فيها ما في دعوى التهمة لانها من الامور الخفية واما الثانية فانه وكيل
والوكيل قوله مقبول في الفعل الموكل فيه كما سيأتي قوله لو باع احد الشريكين اه اما براءة المشتري من حق المقر فلاعترافه بوصول حقه الى وكيله وهو البايع واما قبول
شهادته اعني المقر على القابض اعني المدعى عليه القبض وهو البايع في النصف الاخر وهو نصيب البايع فلعدم التهمة في هذه الشهادة لانه لم يشهد
لنفسه بل على شريكه والشهادة على الشريك مقبولة هذا اذا كانت شهادته بقبضه حصته خاصة اما لو كانت الشهادة بقبض الجميع ففي قبولها نظر من عدم
سماعها في حصة الشاهد فيتبعض والشهادة اذا ردت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي ام لا وجهان واعلم ان هيهنا دعوتين احديهما بين المشتري و
البايع والثانية بين الشريكين والمصنف ذكر حكم الاولى وذكر الثانية مع ان الثانية بباب الشركة اولى اما الاولى فان تقدمت فطالب البايع المشتري بنصيبه
من الثمن فادعى وصوله اليه فان اقام البينة برئ من الحقين لما من حق البايع فبالبينة واما من حق الشريك فبها وبالاقرار ويقبل هنا شهادة الشريك
المقر على البايع بالاداء اليه ان كان عدلا اذا شهد بحصة البايع خاصة لانتفاء التهمة وفي الشهادة بالجميع ما مر وان لم يكن للمشتري بينة بالاداء فالقول قول
البايع مع يمينه فان حلف استحق اخذ نصيبه خاصة لاعتراف شريكه ببراءة المشتري من حقه بقبض وكيله له وبطلان وكالته بعد الضمان لو كالة ولا يشاركه
الشريك البايع فيما يقبض وان كان المال في اصله مشتركا فقد حصل بعضه وتوى الباقي لاعترافه بان هذا المقبوض ظلم وان الحق في ذمة البايع بالقبض الاول
ولو نكل البايع عن اليمين وردت على المشتري فان حلف انه اقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة وان نكل الزم بنصيب البايع وان لم ينقض بالنكول لاصالة
بقاء الثمن في ذمته حيث لم يثبت الاداء بحصة البايع وحيث يثبت الاداء الى البايع بالبينة فللشريك المطالبة بحصته لا ان ثبت ذلك بشاهد
ويمين او باليمين المردودة على المشتري او بنكول البايع ان قضينا به لان ذلك انما يؤثر في حق المتخاصمين لا في حق غيرهما واما الدعوى الثانية بين
الشريكين فان اقام الشريك البينة بقبض البايع طالبه بحقه كما مر والا فالقول قوله في عدم القبض فان حلف انقطعت عنه الدعوى وان نكل او رد اليمين
حلف الشريك المقر واخذ منه حصته ولا يرجع البايع بذلك على المشتري لاعترافه بظلم الشريك في فعله ولا نقطاع وكالته بفعل متعلق الوكالة
كاملا وبراءة المشتري من دين الاذن باقراره فلا يتحقق ان البايع ادى عن المشتري فيرجع به هذا حكم الخصمين اذا تقدمت الاولى ولو تاخرت عن الثانية
فالحكم كما مر الا ان الشريك المقر لا تقبل شهادته على البايع لسبق خصومته واما المشتري فلا تقبل شهادته للمقر على التقديرين قوله ولو ادعى تسليمه اه المراد
في هذه المسئلة مع شريك البايع الاذن في قبض البايع وهي في مقابلة الاولى وجملة احكامها ان البايع اما ان يكون قد اذن للشريك في قبض حصته او لا
وعلى التقديرين فاما ان يكون الشريك المدعى عليه اذن ايضا للشريك في القبض او لا فان كان الشريك مأذونا له في القبض برئ المشتري من حصة البايع
لاعترافه بقبض وكيله ثم يبقى هنا خصومتان كما تقدم احديهما بين البايع والشريك والاخرى بين المشتري والشريك والمصنف ترك حكم هذا القسم لامكان
استنباطه مما تقدم وان لم يكن مأذونا له في القبض لم يبرأ المشتري من حصة البايع ولم يتوجه بينهما خصومة لانه لم يدفع حصته اليه ولا الى وكيله ولا من حصته
الشريك لانكاره فيقدم قوله بيمينه مع عدم البينة ثم اذا طالب البايع بحصته فللشريك مشاركته فيه لانكاره القبض كما في قبض كل شريك ولو ان لا
يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه فان شاركه سلم للبايع ربع الثمن خاصة وليس للبايع مطالبة المشتري بعوضه لاعترافه بظلم الشريك له في المشاركة و
براءة ذمة المشتري في انه الرجعي عن الوكالة بقبض الشريك واما الشريك فيستكمل حصته من المشتري على تقدير الشركة للبايع لانحصار حقه فيهما قوله وقيل تقبل
شهادة البايع اه اي تقبل شهادة البايع للمشتري في قبض الشريك منه لعدم التهمة حيث ان الشريك ليس وكيلا للبايع وحق البايع باق على المشتري على
التقديرين طلبت شهادته متبعضة كالاولى نعم لو كان الشريك مأذونا في القبض بتبعضت الا انه غير مفروض لهم ووجه ما اختاره من المنع انه وان لم يكن
شريكا له فيما يقبضه الا ان الشهادة تجر نفعا من حيث انه اذا قبض نصيبه بعد ذلك يسلم له ولا يشاركه فيه بناء على استحقاق المشاركة اذا ارتبت القبض
وهذا هو الاشهر ولو قلنا بان الشريك متمكن من قبض حقه من المشتري بانفراده قبلت شهادته اذ لا تهمة وسيأتي الكلام في ذلك واشار بقوله في المسئلة
الى شهادة البايع في هذه والشريك في السابقة وقد تقدم ما يدل على وجه المنع في السابقة وانه يحتاج الى التفصيل قوله لو باع اثنان عبدين الى قوله وقيل
يبطل لان الصفقة تجري مجرى عقدين فيكون ثمن كل واحد منهما بانفراده مجهولا والقول بالبطلان للشيخ لانه مع تفاوت قيمتهما يصير ثمن كل واحد منهما مجهولا
اذ لا يعرف الا بالتقسيط والقسط لم يكن معلوما حال العقد وحيث كان المالكين فهما بمنزلة مبيعين في عقدين ويضعف بان الثمن انما وقع في مقابلة المجموع
وهو معلوم والتقسيط الحكمي لا يقتضي التقسيط لفظا والجهالة انما تعرض بالاعتبار الثاني دون الاول ولهذا لو كان المبيع عبدا واحدا ولاحدهما فيه حصة
والباقي للاخر ولم يعلم حصة كل واحد منهما صح بيعه صفقة واحدة وان اختلف العوض وجهل ما يخص كل واحد منهما وكونهما في حكم العقدين لا يقتضي كونهما
عقدين حقيقة ولهذا لو فسخ في احدهما تخير عليه ربنا الاخر وليس كذلك لو كانا عقدين فالقول بالصحة اوضح وقد تقدم البحث في نظير ذلك من البيع فيما
اذا باع ما يملك وما لا يملك في عقد واحد قوله اما لو كان العبدان لهما اه لزوال المانع المذكور حيث انهما لا يحتاجان الى تقسيط الثمن عليهما بل يقسم
على نسبة الحصص وكذا لو كانا لواحد مع ان ذلك التقسيط لو اتفق لا يمكن تطرق هنا لو عرض لاحدهما ما يبطل البيع كما لو خرج مستحقا ان رد بعيب

الثانية لو كان بينهما مال بالسوية وابضع احدهما مال الشركة بينهما كان الربح بينهما نصفين وفي ... الاولى اذا اشترى احدهما شيئا وادعى انه اشتراه لنفسه ... الرابعة اذا باع احد الشريكين ... فادعى الاخر ان المشتري ... فالقول قول المشتري ... لانه ابصر بنيته ... فالقول قوله مع يمينه ... الخامسة لو باع احد الشريكين ... وادعى المشتري تسليم الثمن الى الشريك ... البايع وصدقه ... على القابض وفي النصف الاخر ... حصة البايع ... في ذلك القول ... الى الشريك ... ولا الى وكيله ... فالقول قوله مع يمينه ... شهادة البايع ... السادسة لو باع اثنان ... عبدين بثمن واحد ... بطل لان ... عقدين فيكون ثمن كل واحد منهما مجهولا ...
متن

٢٠٨ في نفس الامر انما وقع على المملوك ولا يعلم قسطه من الثمن والوجه في الجميع ان ثمن المبيع عند العقد معلوم والتوزيع لاحق فلا يقدح قوله وكذا لو كان اه ومثله ما لو كان العبدان متساويي القيمة فان الشيخ ره انما منع من المختلفين بسبب جهالة ثمن كل واحد منهما وقد نبه عليه المص بقوله مع تفاوت قيمتهما قوله ره قد بينا ان شركة الابدان باطلة اه لا اشكال في اختصاص كل منهما باجرته مع تميزها اجمع وكذا لو تميز بعضها اختص به وانما الاشكال مع اشتباه الحال وقد اختار المص ره هنا قسمة الحاصل على قدر اجرة مثل عملهما نظرا الى ان الغالب ان العمل باجرة المثل وان الاجرة تابعة للعمل ومثله قسمة ثمن ما باعه مشتركا بينهما على ثمن مثل ما لكل منهما وعلى هذا لو تميز بعض حق كل واحد منهما او احدهما ضم الى الباقي في اعتبار النسبة وان اختص به مالكه وفي المسألة وجهان اخران ذكرهما العلامة احدهما تساويهما في الحاصل من غير نظر الى العمل لاصالة عدم زيادة احدهما على الاخر ولان الاصل مع الاشتراك التساوي فيصدق العمل على كل واحد منهما والاصل عدم زيادة احد العملين على الاخر والحاصل تابع للعمل ويضعف بمنع كون الاصل في المال والعمل التساوي بل الاصل هنا يرجع اليه لان زيادة مال شخص او عمله على اخر ونقصانه وما اشبه ليس اصلا لا بحسب العادة ولا في نفس الامر وانما يتم ذلك لو اشتركا في سبب تملك كالاقرار والوصية والوقف وتشبه الحال فيها فيمكن الرجوع الى الاصل لاشتراكهما في اصل السبب والاصل عدم التفاوت لان اثبات الزيادة لاحدهما يتوقف على امر زائد في لفظ الاقرار او الوصية او الوقف ونحو ذلك والاصل عدمه بخلاف ما نحن فيه لان احد العملين غير الاخر والاحتمال قائم في تفاوتهما وتساويهما على حد سواء وانه ما ذكره من تعليله وارد فيما لو امتاز لاحدهما اكثر عمله او اشتبه بعضه بمجموع مال الاخر فان اصالة عدم زيادة احد المالين على الاخر وارد فيه فيلزم اتحاد الحكم عند اشتباه الجميع واشتباه جزء يسير منه وهو بعيد والوجه الثاني الرجوع الى الصلح لانه طريق الى تيقن البراءة كما في كل مال مشتبه ولا شبهة في انه اولى مع اتفاقهما عليه والا فما اختاره المص اعدل من التسوية قوله اذا باع الشريكان سلعة اه موضع البحث ما اذا كان بين شريكين فصاعدا دين مشترك بسبب يكون سببه واحدا كبيع سلعة وميراث واتلاف ونحو ذلك والمص فرضه في بيع الشريكين سلعة صفقة ليناسب باب الشركة بالمعنى الثاني فانها عقد يقتضي التصرف بالبيع ونحوه مما يثمر الربح واحترز بقوله صفقة عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد وان كان العقدان لواحد فانهما لا يشتركان فيما يقبضه احدهما عن حقه اجماعا ولا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحدا ومتعددا لان الموجب للشركة العقد الواحد على المال المشترك اذا تقرر ذلك فلكل من الشريكين في المال المذكور مطالبة المشتري بحقه من الدين فاذا استوفاه شاركه الاخر فيه على ما اختاره المص والشيخ واكثر الاصحاب وهو مروي من طرقهم في عدة اخبار الا انها قاصرة عن الاستدلال بها لارسال بعضها وضعف الاخر وعدم صراحة المطلوب وبعضها وعللوه مع ذلك بان كل جزء من الثمن مشترك بينهما وذهب ابن ادريس الى ان لكل منهما ان يقبض حقه ولا يشاركه الاخر فيه محتجا بان لكل واحد منهما ان يبرئ الغريم من حقه ويهبه ويصالح على شيء منه دون الاخر ومتى ابراه برئ من حقه وان بقي حق الاخر وكذا اذا صالح عليه فكما لا يشاركه من وهب وصالح للمستوفي الاخر كذا لا يشاركه هو لو استوفى لان متعلق الشركة بينهما كان هو العين وقد ذهبت ولم يبق عوضها الا دين في ذمة فاذا اخذ احدهما حقه منه لم يكن قد اخذ عينا من اعيان الشركة بل من امر كلي في الذمة لا يتعين الا بقبض المالك او وكيله وهنا الشريك لا انه انما قبض لنفسه ولا يخفى ضعف الملازمة السابقة واما دليله الثاني فلا باس به ويعضده وجوه اخر منها انه لو وجب الاداء بالمطالبة بحقه وجب ان لا يكون للشريك فيه حق لكن المقدم حق اتفاقا فالتالي مثله بيان الملازمة ان وجوب الاداء بالمطالبة بحصة الشريك فرع التمكين من تسليمها لاستحالة التكليف بالممتنع فاذا ثبت تمكنه من دفعها على انها للشريك ودفعها كذلك امتنع ان يكون للشريك الاخر فيها حق ومنها انه لو كان للشريك في المدفوع حق لزم وجه قبيح وهو تسلط الشخص على قبض مال غيره بغير اذنه ومنها انه لو كان كذلك لو ان يبرأ الغريم عن قدر حقه من المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه لكن الثاني باطل عندهم لانهم يحكمون بكونه مخيرا في الاخذ من ايهما شاء ومنها انه لو نهاه الشريك عن قبض حقه فان تمكن من المطالبة بحصته وجب ان لا يكون للشريك فيها حق والا امتنع اخذ حقه بمنع الشريك اياه ومنها ان المقبوض اما ان يكون مالا مشتركا او لا فان كان مشتركا وجب على تقدير تلفه ان يتلف منهما كسائر اموال الشركة ويبرء ذمة الغريم منه والا لم يكن للشريك فيه حق وعندي في هذه الوجوه كلها نظر لانها انما ترد لو جعلنا حق الشريك متعينا في المقبوض على جهة الشركة والامر عند القائل به ليس كذلك وتحقيق الحال ان حقهما لما كان في الذمة امرا كليا لم ينحصر في فرد من افراد مال المديون الا بقبض المستحق او وكيله فاذا طالب احد الشركاء فلا شبهة في استحقاقه ذلك لان الاصل في مستحق الدين ان يتسلط على تحصيله ومن ثم اجمعوا هنا على ان له المطالبة منفردا كما اجمعوا على ان الشريك اذا لم يجز مشاركته يختص بما قبض و ح فاذا اقبضه المديون شيئا معينا من ماله فقد تراضى هو والقابض على حصر بعض هذا الامر الكلي في الفرد المقبوض والحال ان ما في الذمة وهو الامر الكلي مشترك بين الشريكين فللشريك الاخر اجازة هذا التخصيص في الفرد المعين فيشاركه فيه وان لا يجيزه فيطالب المديون بحقه لان حق التعيين لا يتم الا برضاه و ح فيتعين المعين او لا للقابض وهذا معنى الوجه في تخييرهم بين المشاركة ومطالبة المديون بحقه فان قيل اذا كان تعيين الكلي المشترك موقوفا على رضاء الشريكين فيجب ان يبطل حق الشريك القابض من المقبوض ايضا لان الكلي لا يصح حصره في المعين بسبب عدم رضاء الشريك فكيف يتعين بالنسبة الى المقبوض دون واحد مع استحالة الترجيح بغير مرجح قلنا المرجح هنا موجود وهو ان القابض قد رضي بتعيين حقه اجمع في المعين لكنه كان موقوفا على عدم اختيار الشريك مشاركته والحال انه لم يعين مجموع ما في الذمة حتى يحكم ببطلانه بسبب تعلق حق الشريك بالتعيين وانما هو بقدر حقه فاذا لم يجز الشريك مشاركته فيه انحصر حقه فيه لتقدم رضاه بذلك في ابتداء القبض وانما توقف على امر وقد حصل فيه وبقي القدر الاخر باقيا في ذمة المديون للشريك ومن هنا وجب على الغريم الدفع اليه لانه بقدر حقه وامره يؤل الى اختصاصه به ان رد الشريك وان لم يجب الدفع اليه قبل المطالبة الا ان هذا المدفوع لم يجب قهرا لا عليه بل لاجل الشريك المطالب وانما يجب مشاركة الغريم الاخر بمطالبته والحاصل ان الحق لما كان قد تعين باختيار المالك وقبض الغريم و انما كان موقوفا على امر الشريك فاذا لم يرض به تحقق شرط التعيين للقابض واستقر ملكه على المقبوض وبهذا يندفع جميع الوجوه المذكورة اذا تبين

ذلك فنقول هذا المقبوض على المذهب المشهور نصفه يكون ملكا للقابض تاما لتعينه له على التقديرين بل على القولين فنماؤه قبل اختيار الشريك له وتلفه
٢٨١ عليه واما النصف الاخر فهو مقبوض بيده لنفسه قبضا متزلزلا مراعى باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون فيتم او على مشاركته فينتقل ملكا له فان اختار الرجوع على المديون تبين ملك القابض له بالقبض وتبعه النماء وان اختار اخذه فهي ملكه له من حين قبضه وقبض شريكه احتمالان ولعل الثاني اوجه لانه يكون بمنزلة عقد الفضولي يتبين باجازته انتقال الملك من حين العقد لا من حين الاجازة واما تلفه قبل اختيار الشريك فهو من القابض على التقديرين لقدومه على ضمانه ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي واطلاقها واعلم ان القابض لو اراد الاختصاص بالمقبوض بغير اشكال فليبع حقه للمديون على وجه يسلم من الربا بثمن معين فيختص به ومثله الصلح عليه بل اولى بالجواز وكذا لو ابرء من حقه او استوهب عوضه او احال به على المديون بما عليه فكان كالقبض وانما ياتي الخلاف في ذلك مع حلول الحقين معا فلو كان حق احدهما مؤجلا اما بالعقد الاول او باشتراطه في عقد لازم لم يشاركه الاخر فيما قبض قبل حلول الاجل لانه لا يستحق الان شيئا وتمكنه من تاجيله يقتضي جواز قبض الحصة منفردة لاستلزامه تمييز حصته من حصة الاخر وكذا لو ضمن ضامن لاحد الشريكين حصته فان الضمان صحيح لتناول الادلة له فيختص باخذ المال المضمون من الضامن وهو يقتضي امكان اخذ الحصة منفردة عن الاخرى كما تقدم وبالجملة فالقول باختصاص القابض لا يخ من قوة وان كان التوقف مع المشهور اولى قوله اذا استاجر اه جواز الاستيجار على تحصيل ذلك ونحوه من المباحات مبني على ما سلف من ان تملكها هل يكفي فيه مجرد الحيازة ام لا بد معها من نية التملك فان اكتفينا بالحيازة لم يصح الاستيجار عليها ولا التوكيل فيها لان المستاجر يملكها بمجرد الحيازة فلا يتصور ملك المستاجر والموكل لها وان قلنا بافتقاره الى النية صح الاستيجار والتوكيل ايضا لان الملك لما كان تابعا للنية فاذا نوى ملك غيره مع كونه نائبا له صح وكذا يصح على القول بعدم اعتبار النية بل يعتبر ان لا ينوي ما ينافي الملك كما اختاره بعض الاصحاب و ح فاذا نوى بذلك النيابة صح وملك المستاجر والمص جزم هنا بالصحة مع تردده فيما سبق في اشتراط النية فهو اما رجوع الى الجزم باعتبارها بعد التردد او اختيار للقول الاخير الذي حكيناه فانه لا ينافي عدم اشتراط النية ويبقى في المسألة بحث اخر وهو انه على القول بصحة الاجارة على احد القولين انما يقع الملك للمستاجر مع نية الاجير الملك له او مع الاطلاق على القول الاخر اما مع نية الملك لنفسه فيجب ان يقع له لحصول الشرط على جميع الاقوال واستحقاق المستاجر منافعه تلك المدة لا ينافي ذلك فانه لا يقصر عما لو عمل عملا لغير المستاجر فانه يقع حسب ما اوقعه ولكن يثبت للمستاجر عليه اجرة تلك المدة التي فوت فيها العمل على تفصيل يأتي في باب الاجارة فليكن هنا كذلك وربما فرق بين عمله لنفسه ما استوجر على فعله وغيره ففي الاول يكون الجميع للمستاجر لاستحقاقه اياه بالعقد بخلاف ما اذا عمل في مدة الاجارة غير ما استاجره عليه فانه ح يتخير كما فصل وفي الفرق نظر قوله ولو استاجره لصيد شيء بعينه لم يصح اه لما كان ضابط المستاجر عليه كونه مقدورا للاجير حيث يقصد منه مباشرته فلا يصح الاستيجار لتحصيل صيد معين مالك لامره لان مثل ذلك لا يعد مقدورا موثوقا به عادة بخلاف الصيد المطلق فان العادة قاضية بامكانه اذ لا بد من القدرة على شيء منه كيف اتفق قال

كتاب المضاربة

هي مفاعلة من الضرب في الارض لان العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال فكان الضرب مسببا عنهما طردا لباب المفاعلة في طرفي الفاعل او من ضرب كل منهما في الربح بسهم او لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه ويقال للعامل مضارب بكسر الراء لانه الذي يضرب في الارض ويقلبه ولم يشتق اهل اللغة لرب المال من المضاربة اسما وهذه لغة اهل العراق واما اهل الحجاز فيسمونه قراضا اما من القرض وهو القطع ومنه المقراض لانه يقرض به فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها للعامل او اقتطع له قطعة من الربح او من المقارضة وهي المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما الاخر بشعره ومنه قول ابي الدرداء قارض الناس ما قارضوك فان تركتهم لم يتركوك يريد ساوهم فيما يقولون ووجهه ان المال هنا من جهة مالكه والعمل من جهة العامل فقد تساويا في قوام العقد بهما او لاشتراكهما في الربح وتساويهما في اصل استحقاقه وان اختلفا في كميته ويقال منه للمالك مقارض بالكسر وللعامل مقارض بالفتح واعلم ان من دفع الى غيره مالا ليتجر فلا يخ اما ان يشترطا كون الربح بينهما او لاحدهما او لا يشترطا شيئا فان شرطاه بينهما فهو قراض وان شرطاه للعامل فهو قرض وان شرطاه للمالك فهو بضاعة وان لم يشترطا شيئا فكذلك الا ان للعامل اجرة المثل وعقد القراض مركب من عقود كثيرة لان العامل مع صحة العقد وعدم ظهور ربح ودعي امين ومع ظهوره شريك ومع التعدي غاصب وفي تصرفه وكيل ومع فساد العقد اجير قوله وهو جائز من الطرفين اه لا خلاف في كون القراض من العقود الجائزة من الطرفين ولانه وكالة في الابتداء ثم قد يصير شركة وهما جائزان ايضا والمراد بانضاض المال صيرورته دراهم او دنانير كما كان اولا وتعلق العروض بها لنظر الى اصله وا فالعرض ايضا مال فلو قال او كان عروضا كان اجود قوله ولو اشترط فيه الاجل لم يلزم اه اي لم يلزم العقد مدة الاجل بل يصح فسخها قبله ولكن العقد والشرط صحيحان اما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده لان التصرف تابع للاذن ولا اذن بعده واما العقد فلان الشرط المذكور لم يناف مقتضاه اذ ليس مقتضاه الاطلاق وكذا القول في قوله ان مرت بك سنة فلا تشتر لان امر البيع والشراء منوط بامر المالك فله المنع منهما بعد السنة من احدهما اولى ومثله ما لو ذكر بان قال لا تبع واشتر وانما لم يذكره لان البيع هو المقصود في هذا الباب بطلب الربح وتحصيل الانضاض قوله وليس كذلك لو قال على اني لا املك اه لان مقتضاه ان لكل من المتعاقدين فسخه كما هو شان العقود الجائزة فاذا شرط ما ينافيه فسد العقد لفساد الشرط قوله ولو شرط ان لا يشتري اه لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط ولزومها وان ضاق بسببها التجارة واطلاق النصوص دال عليه ونبه به على خلاف بعض العامة حيث منع من اشتراط ما يكون وجوده نادرا او مضيقا وحيث يقع التعيين على احد الوجوه فخالف لما بل ضمن المال لكن لو ربح كان الربح بينهما على ما شرطاه سواء في ذلك المخالفة في النوع وفي السفر وفي جهته لصحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم وغيرهما عن الباقر والصادق ولولا النص لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع مخالفا او موقوفا على الاجازة قوله ولو اشترط ان يشتري اه اي مقتضى عقد المضاربة او مقتضى القراض الذي هو ورود بهما التصرف في راس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح بالتجارة وهذا ليس كذلك لان فائدته تحصل بغير تصرف بل من عين المال وحيث انه حصل بسعي العامل اذ لولا شراؤه لم يحصل النماء وذلك الشيء جملة

٢٨٢ الاسترباح بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد لا نماؤه الحاصل مع بقاء عين المال او بان المضاربة تقتضي معاوضتين احدهما بالشراء والاخرى بالبيع اقل ما يتحققان بمرة وبها يظهر الربح والانضاض والمضاربة تدل على ملك العامل لهما بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن فيمنع من احدهما مخالف لمقتضاها فان قيل هلا كان ذلك كتقييد المالك عليه في الشراء المعين او من معين او البيع عليه ونحو ذلك مما كان يدخل في اطلاقها وبالتقييد خرج ولم ينافي ذلك مقتضاها قلنا الفرق بينهما حصول اصل المقتضي وهو البيع والشراء ويحصل الربح بما ذكر وانما قيد موضعهما بخلاف المتنازع فان المقتضي لم يحصل اصلا كما بيناه وعلى القول بالفساد يصح الشراء المذكور بالاذن ويكون النماء الحاصل باجمعه للمالك لانه نماء ملكه وعليه اجرة المثل للعامل واعلم ان المنع انما هو في حصر الربح في النماء المذكور كما يقتضيه هذه المعاملة والا فلا يمنع كون النماء بينهما من جملة الربح الا ان الربح لم يحصره فيها لامكان تحصيله من اصل المال ايضا قوله ولو اذن في التصرف له المراد بالاذن في التصرف هنا اطلاق عقد المضاربة اذ لا يفتقر العامل معها في جواز التصرف الى اذن اخر وكان حقه ان يقول ولو اطلق العقد تولى العامل بالاطلاق ما ذكر وحاصل ذلك ان المضاربة لما كانت معاملة على المال للاسترباح كان اطلاق العقد مقتضيا لعمل ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه من عرض القماش على المشتري ونشره وطيه واحرازه وبيعه وقبض ثمنه وايداعه الصندوق ونحو ذلك وهذا النوع لو استاجر عليه فالاجرة عليه خاصة حملا للاطلاق على المتعارف اما ما جرت العادة بالاستيجار عليه كالدلالة والحمل ووزن الامتعة الثقيلة التي لم تجر عادة التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجارة من مثل ذلك التاجر فله الاستيجار عليه حملا على المعتاد ايضا ولو عمل هذا النوع بنفسه لم يستحق اجرة لانه متبرع في ذلك ولو قصد بالعمل الاجرة كما ياخذه غيره توفيرا على نفسه وتوسعا في المكسب فقيل يستحقها فان لها وجها خصوصا على القول بان للوكيل في البيع ان يبيع من نفسه وفي الشراء ان يشتري من نفسه فيكون للوكيل في الاستيجار ان يستاجر نفسه ولكن اطلاق المص والجماعة يقتضي العدم ولو اذن له المالك في ذلك فلا اشكال والمراد بقوله واستيجار من جرت العادة باستيجاره مثل الدلال ومن ذكر معه لان من موضوعة لمن يعقل ولو قال الاستيجار لما جرت العادة بالاستيجار له كان اشمل ليشمل مثل استيجار الدابة اذ لا يدخل في عموم من ويدخل فيما ذكرناه واطلاق الاستيجار على مالكها مجاز بعيد قوله وينفق في السفر اه المراد بكمال النفقة نفقة السفر اجمع واحترز به عن القدر الزائد عن نفقة الحضر فان القول الاخر انه لا ينفق من المال سواه للاجماع على ان نفقة الحضر على نفسه فما ساواه في السفر يجب عليه ايضا والزائد على القراض وقيل انه جميع نفقة السفر على نفسه كنفقة الحضر والاقوى الاول لصحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى ع قال في المضاربة ما انفق في سفره فهو من جميع المال فاذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه وما للثاني وجه الثاني انه انما حصل بالسفر الزيادة لا غيرها اما غيرها فسواء كان مسافرا ام حاضرا لا بد منه فلا يكون السفر علة فيه ووجه الثالث ان المبيع مال المالك والاصل انه لا يتصرف فيه الا بما دل عليه الاذن ولم يدل الا على الحصة التي عينها له وهو لا يدخل الا عليه فالمستحق سواه والاقوى الاول عملا بالنص الدال عليه وهو مع ذلك اشهر بين الاصحاب اذا تقرر ذلك فالمراد بالسفر هنا العرفي لا الشرعي وهو ما يجب فيه التقصير فلو كان قصيرا او اقام في الطويل واتم الصلوة فنفقة تلك المدة على المال نعم يجب الاقتصار على ما يحتاج اليه للتجارة فلو اقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة والمراد بالنفقة ما يحتاج اليه فيه من ماكول وملبوس ومشروب ومركوب والات ذلك كالقربة والجوالق واجرة المسكن ونحو ذلك ويراعى فيهما ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد فان اسرف حسب عليه وان قتر لم يحسب له لانه لم ينفق ذلك واذا عاد من السفر فما بقي من اعيان النفقة ولو من الزاد يجب رده الى التجارة او تركه وديعة الى ان يسافر اذا كان ممن يتكرر سفره ولم يكن بعيدا عود على التجارة من تركه ولو شرط فيه عدم النفقة لزم الشرط للعامل فلا ينفق ولو اذن له بعد ذلك فهو تبرع محض ولو شرطها فهو تاكيد على القول بثبوتها ومخرج من الخلاف وهل يشترط تعيينها ح وجهان قوي حذرا من الجهالة في الشرط الذي هو جزء العقد بخلاف ما لو لم يشترط لها الاطلاق العقد باذن الشارع خصوصا على القول بعدمها ويبنى عليه اشتراط نفقة الاكثر حيث لا يثبت على المستاجر ويحمل على القول بثبوتها عدم وجوب ضبطها لثبوتها بدون الشرط فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالاصل ولا يعتبر في النفقة ثبوت الربح بل ينفق ولو من اصل المال ان لم يكن ربح وان قصر المال نعم لو كان ربح فهي منه مقدمة على حق العامل وانما ينفق في سفر ماذون فيه فلو سافر الى غيره او تجاوز الماذون او الى غير جهته فلا نفقة له ولو كانت المضاربة ثابتة ومؤنة المرض والموت في السفر محسوبان على العامل خاصة لانهما لم يتعلقا بالتجارة قوله ولو كان لنفسه مال اه وجه التقسيط ظ لان السفر لاجلهما فنفقته عليهما وهل التقسيط على نسبة المالين او على نسبة العملين وجهان اجودهما الاول لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ولا ينظر الى العمل ثم ان قلنا بوجوب كمال النفقة على مال المضاربة فالتقسيط كما ذكرناه وان قلنا انما يجب النفقة الزائدة فالتقسيط لتلك الزيادة خاصة عليهما والباقي على ماله وربما قيل هنا بعدم ثبوت شيء على مال المضاربة وهو ضعيف لوجود المقتضي في الموضعين ولو كان معه قراض اخر لغير صاحب الاول وزعت النفقة عليهما ايضا على قدر المالين او العملين كما مر ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد شرطها على كل واحد منهما او اطلق بل لو نفقة ولو شرطها على التقدير لان ذلك منزل على الحاصل المشروط عليه بالعمل هذا مع جهل كل واحد منهما بالاخر اما لو علم صاحب القراض الاول بالثاني وشرط على ماله كمال النفقة جاز واختصت به ولا شيء على الثاني قوله ولو انفق صاحب المال له اه لان النفقة سفرا انما استحقت بالمضاربة وقد انفسخت بالانفساخ ولا غرر عليه لدخوله على عقد يجوز فسخه كل وقت وينبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اثبت له نفقة الرجوع لانه استحقها حين السفر وهو ممنوع قوله وللعامل ابتياع المعيب اه الفرق بينه وبين الوكيل حيث لا يسوغ له شراء المعيب ان الغرض الذاتي هنا الاسترباح وهو يحصل بالصحيح والمعيب فلا يتقيد بالصحيح ولو تعذر شراؤه جاهلا بالعيب تخير بين الرد والامساك بالارش ما فيه الغبطة بالنظر الى التجارة فقد يكون الرد اغبط وقد يكون اخذ الارش فلذلك تخير بينهما بخلاف الوكيل فان [illegible] للقنية والمعيب لا يناسبها غالبا فحمل الاطلاق على الصحيح عملا بالمتعارف قوله ويقتضي الاطلاق اه لما كان اطلاق عقد المضاربة محمولا على المتعارف في التجارة تحصيلا للاسترباح وجب تقييد تصرف العامل بما يحصل به الغاية فله البيع نقدا لانه ابعد من الغرر بمال المالك وبثمن المثل لا بدونه للتضييع مع القدرة على تحصيل الزائد والا فرضها واضح واما البيع بنقد البلد فلان الاطلاق في الوكالة منصرف اليه

ولو اذن له في التصرف تولى بالاطلاق ما يتولاه المالك [illegible] القماش والنشر والطي [illegible] وقبض الثمن وايداعه الصندوق واستيجار من جرت العادة باستيجاره كالدلال والوزان [illegible] ولو تولى ذلك بنفسه لم يستحق اجرة [illegible] وينفق في السفر كمال النفقة [illegible] مال القراض [illegible] ولو انفق [illegible] المالك [illegible] وللعامل ابتياع المعيب [illegible] ويقتضي الاطلاق [illegible] بنقد البلد [illegible]

٢٨٣ وهو في مثل الوكالة من ثم المتلفة وقبله الشيخ وجماعة لكن قد عرفت ان المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب لان الغرض الاقصى منها تحصيل الربح وهو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض والاقوى جوازه بها مع الغبطة واحترز عما لو اذن له في شيء من ذلك خصوصا او عموما كتصرف كيف شئت ويجب برايك ونظرك ونحو ذلك فانه يجوز له البيع بالعرض قطعا اما النقد وثمن المثل فلا يدخلان فيها الا بالتصريح نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان ما يتسامح الناس فيه عادة قوله ولو خالف له يضمن اه اذا خالف ما دل عليه اللفظ خصوصا او اطلاقا لم يقع التصرف باطلا بناء على جواز بيع الفضولي لكن يقف على اجازة المالك فان اجاز نفذ ثم ان قدر على تحصيل النسيئة والا ضمن الثمن لثبوته بالبيع الصحيح لا القيمة والاوجب الاسترداد مع امكانه ولو تعذر ضمن قيمة المبيع او مثله لا الثمن المؤجل وان كان ازيد ولا التفاوت وصورة النقيصة لانه مع عدم اجازة البيع يقع باطلا فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه بغير اذن شرعي وفي المسئلة احتمالات اخر مدخولة قوله وكذا يجب ان يشتري اه لما في شرائه في الذمة من احتمال الضرر اذ ربما يتلف راس المال فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك وقد لا يقدر عليه او لا يكون له غرض في غير ما دفع ولان المقصود من العقد ان يكون ربح المال بينهما ولا يكون ذلك الا اذا اشترى بالعين لان الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال قوله ولو اشترى اه اي لم يقع لازما فاطلق الصحة على اللزوم بل يقع موقوفا على الاجازة ويمكن ان يريد بالاذن ما يشمل الاجازة ويريد بالصحة معناه المتعارف والاول اعرف قوله ولو اشترى في الذمة لا معه اه هذا اذا لم يذكر المالك في الشراء لفظا والا بطل العقد مع عدم اجازته ولو ذكره نية خاصة وقع للعامل ظاهرا كما ذكره ووجب عليه التخلص بالمناص من حق البائع بحسب الثمن في الوكالة بخصوص ذلك ولو لم يذكره لفظا ولا نية وقع له ظاهرا وباطنا قوله ولو امره بالسفر اه المراد ان المضاربة لا تبطل بهذه المخالفة وان وجب الضمان والاثم في التصرف بغير الماذون والربح بينهما على حسب الشرط للنصوص الصحيحة الدالة عليه والا لتوجه الاشكال الى صحة الابتياع المخالف لوقوعه بغير اذن فينبغي ان يكون فضوليا وكان السبب في ذلك ان الغرض الذاتي في هذه المعاملة هو الربح وباقي التخصيصات عرضية لا يؤثر فساد المعاوضة المخالفة لحصول المقصود بالذات وبالجملة فالمستند النص الصحيح وعمل الاصحاب به ويجب تقييد المخالفة في جهة السفر بما اذا بيع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعينة او يزيد فلو كان ناقصا بما لا يتغابن بمثله لم يصح كما لو باع بدون ثمن المثل واعلم ان العامل لا يجوز له السفر مطلقا بدون اذن المالك عندنا سواء كان الطريق مخوفا او امنا لما فيه من التغرير في الجملة المنافي للاكتساب لقول النبي ص المسافر وماله لعلى قلت الا ما وقى الله اي على هلاك وحيث ياذن له فيه فان اطلق تخير في الجهات وان عين له جهة تعينت كما ذكر وعبارة المص خالية عن تحريم السفر بغير اذنه فلذلك نبهنا عليه قوله ويموت كل منهما تبطل اه لما كان هذا العقد من العقود الجائزة بطل بما يبطل به من موت كل منهما وجنونه واغمائه والحجر عليه للسفه لانه متصرف في مال غيره باذنه فهو كالوكيل ولا فرق بين حصول ذلك قبل التصرف وبعده ولا فرق بين ان يكون قد ظهر ربح وعدمه ثم ان كان الميت المالك وكان المال ناضا لا ربح فيه اخذه الوارث وان كان فيه ربح اقتسماه وتقدم حصة العامل على جميع الغرماء لملكه لها بالظهور وكان شريكا للمالك ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة وان كان المال عرضا فللعامل بيعه ان رجى الربح والا فلا وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء مط وسيأتي الكلام في ذلك في مسئلة الفسخ وان كان الميت العامل فان كان المال ناضا ولا ربح اخذه المالك وان كان فيه ربح دفع الى الورثة حصتهم منه ولو كان هناك متاع واحتيج الى البيع والتنضيض فان اذن المالك للوارث فيه جاز والا نصب له الحاكم امينا يبيعه فان ظهر فيه ربح اوصل حصة الوارث اليه والا سلم الثمن الى المالك وحيث حكم ببطلان المضاربة بالموت واريد تجديدها مع وارث احدهما اشترط في الثانية شروط الاولى من انضاض المال والصيغة وغيرهما قوله ومن شرطه ان يكون عينا اه اشتراط ذلك في المال موضع وفاق نقله في التذكرة وهو العمدة وعلل مع ذلك بان ما في الذمة لا بد من تحصيله اولا ولا يجوز ضم عمل الى التجارة وان المضاربة معاملة تشتمل على غرر اذ العمل مجهول والربح غير متيقن الحصول وانما سوغت هذه المعاملة مع ذلك للحاجة فيختص بما يسهل التجارة ويروج في كل وقت وحال وهو النقدان ولا يخفى ان اثبات الحكم بمثل هذه التعليلات بعيد والعمدة على نقل الاجماع قوله في القراض بالنقرة تردد اه النقرة بضم اوله القطعة المذابة من الذهب او الفضة ومنشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير اللذين هما موضع الوفاق ومن مساواتها لهما في المعنى حيث انهما من النقدين وانما فاتها النقش ونحوه وانضباطها فيهما بها واصالة الجواز وهذا كله مندفع بما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط احدهما ومع ذلك لا نعلم قائلا بجوازه بها وانما ذكرها المص مترددا في حكمها ولم ينقل غيره فيها خلافا واذا كانت المضاربة حكما شرعيا فلا بد من الوقوف على ما ثبت الاذن فيه شرعا وربما اطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة فان صح هذا الاسم كان التردد من حيث انها قد صارت دراهم ودنانير وانما تخلفت السكة وهي وصف في النقدين ربما لا يقدح خصوصا اذا تعومل بها على ذلك الوجه وما تقدم من وجوه المنع قوله ولا يصح بالفلوس اه هذا اذا لم يكن متعاملا بها المغشوش فلو كان معلوم الصرف بين الناس جارت به المعاملة وصح جعله مالا للقراض سواء كان الغش اقل ام اكثر قوله ولا بالعروض العروض بضم العين جمع عرض بفتحها ساكن الوسط ويحرك وهو المتاع وكل شيء سوى النقدين ذكره في القاموس وعلى هذا كان يستغني بذكرها عما تقدم منعه لدخوله فيها ولكن حكى الجوهري عن ابي عبيد ان العروض هي الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا فلا يشمل الفلوس ولا النقرة الا ان المعنى الاول انسب بالمقام ويمكن ان يكون وجه تخصيص تلك الافراد ما فيها من شبهة الجواز وعدم جواز المضاربة بالعروض موضع وفاق وعلل مع ذلك بانه لا يتحقق فيها الربح لانه ربما ارتفعت قيمتها فيدخل الربح في اصل المال ويستغرقه وربما نقصت قيمتها فيصير راس المال ربحا والاعتماد على الاتفاق قوله ولو دفع الة الصيد اه وذلك لفساد المضاربة بمخالفة مقتضاها فان مقتضاها تصرف العامل في رقبة المال وهنا ليس كذلك وليس شركة لانه مركب من شركة الابدان وغيرها ولتميز مال صاحب الشبكة ولا بالاجارة وهو واضح فالحكم بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصور التوكيل في تملك المباح والا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد وقد سبق الكلام على نظيره ويبعد بناؤه على ان العامل لم ينو بالتملك الا لنفسه لان ظاهر الحال دخوله على الشركة وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما من اجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما اصابه من الملك ولو كان المدفوع اليه بدل الشبكة دابة

[illegible] ولو خالف [illegible] ضمن وكذا يجب [illegible] الا مع اجازة المالك ولو اشترى بعين المال [illegible] ان اشترى في الذمة [illegible] الاذن [illegible] في الذمة [illegible] المالك تعلق الثمن بذمته [illegible] ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها او امره بابتياع شيء معين فابتاع غيره ضمن ولو ربح كان الربح بينهما بموجب الشرط ويموت كل واحد منهما تبطل المضاربة لانها في معنى الوكالة الثاني في مال القراض ومن شرطه ان يكون عينا وان يكون دراهم او دنانير وفي القراض بالنقرة تردد ولا يصح بالفلوس ولا بالورق المغشوش سواء كان الغش اقل او اكثر ولا بالعروض ولو دفع الة الصيد كالشبكة بحصة فاصطاد كان الصيد للصائد وعليه اجرة الالة

لتحمل عليها او يركب بالاجرة والحاصل بينهما فالحاصل باجمعه لصاحب الدابة وعليه اجرة مثل العامل ولو تضح المعاملة ايضا لعين ما ذكر والفرق بين الشبكة والدابة
في كون الحاصل لصاحب الدابة دون مسئلة الشبكة ان الاجرة تابعة للعمل والعمل في الدابة حاصل منها وفي الصيد من الصايد والشبكة تبع لعمله كما ان التسبيب
بحمل الدابة وعلها تابع لها فيكون الحاصل للعامل ولا مدخل هنا للنية كما في مسئلة الصيد قوله ويصح القراض بالمال المشاع لان المشاع معين في نفسه وجامع لما
الشرايط فيصح القراض به ولا فرق بين ان يكون عنده وامتزاجه مع الشريك وغيره قوله ولا يكفي المشاهدة اه القولان للشيخ ره الاول في ف والثاني في ط ومنشأ
الاشتباه ان معظم الغرر بالمشاهدة وبقاء الجهالة والاصح الاول وحكى في لف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة وقواه في
لف محتجا بالاصل وقوله المؤمنون عند شروطهم ولا اشكال في ان القول قول العامل مع يمينه في قدره سواء صحت المعاملة ام لا لانه منكر وح فيتفرع قوله
ويكون على الصحيح مع المشاهدة باعتبار انه اذا لم يصح لا يدفع اليه المال غالبا فلا يقع التنازع لكن لو فرض كان حكمه كذلك وكذا لو اختلفا في قدره في غير هذه
الصورة قوله ولو احضر مالين الى قوله لم ينعقد اه لانتفاء التعيين الذي هو شرط في صحة العقد ولا فرق في المالين بين كونهما متساويين جنسا وقدرا ومختلفين
خلافا لبعض العامة حيث جوزه مع التساوي قوله واذا اخذ من مال القراض اه هذا مع جهل المالك بعجزه لانه مع عجزه يكون واضعا يده على المال على غير
الوجه المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامنا وهل يكون ضامنا للجميع او للقدر الزائد على مقدوره قولان من صدق التعدي والنهي عن
اخذه على هذا الوجه ومن ان التقصير بسبب الزائد فيختص به والاول اقوى وربما قيل انه ان اخذ الجميع دفعة فالحكم كالاول وان اخذ مقدوره ثم اخذ
الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة ويشكل بانه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ولا ترجيح الان لاحد اجزائه اذ لو لم يأخذ الا
ولهذا الزيادة لم يعجز ولو كان المالك عالما بعجزه لم يضمن اما لقدومه على الخطر او لان علمه بذلك يقتضي الاذن له في التوكيل وحيث يثبت الضمان لا
يبطل العقد به اذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد والمراد العجز عن التصرف في المال وتقليبه في التجارة وهذا يحصل حال العقد فمن ثم فرق بين علم المالك
وجهله ولو كان قادرا فتجدد العجز وجب عليه رد الزائد عن مقدوره لوجوب حفظه وهو عاجز عنه وامكان التخلص منه بالفسخ فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد
كما مر قوله ولو كان له في يد غاصب اه قد تقدم البحث في نظير هذه المسئلة في باب الرهن وان وجه بقاء الضمان انه كان حاصلا قبل ولم يحصل ما يزيله لانه
عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان فانه قد يجامعه بان يتعدى فلا ينافيه ولقوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وحق لانتهاء الغاية فيبقى الضمان الى الا
اما على المالك او على من اذن له وان دفع الى البايع مأذون فيه فيكون من جملة الغاية واستقرب العلامة زوال الضمان هنا وتبعه ولده ره في الشرح لان
القراض امانة فصحة عقده يوجب كون المال امانة لان معنى الصحة ترتب الاثر ولانتفاء علة الضمان لزوال الغصب ولانه اذن في بقائه في يده وفيه نظر لان
معنى كون القراض امانة من حيث انه قراض وذلك لا ينافي الضمان من حيثية اخرى كما لو كان غصبا فان الضمان قد يجامعه كما اذا تعدى العامل ولا يلزم من انتفاء
علة الثبوت ثبوت علة الزوال واما اقتضاء العقد الاذن في القبض فضعيف لا يقتضي ذلك وانما يحصل الاذن بامر اخر ولو حصل سلمنا زوال
الضمان كيف في العلامة ره قد صرح في تذكرة بان كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحة القراض فلو قال المالك انا ابقي المال في يدي وادفع الثمن كلما
اشتريت متاعا صح وربما قيل بعدم زوال الضمان وان اذن له في قبضه بعد ذلك لما تقدم من الادلة ويضعف بانه وكيل محض وان كان له في القبض
مصلحة لانه كالوكيل بجعل ولو اسقط عنه الضمان او قبضه ثم رده فلا اشكال في الزوال كما انه لو دفعه ثمنا الى البايع زال اجماعا قوله وكذا لو اذن
للعامل اه لانه لا يخرج بالاذن عن كونه دينا لكن يقع القبض عن المالك فلو اشترى به بعد ذلك كان فضوليا لفساد عقد القراض وقوله ما لم يجدد العقد
اي بعد القبض فانه يقع صحيحا وفيه اشارة الى صحة القبض وان كان مرتبا على عقد فاسد قوله لو قال بع هذه السلعة اه المراد بالمال الثمن الذي يصح به
القراض وعدم مملوكيته واضح اذ لا يحصل الا بعقد البيع ولانه مجهول وقد تقدم ان المال المجهول لا يصح به ولان العقد معلق على شرط فلا يصح كالبيع
خلافا لبعض العامة حيث جوزه كذلك قوله ولو مات رب المال اه المراد اقراره بعقد مستأنف سواء كان بلفظ التقرير ام غيره والمانع عن الصحة كون
المال عروضا وهذا التقرير في انه جديد لبطلان الاول بالموت حيث انه من العقود الجائزة والمالك الان غير العاقد ولو كان المال نقدا صح تجديده
قطعا لكن هل يصح بلفظ التقرير قيل لا لانه يؤذن باستصحاب الاول وامضائه لان ظاهره تركتك واقررتك على ما كنت عليه والحال انه قد بطل و
الاقوى الصحة انه استفاد من اللفظ معنى الاذن لان عقد القراض لا ينحصر في لفظ كغيره من العقود الجائزة والتقرير قد يدل عليه قوله ولو اختلفا في
قدر راس المال اه لا فرق في ذلك بين كون المال باقيا وتالفا بتفريط لاشتراك الجميع في المقتضي وهو اصالة عدم الزائد وبراءة ذمة العامل منه واشار
اليه المص ره بقوله لانه اختلاف في المقبوض لان المالك يدعي انه اقبضه الزائد وهو ينكره والاصل عدمه واولى بالحكم ما لو كان تالفا بتفريط فان العامل
ح غارم والقول قوله في القدر وهذا كله اذا لم يكن قد ظهر ربح والا ففي قبول قوله اشكال من جريان التعليل المذكور وهو لفظ من اطلاق المص ومن افضاء
انكاره لزيادة راس المال توفير الربح فيزيد حصته منه فيكون ذلك في قوة اختلافهما في قدر حصته منه مع ان القول قول المالك فيه بيمينه ولانه
مع بقاء المال الاصل يقتضي كون جميعه للمالك الى ان يدل دليل على استحقاق الزائد ومع تلفه بتفريط فالمضمون قدر مال المالك واذا كان الاصل
استحقاق المالك لجميعه قبل التلف الا ما اقر به للعامل فالضمان تابع للاستحقاق وهذا هو الاقوى وربما قيل بان القول قول المالك الا مع التلف
بتفريط وهو ضعيف جدا قوله ولو خلط العامل اه لان مال القراض امانة والامانة لا يجوز خلطها كالوديعة ولا يبطل العقد بذلك وان اثم
وضمن فيبقى الربح بينهما على نسبة المال هذا مع [illegible] العقد اما لو عمم له لفظا بقوله كان قال افعل ما شئت او برأيك فيجوز له الخلط مع المصلحة
لا بدونها فان الخلط قد يكون مصلحة في بعض الاحوال قوله ويلزم الحصة بالشرط اه مرجع هذا النزاع الى ان المضاربة هل هي من العقود الصحيحة المشروعة
ام لا والقول بكونها صحيحة يلزم فيها للعامل ما شرط له من الحصة قول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم الا قليلا من اصحابنا واخبارنا بهذا منطقة

صحيحة من طرق اهل البيت ومن طرق غيرهم وذهب الشيخ في ية وقبله المفيد ره وتبعهما جماعة الى ان الربح كله للمالك وللعامل عليه الاجرة لان النماء تابع للمال والمعاملة
فاسدة لجهالة العوض والجواب المنع من فساد هذه المعاملة بعد ثبوتها بالنصوص الصحيحة وعموم الايات ان لم يحصل الاجماع والجهالة بالعوض لا يضر في كثير
من العقود كالمزارعة والمساقاة وتبعية النماء للاصل مطلق قوله ولا بد ان يكون الربح مشاعا اه المراد بالمشاع ان يكون باجمعه مشتركا بينهما ويخرج به امور الاول
ان يجعل لاحدهما شيئا معينا والباقي للاخر ولم يذكره المص وهو بطلانه واضح ولانه ربما لا يربح الا ذلك القدر فيلزم ان يختص به احدهما وهو غير جائز وقد ذكره
المص فيما يأتي مما يقرب منه وهو ان شرط لاحدهما شيئا معينا والباقي بينهما الثاني ان يقول المالك خذه قراضا والربح لي ووجه الفساد اختصاصه
بالربح المنافي لمقتضى العقد فان مقتضاه الاشتراك في الربح وهل يكون بهذه الصيغة بضاعة بمعنى ان العامل لا يستحق على عمله اجرة ام يكون قراضا
فاسدا كما يقتضيه الاخلال بشرط القراض مع التصريح به المشهور الثاني فيكون الربح للمالك وعليه للعامل الاجرة ووجه الاول النظر الى المعنى فانه دال على
البضاعة وان كان بلفظ القراض ولان البضاعة توكيل في التجارة تبرعا وهي لا تختص بلفظ وما ذكره دال عليها ولانه لا يحكم بالغاء اللفظ ما امكن حمله على
الصحيح وذكر القراض وان كان منافيا بحسب الظاهر الا انه يمكن ان يكون هنا مأخوذا من معنى المساواة التي هي من احدهما المال ومن الاخر العمل من غير التفات
الى امر اخر وهو احد ما اشتق منه المعنى الشرعي كما سبق ولو قيل ان ذلك بحسب اللغة والحقيقة الشرعية تاباه امكن ان يجوز فيه فان الحقائق اللغوية
تصير مجازاة شرعية وهو اولى من الفساد وفي لف اختار انه لا اجرة للعامل لانه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل وهذا يحتمل بناؤه على البضاعة وعلى القراض
الفاسد وان زاد عليه بعدم الاجرة نظرا الى دخوله على التبرع بل هذا اوضح وهو قوي الثالث ان يقول خذه قراضا والربح كله لك ووجه الفساد
ما مر ويحتمل كونه قرضا لدلالته عليه معنى كما يدل السابقة على البضاعة ولان القرض لا يختص بلفظ كما تقدم بل ما دل عليه وهذا دال عليه فعلى هذا يكون
الربح كله للعامل والمال مضمون عليه ولا شيء للمالك وعليه للعامل الاجرة ومحل الاشكال اذا لم يقصدا القرض ولا القراض اما لو لم يقصدا شيئا او لم يعلم
ما قصدا والا كان قرضا في الاول وقراضا فاسدا في الثاني بغير اشكال قوله اما لو قال خذه فاتجر به اه الفرق بين الصيغتين اشتمال الاولى على ضميمة منافية
للقرض والبضاعة وهي التصريح بالقراض وهو حقيقة شرعية في العقد المخصوص بخلاف الاخرة هذا اذا اطلق اللفظ او قصد القرض والبضاعة فلو قصد
القراض فيه ما سبق لصلاحية اللفظ لعقده خصوصا مع انضمام قصده فان التصريح بالقراض ونحوه في العقد ليس بشرط ولو اختلفا في القصد المبطل
احتمل تقديم المالك لانه اعرف به والعامل نظرا الى ظاهر اللفظ وترجيحا لجانب الصحة ولو اختلفا في ضميمة اللفظ قدم قول مدعي ما يصح معه العقد لاصالة
الصحة وعدم الضميمة قوله ولو شرط احدهما شيئا معينا اه عدم الوثوق بالزيادة لا يصلح دليلا على الفساد بانفراده كما في عدم الوثوق باصل الربح وانما وجه
الفساد اقتضاء عقد المضاربة الاشتراك في جميع الربح كما تقدم ولقول الصادق ع في صحيحة الحلبي يصير الربح بينهما ومثله رواية اسحق بن عمار عن الكاظم ع وهنا الربح
ليس بينهما وان وثق بالزيادة بل بعضه على تقدير الزيادة وجميعه على تقدير عدمها لمن شرط له فعلى هذا يفسد العقد وان وثق بالزيادة قوله ولو قال خذه
على النصف صح وجه الصحة ان المتبادر من العبارة ان الربح بينهما نصفين وهو شيئين وان المالك لا يفتقر الى تعيين حصته لان نماء ماله تابع له وانما يفتقر
اليه العامل فيكون المراد بالنصف انه للعامل لانه المحتاج الى الاشتراط وفيه نظر لان اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل ان يكون النصف للمالك والاخر لا يجب
الى ذكره لتبعيته للمال فيفسد وافتقار العقد الى تعيين حصة العامل لا يقتضي كون اللفظ المشترك محمولا عليه والقول بالصحة متجه لتبادر المعنى الصحيح من
هذا اللفظ قوله وكذا لو قال على ان الربح بيننا اه لاستوائهما في السبب المقتضي للاستحقاق والاصل عدم التفاضل كما لو اقر لهما بمال وكما لو قال المقر
الشيء الفلاني بيني وبين زيد وخالف في ذلك بعض الشافعية فحكم ببطلان العقد لان البينية تصدق مع التفاوت فحيث لم يبينها يجهل استحقاق
الربح ورد بمنع صدقها على غير التساوي مع الاطلاق نعم لو انضم اليه قرينة صح حمله على غيره بواسطتها قوله ولو قال على ان لك النصف صح اه الفرق
بين الصيغتين ان الربح لما كان تابعا للمال والاصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته فان عينها كان تأكيدا واما تعيين حصة العامل فلا بد منه لعدم
استحقاقه بدونه فاذا قال النصف لك كان تعيينا لحصة العامل وبقي الباقي على حكم الاصل واما اذا قال النصف لي لم يقتض ذلك كون النصف الاخر
لغيره بل هو باق على حكم الاصل ايضا فيبطل العقد ويحتمل الصحة حمل النصف الاخر على انه للعامل نظرا الى عدم الفرق بين الصيغتين عرفا وعملا بمفهوم
التخصيص ويضعف بعدم استقرار العرف على ذلك وضعف دلالة المفهوم والاجود البطلان قوله ولو شرط لغلامه حصة معهما صح اه الاصل في الربح
ان يكون بين العامل والمالك خاصة على ما يشترطانه فلا يصح جعله لاجنبي ولو فرض كونه عاملا كان بمنزلة العامل المتعدد فلا يكون اجنبيا واما شرط
حصة لغلام احدهما الرق فهو كشرط المالكه فيصح لان العبد لا يملك شيئا ولو قلنا بملكه كان كالاجنبي وحيث شرط الاجنبي يشترط عمل فلا بد من ضبط
العمل بما يرفع الجهالة وكونه من اعمال التجارة لئلا يتجاوز مقتضاها وانما وصفه بالاجنبية مع كونه عاملا لان المراد بالعامل هنا من يكون اليه التصرف
في جميع ما يقتضيه العقد وهذا المشروط له ليس كذلك بل انما شرط عليه عمل مخصوص بان يحمل لهم المتاع الى السوق او يدلل عليه ونحو ذلك من الاعمال
الجزئية المضبوطة فلو جعل عاملا في جميع الاعمال كان العامل الذي هو واحدا كان العقد متعددا وهو غير محل الغرض وبهذا يندفع ما قيل من ان شرط
العمل ينافي كونه اجنبيا والوجه الاخر الذي اشار اليه المص في الاجنبي وقيل انه اذا شرط للاجنبي يصح الشرط وان لم يعمل لعموم المؤمنون عند شروطهم
واوفوا بالعقود وقيل ان المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعا الى الاصل لئلا يخالف مقتضى العقد ولقدوم العامل على ان ما عين له خاصة و
هذا الوجه لم يذكره غيره وليس بمعروف ولذلك اختلف فيه الروايات قوله ولو قال لك نصف ربحه صح اه المشهور صحة القراض في الصورتين وانه لا فرق
بينهما من حيث المعنى لان النصف لما كان مشاعا فكل جزء من المال اذا ربح فنصف ربحه للعامل ونصفه للمالك بمقتضى الشرط وخالف في ذلك الشيخ
في احد قوليه فحمل الثاني على البطلان للمنافاة لان مقتضى القراض من ان ربح كل جزء بينهما وهنا قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل

والاخر بالعكس وبما يربح نصفه خاصة بشرط احدهما او ربح اكثر من النصف فلا يكون الحصة معلومة ولعيّنا بان الاشارة ليست الى نصف معين بل مبهم فاذا ربح احد النصفين فذلك الذي ربح هو المال والذي لم يربح لا اعتداد به وحيث كان النصف مشاعا فكل جزء منه له ربح نصفه قوله ولو قال لاثنين لكما آه اما لو اتيا به مع الاطلاق فلاقتضاء الاشتراك والاصل عدم التفضيل ولانه المتبادر منه عرفا كما سبق في قوله بيننا واما مع التفضيل فهو صحيح عندنا وان اختلف عملهما لان غاية اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير وامر الحصة على ما يشترطانه مع ضبط مقدارها ولان عقد الواحد مع اثنين كعقدين فيصح كما لو قارض احدهما في نصف المال بنصف الربح والاخر في نصفه الاخر بثلث الربح فانه جائز اتفاقا خلافا لبعض العامة حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في العمل قياسا على اقتضاء شركة الابدان ذلك والاصل والفرع عندنا باطلان قوله ولو اختلفا في نصيب العامل آه لانه منكر للزائد ولان الاصل في فعله وهو ابصر به ولان الاصل تبعية الربح للمال فلا يخرج عنه الا ما اقر المالك بخروجه هذا مع عدم ظهور الربح اما معه فظاهر لما ذكر وربما استوجه بعض المحققين التحالف لان كلا منهما مدع ومدعى عليه فان المالك يدعي استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك فيتجه القول بالتحالف لان ضابطه ما سلف في البيع ان ينكر كل واحد منهما ما يدعيه الاخر بحيث لا يجتمعان على امر ويختلفان فيما زاد عليه وهو ضعيف لان نفس العمل لا يتناوله الدعوى لانه بعد انقضائه لا يدعي المالك استحقاقه وكذا قبله لان العقد الجائز لا يستحق به العمل وانما المستحق المال الذي اصله للمالك وحقيقة النزاع فيه فيجيء فيه ما تقدم من الاصل قوله ولو دفع قراضا آه لا فرق في ذلك بين كون الحصة المشروطة للعامل بقدر اجرة المثل او ازيد اذ لا تفويت في ذلك على الوارث حتى يعتبر من الثلث ... يتوقف على اجازته او نفوذه من الثلث وهو ما يتبرع به المريض من المال الموجود حال التبرع وهنا ليس كذلك لان الربح امر معدوم متوقع الحصول وليس مالا للمريض وعلى تقديره فهو امر جديد حصل بسعي العامل وحدث على ملكه بعد العقد فلم يكن للوارث فيه اعتراض قوله ولو قال العامل ربحت ... آه انما لم يقبل قوله في الاولين لان انكاره مكذب لاقراره الاول فلا يسمع كما في رجوع كل مقر ولا فرق ... ان يظهر لدعواه الكذب اولا وجها كما لو قال كذبت لتبرك المالك ... خلافا لبعض العامة حيث قبل قوله في الاول لان ذلك واقع من بعض العاملين لابقاء القرض واما قبول قوله خسرت وتلف الربح فلانه امين هذا اذا كانت دعوى الخسران في موضع يحتمل بان عرض في السوق كساد ولو لم يحتمل لم يقبل نبه عليه في كره قوله والعامل يملك حصته آه هذا هو المشهور من الاصحاب بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف ولا نقل في كتب الخلاف عن احد من اصحابنا ما يخالفه ووجهه مع ذلك اطلاق النصوص بان العامل يملك ما شرط له من الربح وهو يتحقق قبل الانضاض وقبل القسمة ولان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد فيجب ان يثبت مقتضاه متى وجد الربح كما يملك عامل المساقاة حصته من الثمرة بظهورها ولان الربح مع ظهوره مملوك فلا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقا ولا يثبت احكام الملك في حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لا مالك غيرهما اتفاقا ولان العامل يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا لانها فرع الملك ولا يكفي في استحقاقها مجرد العلاقة لانها ح ليست قسمة حقيقية واطلاقهم يقتضي انها حقيقية ولانه لو لم يكن مالكا بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه والثاني باطل لحديث محمد بن قيس عن الصادق قال قلت له رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوّم فان زاد درهما واحدا عتق واستسعى في مال الرجل والمقتضي للاعتاق انما هو دخوله في ملكه نقل الاعلم فخر الدين عن والده ره ان في هذه المسألة اربعة اقوال ولكن لم يذكر القائل احد منها احدها انه يملك بمجرد الظهور وثانيها انه يملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجا بل هو مقدر موهوم والمملوك لا بد ان يكون محقق الوجود فيكون الظهور موجبا لاستحقاق الملك بعد التحقق ولهذا يورث عنه ويضمن حصته من اتلفها سوى المالك والاجنبي وثالثها انه انما يملك بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شايعا في المال كساير الاموال المشتركة والتالي باطل لانحصاره في الربح ولانه لو ملك لاختص بربحه ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كالجعالة ورابعها ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لان القسمة ليست من الاسباب المملكة والمقتضي للملك انما هو العمل وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك وفي كره لم يذكر في المسألة عن ساير الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الاولين وجعل الثاني للشافعي في احد قوليه ولا حمله في احد الروايتين واتفاق الباقي على الاول فلا ندري لمن ينسب هذه الاقوال وهي مع ذلك ضعيفة الماخذ فانا لا نسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود لان المال غير منحصر في النقد فاذا ارتفعت قيمة العرض فراس المال منه ما قابل قيمة راس المال والزايد الربح وهو محقق الوجود ولو سلم انه غير محقق الوجود لا يقدح في كونه مملوكا فان الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج بل هو في الذمة امر كلي هذا ما على الثاني وعلى الثالث انه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع ويجوز ان يكون مالكا ويكون ما يملكه وقاية لراس المال فيكون الملك متزلزلا واستقراره مشروط بالسلامة وكذا لا منافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولانه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح اكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ولان القسمة ليست من العمل في شيء فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك فلا وجه لالحاقها بالجعالة وقد نبه عليه في وجه الرابع ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع لانه مرتب عليها اذا تقرر ذلك فنقول على تقدير الملك بالظهور فهو ليس بملك تام ولا مستقر لان الربح وقاية لراس المال فلا بد لاستقراره من امر اخر وهو اما انضاض جميع المال او ... بقدر راس المال مع الفسخ والقسمة او لا معها على قول قوي وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف او خسران سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة ام مرتين وفي صفقة ام اثنتين وفي سفرة ام سفرات لان معنى الربح هو الفاضل عن راس المال في زمن ذلك العقد فاذا لم يفضل شيء فلا ربح وهو محل وفاق وسيأتي بعض احكام ذلك قوله العامل امين آه المراد بالخيانة ما يعبر عنه في نظايره بالتعدي كاستعمال شيء من اموال القراض واكله من غير وجهه والتفريط كل خيال الخيانة للمالك وتعدي الحد الذي قرره الشارع والفرق بينهما وبين التفريط ان التفريط عدمي وهو ترك ما يجب فعله وهما وجوديان لاشتراكهما في فعل ما يجب تركه قوله وقوله مقبول في التلف آه لا فرق في ذلك بين دعواه تلفه بامر خفي كالسرق او ظاهر كالحرق ولا بين امكان اقامة البينة عليه وعدمه عندنا لكونه امينا فيقبل قوله فيه كساير الامناء بل يقبل من الغاصب كما سيأتي فمنه اولى قوله وهل يقبل في الرد آه

وجه عدم

وجه عدم القبول انه امانة تعدد ولان المالك منكر فيكون القول قوله كان العامل في ذلك مدع فعليه البينة وثبوت التخصيص في مثل دعوى التلف لامر خارج لا يقتضي ثبوته هنا والقول الاخر للشيخ ره ان القول قول العامل لانه امين كالمستودع ولما في عدم تقديم قوله من الضرر لجواز كونه صادقا فتكليفه بالرد ثانيا تكليف بما لا يطاق واجيب بمنع كلية قبول قول كل امين وبالفرق بينه وبين المستودع فانه قبض لنفع نفسه والمستودع قبض لنفع المالك وهو محسن محض فلا يناسب اثبات السبيل عليه لعدم قبول قوله لما فيه من الضرر والضرر اللاحق للعامل من عدم قبول قوله مستند الى الحكم الشرعي فلا يقدح والتكليف بما لا يطاق ممنوع بما سيأتي لكن يتوجه في المسألة بحث وهو انه اذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده الحبس لو اصر على انكاره خصوصا مع امكان صدقه وهم قد صرحوا من ذلك في الغاصب حيث يدعي التلف فكيف يثبت في الامين الا ان يحمل على مؤاخذته ومطالبته به وان ادى الى الحبس للاستظهار به الى ان يحصل الياس من ظهور العين ثم يؤخذ منه البدل للحيلولة الا ان مثل هذا يأتي في دعوى التلف خصوصا من الغاصب لكن في كلامهم تنبيه لهذا الحل فينبغي النظر فيه قوله اذا اشترى من ينعتق على رب المال آه لما كان مبنى عقد القراض على طلب الربح فكل تصرف ينافيه يكون باطلا ومن جملته شراء من ينعتق على المالك لانه خسر محض فضلا عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد فان اذن المالك في شرائه صح كما لو اشتراه بنفسه او وكيله وعتق على المالك وبطلت المضاربة في ثمنه لانه بمنزلة التالف وصار الباقي راس المال ان كان والا بطلت المضاربة كما لو تلف جميع المال هذا اذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء فان كان فيه ربح فهل يستحق العامل حصته في العبد ام يكون له الاجرة قولان مبنيان على وقت ملكه للحصة فان جعلناه بالانضاض او القسمة فلا اشكال في عدم استحقاقه هنا لانتفائهما وان جعلناه بالظهور كما هو المشهور المنصور احتمل كونه كذلك كما اختاره المص لبطلان المضاربة بهذا الشراء لعدم كونه من متعلق الاذن فان شراء المضارب ما اقتضى التقلب في البيع وطلب الربح مرة بعد اخرى وهو منتف هنا لكونه مستعقبا للعتق فاذا صرف الثمن فيه بطلت وضمن المالك للعامل اجرة المثل كما لو فسخ المالك بنفسه ويحتمل ثبوت حصة العامل في العبد لتحقق الملك بالظهور ولا يقدح فيه عتقه القهري لصدوره باذن المالك فكانه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح واتلفها فح فيسري على العامل مع يسار المالك ان قلنا بالسراية في مثله من العتق القهري او مع اختيار الشريك السبب فيعتق نصيبه مع يساره والا استسعى العبد فيه والاول اقوى لان هذا الشراء ليس من متعلق العقد كما قررناه فان قيل استحقاق العامل الاجرة انما هو في العمل المحتو للمضاربة فان قلتم بان هذا ليس من اعمالها بل خلاف مقتضاها يجب ان لا يستحق العامل شيئا قلنا استحقاق الاجرة ليس مقصورا على هذا العمل وحده بل عليه وعلى ما تقدمه من الحركات والسعي وغيره من المقدمات من حين العقد الى الاذن لان ذلك كله من متعلقات العقد وقد فسخ باختيار المالك الذي هو في قوة فسخه فيثبت للعامل عليه الاجرة كما اذا فسخ المالك قبل ان يشتري العامل وبعد ان يسعى ويسافر ويعمل ما شاء كل ذلك من المقدمات واما هذا العقد فانه وان لم يكن من مقتضيات العقد لكنه عمل مامور به المالك من فاعل معتد نفسه للعمل بالعوض فيجب ان يثبت له عليه اجرة مثله مضافا الى ما تقدم وعلى تقدير انحصار العمل في حينها لعقد فيه فعليه الاجرة ان كان مثله مما يحمل الاجرة والا فلا وحكم المص وغيره بالاجرة لا يسع ازيد من ذلك بل المراد ان العمل ... كان لا محالة على اجرة المثل يقتضي ان للمثل اجرة قطعا وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل وعمل الوكيل الذي يبني عمله على التبرع والاجرة ليست مقتضية بخلاف القراض فانه مبني على طلب العوض على عمله من حصة او اجرة قوله وان كان بغير اذنه وكان الشراء بعين المال بطل اذا وقع الشراء المذكور بغير اذن المالك فلا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال او في الذمة وعلى التقديرين فاما ان يكون عالما بالنسب وحكم الشراء المذكور او جاهلا بهما او باحدهما خاصة فالصور ثمان وعلى تقدير الشراء في الذمة اما ان يذكر المالك للبايع لفظا او ينوي الشراء له خاصة او يطلق وينوي نفسه خارجة من هذا المقام والمصنف لم يفرق في اطلاق كلامه بين العالم بالنسب والحكم والجاهل وخلاصة القول في ذلك انه ان اشترى بعين المال بطل اي لم يقع لازما لكنه يكون فضوليا يقف على الاجازة مع احتمال ان يريد بالبطلان حقيقته نظرا الى النهي عن الشراء المذكور من حيث منافاته لغرض القراض واشتماله على الاتلاف المحض ويضعف بان غاية التصرف في مال المالك بغير اذنه وذلك هو الفضولي بعينه والنهي فيه لا يبلغ حد الفساد كنظائره هذا مع علمه بالنسب والحكم اما مع جهله فيحتمل كونه كذلك لان الاذن في هذا الباب انما ينصرف الى ما يمكن بيعه وتقليبه في التجارة للاسترباح ولا يتناول غير ذلك فلا يكون ما سواه ماذونا فيه والتماس الامر ظاهرا لا يقتضي الاذن غاية انه غير اثم لجهله وهذا هو الذي دل عليه اطلاق المص ويحتمل صحة البيع ويحكم بعتقه على المالك قهرا ولا ضمان على العامل لان العقد المذكور انما يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر لا في نفس الامر لاستحالة توجه الخطاب الى الغافل لاستلزامه تكليف ما لا يطاق وكما لو اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب والفرق بين المعيب والمتنازع بجواز شراء المعيب اختيارا دونه لا يدخل فيما نحن فيه لان الكلام في حالة لا ربح فيها كالمعيب لغرض من الذي يأتي على النسب والحال انه جاهل به والفرق عنه في حالة اخرى لا دخل له في المط وكذا القول بان تكليف الغافل بما لا يطاق انما يقتضي عدم الاثم لا صحة العقد لحكمهم بصحة العقود التي يظن فيها الربح وان ظهر بعد على خلاف ذلك بل على نقيضه فليكن هنا كذلك فالحكم موضع اشكال ويقوى الاشكال في جاهل الحكم بها خصوصا جاهل الحكم لانه غير معذور لعلمه بجواز التخمط فانا لا نعلم معذور ولنا اما جاهل النسب فمعذور بما تقدم وان اشترى في الذمة لم يقع للمضاربة لما تقدم من عدم تناول الاذن لها لكن ان كان ذكر المالك لفظا فهو فضولي وان نواه خاصة وقع للعامل ظاهرا او بطل باطنا فلا يعتق ويجب التخلص منه على وجه شرعي اذ ليس ملكا له في نفس الامر ولزمه الضمان عنه وان اطلق وقع له مطلقا قوله اذا كان المال لامرأة آه لا شبهة في صحة الشراء اذا كان باذنها لان الضرر جاء من قبلها ويبطل النكاح لامتناع اجتماع الملك والنكاح على ما هو محقق في بابه وان كان بغير اذنها فقد نقل المصنف قولين احدهما الصحة والقائل به غير معلوم ووجهه انه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه ولا ينافيه بدو راس المال مجاز كما لو اشترى العين بزوج والثاني بطلان الشراء لما ذكره المص من العلة وهي حصول الضرر على المالكة به فيكون ذلك دليلا على عدم الرضا وتقييد المال المطلق من الاذن بدليل منفصل عقلي او نحوه ويبنى على هذا ان يكون موقوفا على اجازتها اذا ... عليها لحق خصوصها ويحتمل ان يريد به قائله البطلان مط لما ذكر من القرينة المتقدمة وفي تفسير الاقوال الثلاثة وقد نقلها العلامة ره كلها في ...

كان

٢٨٨ كان القائل بها غير معروف والاقوى البطلان مع عدم الاجازة اذ لا يترتب على ذلك غير القول بالبطلان من الحكم واضح وعلى قول من اجاز البطلان فكذلك وانما اجاز بطل النكاح ولو ضمن العامل ما فاتها من المهر والنفقة لان فواته مستند الى اختياره على القول بالضمان ضمن ما فات بسببه مع علمه بالزوجية لان التفويت جاء من قبله لكن ضمانه للمهر اما النفقة فمشكل لانها غير مقدرة بالمستقبل الزمان ولا موثوق باجتماع شرائطها بل ليست حاصلة لانه من جملتها التمكين في الزمن المستقبل وهو غير واقع الآن الا ان يبنى على انه يضمنها على التدريج وهو بعيد والظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول وهو الذي ذكره جماعة قوله اذا اشترى العامل اباه آه اذا اشترى العامل بمال القراض من ينعتق كابيه وخصه المص لانه مورد الرواية فلا يخلو اما ان يكون فيه ربح حين الشراء او لا فان لم يكن فاما ان يتجدد بعد ذلك فيه ربح لارتفاع السوق ونحوه او لا فان لم يكن فيه ربح سابقا ولا لاحقا فالبيع صحيح اذ لا ضرر فيه على احدهما ولا عتق وان كان فيه ربح من حين الشراء فلا يخلو اما ان نقول بان العامل يملك حصته من الربح من حين ظهوره او يتوقف على احد الامور بعده فان قلنا بالاخير لم يعتق ايضا فلا مانع من شرائه وان قلنا بالاول ففيه اوجه اختار المص احدها وهو صحة البيع وانعتاق نصيب العامل ولا يسري الى نصيب المالك بل يستسعى العبد في باقي قيمته للمالك وان كان العامل موسرا اما صحة البيع فلوجود المقتضي وهو صدوره من جائز التصرف على وجهه وانتفاء المانع اذ ليس الا حصول الضرر على المالك وهو منتف هنا لان العتق انما هو على العامل دون المالك واما عتق نصيب العامل فلاختياره السبب المفضي اليه كما لو اشتراه بماله واما عدم سريان العتق على العامل مع يساره فلصحيحة محمد بن ابي عمير عن محمد بن قيس عن ابي عبد الله ع في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا عتق واستسعى في مال الرجل اطلق الحكم بالاستسعاء من غير سؤال عن حال العامل هل هو موسر او معسر وترك الاستفصال في مثل ذلك دليل العموم وليس السؤال عن رجل معين ليحتمل كونه عالما بحاله بل عن مطلق يحتمل الامرين ولان التقويم عليه على خلاف الاصل اذ هو شغل لذمة بريئة فيقتصر فيه على موضع الوفاق والوجه الثاني الحكم بحاله الا انه يقوم على العامل مع يساره لاختياره السبب وهو موجب للسراية لان اختيار السبب اختيار للمسبب كما سبق الثالث حمل الرواية على اعسار العامل جمعا بين الادلة او على تجدد الربح بعد الشراء كما سبق والثالث بطلان البيع لانه مناف لمقصود القراض اذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقلب للاسترباح وهذا الشراء يعقب العتق لبنائه في ذلك فيكون مخالفا للتجارة فيكون باطلا لعدم الاذن فيه او موقوفا على الاجازة والوسط لا يخلو من قوة لولا اطلاق الرواية وان لم يكن فيه ربح حال الشراء ثم ظهر بارتفاع السوق بني على الاقوال كما مر فان قلنا يملكه بالظهور عتق نصيب العامل ايضا لحصول المقتضي لكن هل يسري عليه لو قلنا به في السابق وجهان احدهما الحكم به لاختياره السبب وهو الشراء اذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق وهو اختيار للسبب وفيه نظر لان الشراء ليس هو مجموع السبب بل جزؤه والسبب القريب انما هو ارتفاع السوق ولا دخل لاختياره فيه فلا يكون مختارا للسبب لا يخرجه عنه مع تسبيبه ولكن باطلاق الرواية السابقة بعينها ولو فانه يشمل ما لو كان الربح موجودا حال الشراء ومتجددا بعده وقد ترك الاستفصال ايضا فيعم والوجه الثاني عدم السراية لعدم اختياره السبب كما قد علم من مطاوي السابق والاول اقوى لولا مخالفته اطلاق الرواية وهذا هو السر في الملازمة المستحكمة بانه ثمرة نظر الى تجدد الربح ووجوده وعدم السراية على العامل مطلقا نفيا باطلاق النص وان كان منافيا لما سبق من القواعد قوله اذا فسخ … آه اذا انفسخ عقد القراض فلا يخلو اما ان يكون فسخه من المالك او من العامل او منهما او من غيرهما كعروض ما يقتضي الانفساخ من موت وجنون ونحوهما وعلى التقديرين فاما ان يكون المال ناضا كله او قدر رأس المال او يكون عروضا او بعضه دون ذلك وعلى التقادير الستة عشر اما ان يكون قد ظهر ربح ولو بالقوة لوجود من يشتري بزيادة عن القيمة او لا فهذه اقسام المسئلة وهي اثنان وثلثون واكثر حكمها مختلفة تحتاج الى التفصيل والمص ذكر حكم ما لو كان الفسخ من المالك مع بعض اقسامه كما يرى وجملة احكامها ان المال لو كان ناضا ولا ربح اخذه المالك ولا شيء للعامل الا ان يكون الفسخ من قبله فعليه اجرة العامل لمثل ما عمل على ما يقتضيه اطلاق المص لان عمله محترم صدر باذن المالك لا على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيتحقق اجرة المثل الى حين فسخه ويشكل بانه لم يقدم الا على الحصة على تقدير وجودها ولو لم توجد فلا شيء له والمالك مسلط على الفسخ حيث شاء ويمكن دفعه بانه انما بذل الحصة خاصة على تقدير استمراره الى ان يحصل وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها فاذا خالف فقد فوتها عليه فيجب عليه اجرته كما اذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل وفيه نظر لان رضاه بهذا العقد قدوم على مقتضياته ومنها جواز فسخه في كل وقت والاجرة لا دليل عليها وهذا البحث آت فيما لو فسخ المالك قبل الانضاض ايضا وان كان قد ظهر ربح والحال انه بعد الانضاض اخذ العامل حصته منه وان كان خاصة اتفاقا وان كان الفسخ قبل الانضاض ولم يظهر ربح ايضا فللمالك ان شاء وهل للعامل ان يبيعه لو اراده من دون رضاء المالك قولان من ان مبناه كونه مال المالك فلا يجبر على بيعه والفرض عدم تعلق حق العامل به حيث لا ربح ومن تعلق حق العامل به واحتمال وجود زبون يزيد في الثمن فيحصل الربح وضعف الاخير ظاهر نعم لو كان الزبون المذكور موجودا بالفعل توجه الجواز لانه في قوة ظهور الربح ولو انعكس الحال بان طلب المالك منه انضاض المال ولا ربح فيه ففي اجبار العامل عليه قولان من ظاهر قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وقد اخذه ناضا فيجب رده كذلك وبحدوث التغيير في المال بفعله فيجب رده ومن حدوث التغيير باذن المالك واصالة البراءة من عمل لا عوض عليه بعد ارتفاع … وان كان قد ظهر ربح والحال انه قبل الانضاض وقلنا يملكه بالظهور فان اتفقا على اخذ حقه منه بغير انضاض فلا بحث والا فان طلب المالك انضاضه وجب على العامل اجابته لان حقه في الربح وان كان ثابتا بظهوره الا ان استقراره مشروط بالانضاض لجواز عروض ما يقتضي سقوطه وان طلب العامل البيع خاصة ففي وجوب اجابة المالك وجهان ماخذهما امكان وصول العامل الى حقه بقسمة العروض واسقاط باقي العمل عنه تخفيف من المالك لانه حقه فلا يكلف الاجابة الى بيع ماله بعد فسخ المعاملة وان مال العامل لا يرغب فيه حال الشركة ومعلوم انه لا يكلف شريكه اجابته الى البيع ومن وجوب تمكين العامل من الوصول الى غرضه الحاصل بالاذن وربما لم يوجد له في بعض العروض او وجد لكن ناقصا او وجد زبون يشتري بازيد فيتزيد الربح ولا ريب ان للعامل غرضا على الشركة من حيث ان حقه يظهر بالعمل والربح عوضه ولو قلنا بتوقف ملكه على الانضاض

ودين

او غيره ووجوب اجابته ابعد وموضع الاشكال ما اذا طلب المالك البيع في اعيان اموال التجارة فاما لو طلب تأخيره الى وقت مناسب كموسم متوقع فليس له ذلك قطعا للضرر ولو كان ٢٨٩ الفسخ في هذه الصورة من العامل الا ان استحقاقه الاجرة لو كان ناضا لا ربح فيه ابعد وكذا وجوب اجابة المالك له الى بيعه في الحالين لان المانع من قبله وفي كره اطلق الحكم بثبوت الاجرة له لو فسخا العقد او احدهما وكان ناضا ولا ربح ولو كان بعضه ناضا فان كان قدر رأس المال اتجه عدم اجبار العامل على انضاض الباقي لرجوع المال الى المالك كما كان واولى منه لو كان ازيد ولو كان اقل توجه جواز اقتضاء على انضاض قدره لو قلنا بجبره على الانضاض فيما سبق وفي اكثر هذه الفروع اشكال لعدم النص على التعيين وتعارض الوجوه الدالة على الحكم وجملتها اما قد اديت قوله وان كان سلفا آه قد عرفت ان العامل ليس له البيع بالدين الا مع الاذن وكذا الشراء نسيئة كالسلف فمع عدم اذن المالك فيه يكون الثمن مضمونا على العامل ولا كلام فيه هنا وانما الكلام فيما اذا اذن فيه وقد اطلق المص وجماعة وجوب جبايته على العامل وكذا غيره من الدين المأذون فيه لاقتضاء المضاربة رد رأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى المال ولان الدين ملك ناقص والذي اخذه كان ملكا تاما فليرد كما اخذ لظاهر على اليد ما اخذت حتى تؤدي وربما احتمل عدم الوجوب لمنع كون المضاربة كما ذكر بل الحال ان الاخذ باذن المالك ولاصالة براءة الذمة من وجوبه ويضعف بان اذن المالك فيه انما كانت على طريق الاستيفاء لاجل تتمة القراض ولاقتضاء الخبر ذلك ولو قلنا فيما سبق بجواز اجباره على بيع العروض فهنا اولى قوله وكذا لو مات رب المال وهو عروض آه الحكم هنا مبني على ما سلف من الفسخ لان الموت من جملة اسبابه فوجوب اجابة كل واحد من العامل والوارث لو طالبه الاخر فيه ما سبق من التفصيل والقول الاخر هنا انه ليس للعامل البيع ولمن يرث لان المال حق لغيره لم يأذن فيه اولا فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه لبطلان العقد وهو متجه قوله اذا قارض العامل آه اذن المالك للعامل في المضاربة قد يكون بمعونة بل العامل هو الثاني والعامل الاول اذا اراد ذلك بمنزلة وكيل المالك وقد يكون بالاعم منهما ومراد المص هنا الاول ومن ثم لم يصح ان يجعل له شيئا من الربح لانه ليس بعامل وقد تقدم ان مقتضى عقد القراض كون الربح بين المالك والعامل ولا فرق في هذه الصورة بين جعل الحصة للعامل الثاني بقدر حصة الاول ودونها لان انتفاءها هنا وان كان نصيب العامل الاول فليس بعامل من اعمال التجارة التي يستحق بها حصته ولو كانت الاذن بالمعنى الثاني او بالاعم وجعل الثاني شريكا له في العمل والحصة بينهما صح لانتفاء المانع في الاول وهو عدم العمل قوله ولو كان بغير اذنه لم يصح آه اذا عامل العامل بغير اذن المالك وسلم المال فلا يخلو اما ان يبقى المال في يد الثاني موجودا او يتلف وعلى التقديرين اما ان يظهر ربح او لا ثم اما ان يكون الثاني عالما بان الاول ضامن للمال ولا مأذون له في ذلك او لا ثم اما ان يجيز المالك العقد الثاني او يرده فان لم يجزه بطل ورجع في ماله ان وجده باقيا ولا ربح فيه وان تلف تخير في الرجوع على ايهما شاء لتعاقب ايديهما على ماله فان رجع على الاول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده لا مع جهله على الاقوى لغروره ودخوله على انه امانة وان رجع على الثاني لم يرجع على الاول مع علمه ويرجع مع جهله على الاقوى وان وجده باقيا وقد ربح فنصف الربح للمالك بغير اشكال واما النصف الاخر ففيه اقوال احدها ما اختاره المص من انه للعامل الاول لوقوع العقد الصحيح معه فيستحق ما شرط وعقده مع الثاني فاسد فلا يتبع شرطه وعلى هذا فللثاني اجرة مثل عمله على الاول لانه غره وهذا انما يتم مع جهل الثاني لا مع علمه وفيه مع ذلك ان الشراء ان كان بعين المال والحال انه غير مأذون من المالك فهو فضولي فينبغي ان يقف على اجازته فان اجازه فالجميع له لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني غير مأذون وان كان في الذمة ونوى او صرح بالمالك فكذلك والاوضح لمن نواه ولنفسه ان اطلق ثم انه ما اطلق في هذا القول وثانيها ان النصف الاخر للمالك ايضا لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني عقده فاسد فلا بد من تقييده بما ذكرناه وعلى هذا فاجرة الثاني على الاول مع جهله لا على المالك لعدم امره وثالثها ان النصف بين العاملين بالسوية اتباعا للشرط خرج منه النصف الذي اخذه المالك فكانه تلف فانحصر الربح في الباقي وعلى هذا فيرجع العامل الثاني على الاول بنصف اجرته لانه دخل على نصف الربح بتمامه ولم يسلم له الا نصفه ويحتمل هنا عدم الرجوع لان الشرط محمول على الاشتراك انما يحصل ولم يحصل الا النصف هذا كله مع جهل الثاني ليتم التوجيه وهذه الاقوال ليست لاصحابنا ولا نقلها عنهم احد ممن نقل الخلاف وان كان ظاهر العبارة يقبل وقيل يشعر به وانما هي وجوه للشافعية موجهة ذكرها العلامة ومن تبعه في كتبه ونقل الشيخ ره في ط قريبا منها بطريقة اخرى غير منقحة ولم يصرح بان جميع النصف للعامل الثاني عملا بالشرط ولا شيء للاول اذ لا ملك له ولا عمل له والتحقيق في هذه المسئلة المترتب على اصولنا ان المالك ان اجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط وان لم يجزه بطل ثم الشراء ان كان بالعين وقف على اجازة المالك فان اجاز فالمال له خاصة ولا شيء لهما في الربح اما الاول فلعدم العمل واما الثاني فلعدم الاذن له وعدم وقوع العقد معه وللثاني اجرة مثل عمله على الاول مع جهله لا مع علمه وان كان الشراء في الذمة ونوى صاحب المال فكذلك وان نوى غير عامله وقع الشراء له لانه وكيله وان لم ينو او نوى نفسه فالعقد له وضمان المال عليه لتعديه بمخالفته مقتضى المضاربة وحيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الاجرة على الاول مع جهله ان لم يستعد مقتضى المضاربة عدوا قوله اذا قال له ضمت اليه مالا آه لان دعواه التلف مكذبة لانكاره الاول وموجبة للاقرار به وانكاره الاول تعد في المال فيكون ضامنا وقوله ضمنت عليه بالضمان معنا الحكم عليه بالبدل مثلا او قيمة لا ضمان نقل الاصل لئلا يلزم من تخليده الحبس وهذه العبارة اجود من قول العلامة لم يقبل دعواه لاستلزام عدم القبول حبسه الى ان يدفع العين وقد يكون تالفا الا ان يتكلف نحو ما تقدم من حبسه مدة يظهر فيها اليأس من وجود العين ولا فرق في هذا الحكم بين مال المضاربة وغيره من الامانات كما ذكر لوجود المقتضي في الجميع قوله اما لو كان جوابه لا آه اذ ليس في ذلك تكذيب للبينة ولا للدعوى الثانية فان المال اذا تلف بغير تفريط لا يستحق عليه بسببه شيء ومن ثم فيقبل قوله في التلف بغير تفريط مع يمينه قوله اذا تلف مال القراض آه ظاهر العبارة انه يجب مال القراض تلف مع جبره بالربح بعد الدوران ممكن اما قبله فانه يوجب بطلان العقد فلا يمكن جبره الا ان يحمل على ما لو اذن له في الشراء في الذمة فاشترى ثم تلف المال قبل دفعه عن الثمن فان القراض يستمر ويمكن جبره بالربح المتجدد ولو كان التالف بعض المال امكن جبره على التقديرين ووجه التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران من ان وضع المضاربة على ان الربح وقاية لرأس المال فلا يستحق العامل ربحا الا بعد ان يبقى رأس المال بكماله لدخوله على ذلك وعدم دورانه لا دخل له في الحكم

بخلاف

٢٩٠ بخلاف ومن ان التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال القراض والاقوى عدم الفرق لان المقتضي لكونه مال قراض هو العقد لا دورانه في التجارة
فمتى تحقق بقاء العقد وثبوت الربح جبر ما تلف منه والمراد بدوران المال في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء لا مجرد السفر به قبل ذلك واطلاق المص يحب
مع تلفه بعد الدوران يشمل ما لو تلف بآفة سماوية وبغصب غاصب وسرقة سارق وغير ذلك ووجه الاطلاق ان الربح وقاية لراس المال فما دام المال لا يكون
موجودا بكماله فلا ربح ووجه ما قيل باختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف لانه بمنزلة الموجود فلا حاجة الى جبره ولانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل
وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه والمشهور عدم الفرق ولا يخفى ان الكلام مع عدم حصول العوض من المتلف والا كان العوض من جملة
المال وقد ظهر بذلك ان الخلاف واقع بعد الدوران وقبله الا انه ليس مطلقا على بعض الوجوه قوله اذا قارض اثنان واحدا اه وجه الفساد ان الربح يجب ان يكون
تابعا للمال فاذا شرط له النصف كان النصف الاخر بينهما بالسوية فشرط التفاوت يكون شرطا لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال ووجه التردد ما ذكره من ان مرجع
ذلك الى ان اخذ الفاضل يكون من حصة العامل لا من حصة الشريك لان الاصل انما اقتضى التساوي في الربح للشريكين مع التساوي في المال كان شرط التفاوت
المذكور منصرفا الى حصة العامل بمعنى ان شارط الزيادة يكون قد جعل للعامل اقل مما جعل له آخذ النقيصة وهو جائز هذا مع اطلاقهما شرط النصف له من بين
لما يحتمل على كل واحد فانه كما يحتمل الصحة حملا على ما ذكرناه يحتمل البطلان فيرجح جانب الصحة لامكان الحمل عليها ولعموم اوفوا بالعقود وهذا هو الاقوى اما لو
صرحا باستحقاقه من نصيب كل منهما بخصوصه نصفه فانه يجري في صحة العقد والشرط ما سبق في الشركة من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوي المالين وبالعكس
وحيث قيدنا الصحة بطل طالب الزيادة بطل هنا اذ لا عمل لهما قوله اذا اشترى عبدا للقراض اه الاول للشيخ في ط والثاني لابن ادريس ره وان غايره
في شيء يسير والاقوى هنا ما اسلفناه سابقا من التفصيل وهو ان كان العامل اشتراه في الذمة والمالك اذن له في الشراء في الذمة لزمه دفع الثمن ثانيا و
ثالثا دائما والا فان صرح بكون الشراء له وقف على اجازته فان اجاز لزمه الثمن والا بطل البيع وان لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل والثمن عليه ويبقى فيما لو
نواه ما مر وان كان اشتراه بعين المال فهلك قبل دفعه بطل العقد وحيث يلزم المالك الثمن ثانيا يكون الجميع راس ماله لا يجبر جميعه بالربح قوله اذا انض قدر
الربح اه قد عرفت ان ملك العامل الربح قبل القسمة غير مستقر لجواز تجدد تلف وخسران وهو وقاية للمال فربما لا يجبر المالك على قسمته فان اتفقا على
القسمة لم يملكها العامل ملكا مستقرا ايضا بل هو مراعى لعدم الحاجة اليها لجبر الخسران وما في معناه وح فان اتفق الخسران قبل القسمة رد العامل اقل الامرين
ما وصل اليه من الربح وما يصيبه من الخسران لان الاقل ان كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له وان كان هو الربح فلا يلزمه جبر الا به وكذا
بحسب المالك الذي يحسب بجزء اقل الامرين اليه من راس المال ما اخذه هو والعامل وما بقي ان احتيج اليهما هذا هو الظاهر من عبارة المص وغيره والمناسب لترجيح
الحكم والشهيد ره على هذا ونظائره من عبارات العلامة توجيها اخر وهو ان يكون المردود اقل الامرين مما اخذه العامل من راس المال لا من الربح فلو كان راس المال
مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها الى راس المال النسبة السدس فالعشرون المأخوذ سدس الجميع فيكون خمسة
اسداسها من راس المال وسدسها من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح وهو نصف سدس العشرين وذلك درهم وثلثان يبقى معه
ثمانية وثلث من راس المال فاذا خسر المال الباقي رد اقل الامرين مما خسر ومن ثمانية وثلث هذا خلاصة تقريره والحامل له عليه حكمهم بان المالك اذا اخذ من المال
شيئا وقد ظهر ربح يحسب ما اخذه منهما على هذه النسبة وسيأتي في الكتاب اشارة اليه وهذا الوجه ضعيف والحمل على ما ذكر فاسد لان المأخوذ وان كان مشاعا
الا ان المالك والعامل انما ارادا به الربح وحيث كان المال منحصرا فيهما فالتمييز منوط بهما ولو كان يدخل في ذلك من راس المال شيء لم يصح للعامل التصرف فيه
لان المالك لم ياذن الا في التصرف في الربح ولم تقع القسمة والاتفاق عليه وايضا فلا وجه لاستقرار ملك العامل على ما بيده من الربح مع اتفاقهم على كونه
وقاية وان اقتسماه وايضا فتوقف رد العامل راس المال على ظهور الخسران لا وجه له لانه لا يملك شيئا من راس المال وانما حقه في الربح واما حمله على اخذ المالك
فليس بجيد لان المالك لا يأخذ على وجه القسمة وانما اخذه بعض ملكه فلما كان فيه ربح وهو شايع دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ فيحسب راس
المال بعد ذلك على حساب ما بقي بعد توزيع المأخوذ على الاصل والربح واين هذا من اخذ العامل الذي لا يستحق الا في الربح ولا يقاسم المالك الا عليه خاصة
قوله لا يصح ان يشتري رب المال اه لان مال العامل ماله ولا يعقل ان يشتري الانسان ماله وهذا انما هو مع عدم ظهور الربح اما معه وقلنا بملكه بمجرده
جاز شراء حق العامل وان كان متزلزلا فلو ظهرت الحاجة اليه احتمل صحة البيع ولكن يلزم العامل دفع قيمة ما اخذه كما لو كان وتلفها بغير المالك او اتلفها
ويحتمل بطلان البيع لان الملك غير تام بل هو مراعى بعدم الحاجة الى الجبر به وقد ظهر من مثله القول في الاخذ بالشفعة لانه مع عدم ظهور الربح لا يعقل اخذه ماله
بالشفعة ومعه يصير شريكا فيمكن اخذه على الوجه المذكور وليس في كلامهم تنقيح للمحل قوله وكذا لا يشتري من عبده القن اه الكلام فيه ما تقدم فان ما
بيده للسيد ولا فرق بين المأذون له في التجارة وغيره ثم حكى الشيخ ره قولا بان المأذون اذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه وهو قول لبعض الشافعية
لانه لا حق للسيد فيه وانما هو حق الغرماء وفساده ظ لان استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضي خروجه عن ملك السيد كتعلق حق الغرماء بمال المفلس
نعم للسيد اخذ ذلك بقيمته لانه احق بما في يده ببذل العوض الا ان ذلك لا يعد بيعا كما ياخذ السيد الجاني خطأ ويبذل قيمته وذكر هذه المسئلة وهذا
الباب استطرادي وكذا ما بعدها قوله ولو اشترى من المكاتب اه لان ما في يده ملك له وسلطنة المولى قد انقطعت عنه فصار كغيره من الملاك ولهذا لو
اشترى لم يكن للمولى على ما في يده شيء ولا فرق في ذلك بين المطلق والمشروط وان كان الحكم في المشروط اضعف من حيث امكان رده في الرق فيرجع ما في
يده الى ملك السيد لكن كالمطلق لانه ما في يده يحسب من مال الكتابة لو احتيج اليه قوله اذا دفع مالا اه القولان الاولان للشيخ في ط واحتج على الاول
بما اشار اليه المص ره من ان وضع القراض على ان يكون للعامل في مقابلة عمله جزء من الربح وهذا العمل الخ في مقابلة شيء فيفسد الشرط ويتبعه العقد ولان
قسط العامل يكون مجهولا لاقتضاء الشرط قسطا من الربح وقد بطل فيبطل ما يقابله فيجهل الحصة ووجه الثاني ان البضاعة لا يلزم القيام بها فاذا

اشتراطها

اشتراط العامل تكون لاغية لمنافاتها العقد ويصح العقد والاقوى ما اختاره المص ره من الحكم بصحتها لعموم الامر بالوفاء بالعقود وقوله المؤمنون عند شروطهم
٢٩١ ويمنع من منافات هذا الشرط لمقتضى العقد فان مقتضاه ان يكون عمله من مال القراض بجزء من الربح واما غيره فلا فاذا شرط وله دليل يجوز لزم القول بجوازه لكن
يبقى في المسئلة بحث وهو ان البضاعة لا يجب القيام بها لان مبناها على ذلك والقراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده
لان الشرط كالجزء من العقد فلا يزيد عليه والحال ان المالك ما جعل الحصة المعينة للعامل الا بسبب الشرط فان وفي به فلا بحث والا اشكل الامر والذي يقتضيه
القواعد انه يلزم العامل الوفاء به وبه صرح في ير فمتى اخل به تسلط المالك على فسخ العقد وان كان ذلك له مع وفاء الشرط اذ لا يمكن هنا غير ذلك فان فسخ قبل ظهور
الربح فللعامل عليه الاجرة كما مر وان فسخ بعد ظهوره فهل يكون جميع الربح للمالك نظرا الى انه لم يبذله للعامل الا بالشرط وقد فات ام يملك العامل حصته قبل الفسخ والا
بقاؤه والمالك قد اقدم على ذلك حيث اقتصر على شرط ذلك في عقد لا يلزم الوفاء فيه بالشرط وجهان قيل هنا بان للمالك الربح كله وعليه الاجرة لما ذكرناه ولا يخ
من اشكال قوله اذا كان مال القراض مائة اه لما كان الربح انما يجبر خسران راس المال الذي بيد العامل لا مطلق الخسران فاذا اخذ المالك بعد الخسران شيئا كان من جملة راس
المال فلا بد ان يخصه من الخسران شيء فيسقط من اصل الخسران ويجبر الربح الباقي فانا فرضنا ان المال كان مائة فخسر عشرة واخذ المالك بعد الخسران عشرة ثم ربح المال
الباقي فهذا الربح لا يجبر مجموع ذلك الخسران لان الذي اخذه المالك من جملة المال الخاسر وقد بطل القراض فيه باخذه فلا بد من اسقاط ما يخصه من الخسران ثم يجبر
الباقي منه بالربح الجديد وبالجملة فانما يجبر الربح خسران المال الذي بيده وطريق معرفة ما يخص المأخوذ من الخسران وهو عشرة على المال وهو تسعون فنصيب كل واحد
تسع فنصيب العشرة المأخوذة دينار وتسع فبوضع ذلك يبقى الدينار والتسع الذي اصاب العشرة من الخسران ما بقي من اصل راس المال بعد العشرة وهو تسعون لانه
لما استرد العشرة فكانه استرد نصيبها من الخسران والضابط ان ينسب المأخوذ الى الباقي ويأخذ المأخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة قوله لا يجوز للمضارب ان يشتري
لا اشكال في تحريم وطيه بدون الاذن لانها مال الغير فلو فعل كان زانيا يحد مع عدم الشبهة كاملا ان لم يكن قد ظهر ربح والا فيقدر نصيب المالك واما اذا
اذن له في شراء جارية ووطيها فالحق انه كذلك لان الاذن قبل الشراء لا اثر له لان التحليل اما تمليك او عقد وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء فلا يتناوله الحصر
في قوله الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والقول بالجواز للشيخ ره في يه استنادا الى رواية ضعيفة السند مضطربة المفهوم قاصرة الدلالة واما اذا اذن له
بعد الشراء على وجه فلا ريب في جوازه ان لم يكن ظهر فيها ربح والا بني على تحليل احد الشريكين لصاحبه والاقوى المنع قوله اذا مات وفي يده اموال مضاربة لجماعة فيه
يعود الى المال المجتمع من اموال المضاربة ومعنى استوائهم في ذلك المال انه يقسم بينهم على نسبة اموالهم لا انه يقسم بالسوية كما في اقتسام غيرهم من الشركاء هذا اذا
كانت اموالهم مجتمعة في يده على حدة واما اذا كانت ممتزجة مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك وان وسعت التركة اموالهم
اخذوها وان قصرت تحاصوا قوله وان جهل كونه مضاربة اه المراد ان العامل كان بيده مضاربة في الجملة لكن لم يعلم بقاؤها ولا تلفها وبواسطة ذلك جهل
كون المال الذي بيده مضاربة اذ كما يمكن ان يكون من مال المضاربة يمكن كونه ماله فيحكم بكونه ميراثا عملا بظاهر اليد ولكن مع ذلك هل يحكم بضمانه للمضاربة من حيث
اصالة بقائها الى ان يعلم تلفه بغير تفريط ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ام لا لاصالة براءة الذمة وكونه امانة غير مضمونة واصالة بقائها لا يقتضي ثبوتها في ذمته
مع كونه امانة وجهان ويتخرج على الاول ان اصالة بقائها يقتضي كون مالكه كالشريك في مال العامل حيث يشتبه ماله فيه فيقدم على غيره من الغرماء مع احتمال كونه
اسوتهم لان العامل يصير ضامنا بتركه تعيينه والوصية به فاذا لم يوجد العين كان بمنزلة التلف والاقوى ما اختاره المص من عدم ثبوت شيء للمالك حيث لا
يعلم بقاؤه بعينه في يده الى حين موته لاصالة البراءة واستحقاق شيء من التركة موقوف على ثبوت التقصير في عين التركة موقوف على العلم بكونه من جملتها والاصل
عدمه نعم لو علم وجوده فيها باعتراف العامل في وقت لا يمكن تجدد تلفه فيه عادة او بشهادة عدلين فصاحبه كالشريك او علم تلفه بتقصير او بقاؤه الى بعد الموت مع
تقصير العامل في ترك الوصية به فصاحبه اسوة الغرماء وقد مضى مثل هذا البحث في الرهن **كتاب المزارعة والمساقات** اما المزارعة فهي معاملة اه
المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وهي تقتضي وقوعه منهما معا كما يقتضيه المفاعلة لكنها في الشرع صارت معاملة على الارض بحصة من حاصلها ويمكن اثبات المفاعلة
فيها ايضا كما تقدم مثله في المضاربة لان احد المتعاملين زارع والاخر آمر به فكانه لذلك فاعل نظرا الى السببية والمعاملة في التعريف بمنزلة الجنس يشمل اجارة
الارض والمساقات ولكن الاجارة خرجت بالقيد الاخير لانها لا تصح بحصة من النماء بل باجرة معلومة والمساقات بقيد الارض لانها معاملة على الاصول بحصة
منها وان كانت الارض من توابعها وقد يعبر عن المزارعة بالمخابرة اما من الخبير وهو الاكار او من الخبارة وهي الارض الرخوة او ماخوذة من معاملة النبي ص لاهل
خيبر والمزارعة عقد مشروع عندنا اجماعا وعند اكثر علماء الاسلام ومنع منه الشافعي وابو حنيفة وبعض العامة الا في مواضع مخصوصة قوله وعبارتها
ان يقول اه المزارعة من العقود اللازمة فلا بد فيها من الايجاب والقبول الدالين على الرضا بتسليم الارض وتسلمها للمزارعة بالحصة المخصوصة وكونهما بالعربية
ولا ريب في الاجتزاء بزارعتك وسلمتها اليك وقبلتك وعاملتك ونحوها من صيغ الماضي الدالة على الانشاء صريحا واما قوله ازرع هذه الارض
بصيغة الامر فان مثل ذلك لا يجيزونه في نظائره من العقود ولكن المص وجماعة اجازوه هنا استنادا الى رواية ابي الربيع الشامي والنضر بن سويد عن ابي عبد الله ع
وهما قاصرتان عن الدلالة على ذلك فالاقتصار على لفظ الماضي اقوى الحاقا له بغيره وفي عبارة المص تجوز لانه قال وعبارتها كذا ولم يذكر القبول مع انه احد
ركني العبارة فيها فلا بد من ذكره ولعله اشار بما ذكر الى الاكتفاء بالقبول الفعلي كما اختاره مع قصر العبارة في الايجاب والاقوى اعتبار القبول
اللفظي كغيره من العقود اللازمة واعلم انه قد استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها ان المعقود عليه هو الارض المملوكة المنتفع بها كما سيجيء من شرائطها
ويبقى من لوازمها البذر والعمل والعوامل وهي بحسب ما يتفقان عليه في مقابلة الارض او بعضها على العامل وصورها المتشعبة بينهما كلها جائزة وانه لا
تشرع المزارعة بين المتعاملين اذا لم تكن الارض ملكا لاحدهما كما في الارض الخراجية وان بقي من لوازمها ما يمكن اشتراكهما فيه لما قد عرفت من ان متعلقها
والمعقود عليه فيها هو الارض فلو اتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الارض الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر بحيث يمزج على الوجه

المعرفة في باب الشركة ويصلان باقي الاعمال بينهما على نسبة المال ولو اشترطا على زيادة عمل من احدهما نوى به التبرع فلا رجوع له بما زاد وان ارادا جعل الباقي مختلفاً مع التساوي في البذر او بالعكس بنى على ما تقرر في الشركة من جواز ذلك وقد عرفت ان المختار جواز الزيادة في العقد للعامل او من له زيادة في العمل فلملاحظة ذلك ونحوه من الحيل الشرعية على تسويغ هذه المعاملة لانها مثل اولى في كثير من البلاد التي ارضها غير مملوكة فيحتاج الى وجه مجوز ويمكن فرضه بامور منها ان يجعل البذر بينهما على حسب ما يتفقان عليه والمتفق عليه نسبة الملك فان زاد احدهما وانفقا على التبرع به جاز ولا رجوع به وفي تقدم ومنها ان يكون البذر بينهما كذلك ويصالح من له العوامل الزارع على منفعة عوامله المقابلة لحصة الزارع المقابل لحصة الآخر مدة معلومة ومنها ان يكترى كل منهما الحصة من تلك الحبل بشيء معلوم يتفقان عليه بان يستأجر صاحب العوامل الزارع على عمل نصيبه مدة معلومة بالف مثلاً ويستأجر الزارع نصف العوامل والآلات مثلاً بقدر ذلك او غيره مدة مضبوطة ولو كان البذر من احدهما خاصة فان كان صاحب العوامل استأجر منه نصف عمله بنصف عمل العوامل ونصف البذر مثلاً او صالحه كذلك وان كان البذر من العامل استأجر نصف العوامل مثلاً بنصف عمله ونصف البذر بشرط الضبط الرافع للجهالة في جميع ذلك والصلح يجري في الجميع كذلك قوله وهي عقد لازم لا ينفسخ الا بالتقايل اه لزوم هذا العقد امر متفق عليه ولان الاصل لزوم العقد الا ما اخرجه الدليل للامر بالوفاء به ولقوله المؤمنون عند شروطهم والمراد من حصر المستفاد من قوله لا تبطل الا بالتقايل البطلان المستند الى اختيار المتعاقدين لان ذلك هو المفهوم عند الاطلاق للعقد اللازم والجائز وفي ... انتفائه امر اختياري ... عليه عطفه عدم بطلانه بالموت بجملة مستقلة فانما احتجنا الى هذا التكلف لان هذا العقد قد يبطل بغير التقايل بانقطاع الماء وفقد منفعة الارض ونحو ذلك قوله ولا تبطل بموت احد المتعاقدين اه هذا انما يترتب على لزوم العقد ولاصالة الدوام والاستصحاب ثم ان كان الميت العامل قام وارثه مقامه في العمل والا استأجر الحاكم عليه من ماله او صالح ما يخرج من حصته وان كان الميت المالك بقيت المعاملة بحالها وعلى العامل القيام بتمام العمل وربما استثنى من الاول ما اذا شرط عليه المالك العمل بنفسه فانها تبطل بموته ويشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة لانه قد ملك الحصة وان وجب عليه بقية العمل فخروجها عن ... بعد ذلك بعيد نعم لو كان قبله اتجه قوله ان يكون النماء مشاعاً بينهما اه اي يكون النماء بينهما مشاعاً فيخرج من ذلك ما لو شرط احدهما شيئاً معيناً والباقي للآخر او لهما وما لو شرطه احدهما خاصة وغير ذلك والوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة قوله كان يشترط احدهما الهرف اه الهرف بساكن الوسط المتقدم من الزرع والثمرة يقال اهرفت النخلة عجلت اتاتها فالجوهري والافل بالتسكين ايضا خلاف الهرف وهو المتاخر عنه والجداول جمع جدول وهو هنا النهر الصغير وقد يطلق على قطعة من الارض يجمع حولها التراب وكلاهما مشتركان في عدم جواز اشتراطها لان اللازم اشاعة المجموع كما مر قوله ولو شرط احدهما قدراً من الحاصل اه لا فرق في ذلك بين كون القدر المشروط هو البذر وغيره ولا بين كون الغالب على ذلك الا ان يخرج منها ما يزيد على المشروط عادة وعدمه لاشتراك الجميع في منافاة وضع المزارعة وكون العقد على خلاف الاصل حيث ان العوض فيه مجهول فيقتصر فيه على موضع النقل وخالف في بعض ذلك الشيخ في ... وجماعة فجوزوا استثناء البذر من جملة الحاصل ... فجوز استثناء شيء منه مط والمشهور الاول قوله اما لو شرط احدهما شيئاً اه المشهور بين الاصحاب جواز هذا الشرط لعموم الاوامر السابقة وخروجه عن النماء الذي اشاعته بينهما من مقتضى العقد والقول بالمنع لا نعلم القائل به وعلى القول بالجواز يكون قراره مشروطاً بالسلامة كاستثناء ارطال معلومة من الثمرة في البيع ولو تلف البعض سقط منه بحسابه لانه كالشريك وان كانت حصة معينة مع احتمال ان لا يسقط منه شيء بتلف البعض متى بقي قدر نصيبه عملاً باطلاق الشرط قوله ويكره اجارة الارض للزراعة اه مستند المنع رواية الفضيل بن يسار عن الباقر انه سأله عن اجارة الارض بالطعام قال ان كان من طعامها فلا خير فيه ... الاستدلال به على الكراهة لان نفي الخير يشعر به وعلل مع ذلك بان خروج ذلك القدر منها غير معلوم فربما لا يخرج شيئاً او يخرج بغير ذلك الوصف ومن ثم لو شرط السلم في ... من قراح معين لم ... ذلك ويشكل فيما لو كانت الارض واسعة لا تخيس بتلك القدر عادة فلا يتم اطلاق المنع واما مع الاطلاق او شرطه من غيرها فالمشهور جوازه على كراهة للاصل ومنع منه بعض الاصحاب بشرط ان يكون من جنس ما يزرع فيها لصحيحة الحلبي عن الصادق قال لا تستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة والنهي للتحريم واجيب بحمله على اشتراطه مما يخرج منها لدلالة رواية الفضيل عليه او حمل النهي فيه على الكراهة وفيه نظر لان النهي مطلق ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله عليه والتحقيق ان المطلق والمقيد متى كانا منفيين لا يلزم الجمع بينهما بل يحمل المطلق على اطلاقه بخلاف المثبتين وبملاحظة ذلك يتخرج فساد كثير مما قرروه في مثل هذا الباب وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه وورود نص آخر بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك حيث جمع الاكثر بينهما بحمل المطلق على المقيد وليس بشيء ومحقق ذلك في الاصول مع انه يمكن هنا حمل الخبر الاول على الاطلاق كالثاني بان يريد بكونه من طعامها اي من جنسه ويؤيده ظهور الكراهة منه ولو كان من نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع فان عدم الخير لا يبلغ حد المنع فان المباح او المكروه لا يوصف بالخير ولا بضده وبينه وبين الشر واسطة واما النهي فالاصل فيه التحريم فحمله على الكراهة بغير دليل آخر غير حسن وقول ابن البراج بالمنع مط لا يخ من قوة نظراً الى الرواية الصحيحة الا ان المشهور خلافه قوله قوله وان يؤجرها اه اختلف الاصحاب في جواز اجارة الارض وغيرها من الاعيان المستأجرة باكثر مما استأجرها به اذا لم يحدث فيها حدثاً فمنع منه جماعة من الاصحاب استناداً الى اخبار دلت باطلاقها على ذلك وذهب آخرون ومنهم المص الى الكراهة لدلالة اخبار اخر على الجواز وطريق الجمع بينها وبين ما دل على المنع حمل النهي على الكراهة وهو حسن والجمع السابق على المنع مع الاخبار بانه ربا وشمول الاشتراط الكيل والوزن في الربوي ... قوله واذا شرط مدة معينة اه مقتضى اطلاق العبارة عدم الفرق مع ضبط المدة بين كونها وافية بادراك الزرع فيها او قاصرة او محتملة وهو احد الوجهين في المسألة والاقوى اعتبار مدة يدرك فيها الزرع علما او ظنا غالبا فلو اقتصر على تعيين دون ذلك بطل العقد لان الغرض في المزارعة هو الحصة من النماء فاذا لم يتحقق في المدة عادة بقي العقد بلا عوض ولانه خلاف وضع المزارعة والاعتذار بامكان التراضي بعد ذلك على ابقائه لا ينفع لان التراضي غير لازم فلا يعلق عليه شرط اللازم قوله ولو اقتصر على تعيين المزروع اه والاقوى اشتراط تعيين المدة على الوجه السابق لان مقتضى العقد اللازم ضبط اجله والفرق

بينها وبين القراض واضح فانه عقد جائز لا فائدة في ضبط اجله او شرط الجواز الزرع قبله خلاف المراد منه فكان الحاقها بالاجارة اشبه قوله ولو مضت المدة والزرع باق كان للمالك ازالته على الاشبه وجه جواز الازالة انقضاء المدة التي يستحق عليه فيها التبقية والاصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء ولان الزرع بعد المدة لا حق له فيكون ابقاؤه بدون رضاء المالك ظلما وقيل ليس له الازالة لانه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه ولان للزرع امدا معينا غير دائم الثبات فاذا اتفق الطول لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر مدة معينة للزرع فانقضت قبل ادراكه مع ان الاحتمال ايضا هنالك قائم وقيل له الازالة بالارش جمعا بين الحقين ويشكل فيما لو كان التأخير بتقصير الزارع وما اختاره المص اقوى لزوال حق الزارع بانقضاء المدة فلا ارش له ولا استحقاق نعم لو اتفقا على ابقائه بعوض او غيره صح لان الحق لا يعدوهما لكن لا يجبر احدهما عليه خلافا للفاضل حيث جعل التخيير في قلعه بالارش وابقائه باجرة الى المالك وحكم بان ايجاب عوض في ذمة الزارع لا يعقل بدون رضاه ثم على تقدير القطع بارش وغيره فالمقلوع لهما بناء على ان الزارع يملك الحصة وان لم ينعقد الحب خلافا لابن زهرة ولا اجرة للمالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالمقلوع لان مقتضى المزارعة قصر الحق على الحصة مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه لتضييعه منفعة الارض على المالك بتأخيره ويتوجه على هذا الاحتمال وجوب اكثر الامرين من الحصة واجرة المثل لو فرض للمقلوع منفعة ناقصة عن المعتاد لاستناد النقصان الى تفريطه ايضا ولا فرق في كون المقلوع بينهما بين كون البذر من مالك الارض او من الزارع ويتوجه للزارع الارش لاستحقاقه في الحصة كما لو كان البذر منه الا على القول السابق ثم على القول بثبوت الارش مع قلعه فطريق تحصيله ان يقوم الزرع قائما بالاجرة الى اوان حصاده ومقلوعا ويحتمل ان يضاف الى الاول كونه مستحق القلع بالارش لان ذلك من جملة اوصافه اللازمة له على هذا القول الا انه لا يخ من دور وكلام الاصحاب في ذلك غير محرر قوله وان اتفقا على التبقية اه متى قلنا بجواز القلع لم يجب على المالك الابقاء الا برضاه باجرة او غيرها واما اذا قلنا بوجوب الابقاء ففي وجوب الاجرة قولان والقولان للعلامة او لهما في كره وثانيهما في عد وعلى تقدير اتفاقهما على الابقاء باجرة تكون اجارة للارض حقيقة لانقضاء مدة المزارعة فلا بد من ضبط المدة كالاجارة وان جعلا الاطلاق في المزارعة ولو لم يضبطاها او اتفقا على ابقائه باجرة واطلقا وجب اجرة المثل قوله ولو شرط التأخير اه وجه البطلان على القول المذكور ان المدة تصير في الحقيقة هي المجموع من المذكور وما بعده الى ان يدرك الزرع وهي مجهولة فيبطل العقد للاخلال بالشرط وعلى تقدير عدم جهالة الجملة فالمدة المشروطة مجهولة وشرطها في متن العقد من جملة العوض فاذا تضمن جهالة بطل العقد كما لو كان جميع المدة مجهولا ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور لان المدة مضبوطة وما تضمنه الشرط بمنزلة التابع ذكره احتياطا لاحتمال الحاجة وجهالة التابع غير مضرة كما تقدم غير مرة والاول اقوى قوله ولو ترك المزارعة اه لان منفعتها صارت مستحقة له بحيث لا يمكن المالك من استيفائها وقد فوتها عليه فيلزم الاجرة كما لو كان قد استأجرها مدة معينة ولم ينتفع بها فيها مع تمكين المالك له منها وتسليمه اياها والا لم يستحق عليه شيئا لان المنع من قبله وحيث يلزمه ضمان الاجرة يلزمه ارشها لو نقصت بترك الزرع كما ينقص في بعض الارضين لاستناد النقص الى تفريطه وهل يفرق فيهما بين ما اذا ترك العامل الانتفاع اختيارا او غيره ظاهرهم عدمه ولا يبعد الفرق لعدم التقصير في الثاني خصوصا في الارش ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة ولم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال الى ما لا يقتضيه العقد نعم يتوجه الحكم مط في الاجارة لان حق المالك هو الاجرة عوضا عن منفعة العين تلك المدة فاذا فاتت المنفعة فانما ذهبت على مالكها وهو المستأجر اما الموجر فلا حق له فيها انما حقه في الاجرة ولم يفت قوله ان تكون الارض اه الضابط امكان الانتفاع بها في الزرع عادة بالماء الذي ذكره وما اشبهه كماء المطر والزيادة كالنيل وحصره في المذكورات ليس بذلك الحسن والحاصل ان من شرط صحة المزارعة على الارض ان يكون لها ماء معتاد يكفيها لسقي الزرع غالبا فلو لم يكن لها ذلك بطلت المزارعة وان رضي العامل ويتردد في كره فيما لو كان لها ماء نادرا هل يصح المزارعة عليها ام لا من عدم التمكن من تسليم ما وقع عليه العقد غالبا ومن امكان الوقوع ولو نادرا وبملاحظة هذه القاعدة يشكل الحكم في بعض ما يأتي كما ستقف عليه قوله فلو انقطع في اثناء المدة ... هذا اذا زارع ... استأجر ... عليه اجرة ما سلف ويرجع بما قابل مدة المتخلفة قد عرفت ان امكان الزرع شرط صحة المزارعة فاذا وجد الشرط في الابتداء ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القاعدة بطلان العقد لفوات الشرط لباقي المدة لكن المص ومن ... اطلقا القول بعدم البطلان بل حكما بتسلطه على الفسخ وكانهما نظرا الى صحة العقد ابتداء فيستصحب والضرر اللاحق للزارع بانقطاع الماء ينجبر بتسلطه على الفسخ وفيه نظر هذا حكم المزارعة اما الاجارة فان كان قد استأجرها للزراعة فكذلك لاشتراكهما في المعنى اما لو استأجرها مطلقا لم يتخير مع امكان الانتفاع بها بغيره وقوله وعليه اجرة ما سلف من احكام الاجارة على تقدير فسخه فان الفسخ الطارئ عليها يوجب ثبوت اجرة ما سلف من المدة والرجوع بما قابل المتخلف اما المزارعة فلا شيء على العامل اذ لم يشترط عليه سوى الحصة وقد فاتت قوله واذا اطلق المزارعة زرع اه الظاهر ان ضمير زرع يعود الى المزارع العامل وانما يتم ذلك لو كان البذر من عنده اما لو كان من عند صاحب الارض فالتخيير اليه بطريق اولى لا الى المزارع وانما تخير مع الاطلاق لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي وكل فرد من افراد الزرع يصلح ان يوجد المطلق في ضمنه واولى منه لو عمم لدلالته على الاذن في كل فرد فرد وقوى في كره وجوب التعيين لتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات فيلزم من تركه الغرر ولا يرد بانه ايضا آت في تعين نظرا لدخول المالك على اضر الانواع من حيث دخوله في الاطلاق فاذا كان لو عمم وربما فرق بين الاطلاق والتعميم بان الاطلاق انما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الافراد ولا يلزم من الرضاء بالقدر المشترك الرضا بالاشد ضررا من غيره اذ لا يدل اللفظ اشعارا بذلك الفرد ولا دلالة على الاذن فيه والرضا بزيادة ضرره ولان الرضا بالقدر المشترك انما يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين الكل لا على الرضا بالزائد فلا يتناول المتوسط والاشد بخلاف العام فانه دال على الرضا بكل فرد وفيه نظر لان المطلق لما كان هو الدال على الماهية بلا قيد صح وجوده في ضمن المفرد والمثنى والمجموع وغيرها على ما حقق مع ان لوازمها مختلفة ولذلك حكموا بان الامر بالمطلق كالضرب مثلا يتحقق امتثاله بجزئي من جزئياته كالضرب بالسوط والعصا ضعيفا وقويا ومتوسطا حتى قيل ان الامر به امر بكل جزئي واذن في كل جزئي وهذا كله بناء على ما ادعاه الفارق ولو قيل بان المطلق هو النكرة كما اختاره الآمدي وابن الحاجب حيث عرفاه بانه الدال على الشائع او النكرة في سياق الاثبات حصل الحجة لكل فرد من افراده

٢٩٤ ابيه ظاهرة وان اختلفت بالقوة والضعف والمراد بالقدر المشترك على هذا التقدير المعنى المصدري او نفس الحقيقة المشتركة بين الافراد لا تلك اللوازم اللازمة لها ومنه في مسئلتنا الزرع الصالح لكل فرد من افراد المزروعات لانها مشتركة في هذا المعنى وان لم يشترك في الضرر وعدمه قوله وان عين الزرع لم يجز التعدي الى فرد في تعيين المعين بين كونه شخصيا كهذا الحب او صنفيا كالحنطة الفلانية ونوعيا وغيره لاختلاف الاغراض باختلافه فيتعين ما يتعلق به الغرض المدلول عليه بالتعيين فلا يجوز العدول عنه مطلقا بالشرط وهذا هو مقتضى التعيين في كلام المص وغيره الا انه قد ابى بما ينافيه بعد ذلك في قوله ولو كان اقل ضررا جاز والاعتذار بان الرضا بزرع الاضر بالنسبة الى الادون يقتضي الرضا بالاقل ضررا بطريق اولى باطل لان غرض مالك الارض ليس منحصرا فيما يتعلق بمصلحة الارض بل القصد الذاتي له انما هو الانتفاع بالزرع ومصلحة الارض تابعة لا مقصودة بالذات فلا شك ان الاغراض مختلفة في انواع المزروع فربما كان غرضه في الاشد ضررا من حيث نفعه او الحاجة اليه وان حصل للارض ضرر ولا يتعلق غرضه بالاخف وان انتفعت الارض لان الارض لو انتفعت بترك الزرع راسا لم يكن ذلك كافيا في جواز ترك المزارع العمل نظرا الى مصلحة الارض فالاقوى عدم التعدي لما عين مطلقا نعم مثل هذا يجري في اجارة الارض لزرع نوع معين فان عدول المستاجر الى زرع ما هو اخف ضررا منه متجه لان الغرض في الاجارة للمالك تحصيل الاجرة وهي حاصلة على التقديرين ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر عن ارضه واولى منه لو ترك الزرع طول المدة فانه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يوجب ضررا على الارض لحصول مطلوبه وهو الاجرة بخلاف المزارعة فان مطلوبه الحصة لزرع المعين فلا بد على الرضا بغيره ولا يجبا ولم يوجه قوله ولو زرع ما هو اضر آه اي لو عدل الى زرع ما الارض له اضر فقد بين غيره ما هو اخف ضررا فان المالك يتخير بين ما ذكر من الاجرة ووجه التخيير في مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفى بزيادة في ضمن زرع الاضر فيتخير بين اخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع اخذ الارش في مقابلة الزايد او جبر الضرر للارض بغير اذن مالكها وبين اخذ اجرة المثل لزرع ذلك الاضر من غير نظر الى المسمى والارش لان المزروع بتمامه واقع بغير اذن المالك لانه غير المعقود عليه ويشكل الحكم الاول من التخيير بان الحصة المسماة انما وقعت في مقابلة الزرع المعين ولم يحصل والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الاذن فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة فوجوب اجرة المثل خاصة اقوى قوله ولو كان اقل ضررا جاز آه قد عرفت ما في الجواز ومن لوازم الجواز لزوم ثبوت الحصة للمالك مجانا وفيه نظر لانه غير معقود عليه ايض فكيف يستحق فيه شيئا مع انه نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه وخيره في كتبه هنا بين اخذ اجرة المثل والمسمى لقربه مما ذكر في الاضر وفيه النظر السابق والاقوى ثبوت اجرة المثل خاصة قوله ولو زارع عليها آه قد عرفت فيما تقدم من كلام المص وما حققناه ان من شرط صحة المزارعة على الارض ان يكون لها ماء معتاد للسقي غالبا بحيث يمكن الانتفاع بالزرع فبدونه لا يصح لفقد الشرط وان رضي كل من المالك والعامل لانه يتغير في حكم لم يرد الاذن فيه شرعا وهو ينافي ما ذكر هنا من جواز المزارعة على ما لا ماء لها مع العلم بغير تخيير ولا معه مع التخيير واللازم من تلك القاعدة بطلان المزارعة هنا سواء علم ام لم يعلم ولان الحكم بالتخيير فرع صحة العقد وقد شارك العلامة المص في كتبه على مثل هذه العبارة وزاد عليه التصريح بانه لو ساقاه على ما لا ماء لها غالبا لم يصح العقد وتردد في كره في الصحة مع ندور الماء كما حكيناه سابقا وربما تكلف الجمع بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للارض ماء يمكن الزرع والسقي به لكنه غير معتاد من جهة المالك بل يحتاج معه الى تكلف واجراء ساقية ونحوه والمنع على ما لو لم يكن لها ماء مط وهو جيد لو ثبت ان مثل هذا القدر يوجب التخيير وان الاطلاق يقتضي كون الماء معتادا بلا كلفة الا ان اطلاق كلامهم يا باه فانهم اقتصروا في الحكم بالجواز على امكان السقي بالماء من غير تفصيل وفي التخيير على عدم الامكان وايض فان احداث النهر والساقية ونحوهما لازم للمالك سواء كان معتادا ام لا كما سيأتي التنبيه عليه فلا فرق بين كون الماء معتادا او غيره في عدم الكلفة على الزارع والاقوى عدم الصحة هنا عملا بهذا الاطلاق ومثله ما لو استاجرها للزراعة قوله اما لو استاجرها مط آه الحكم بعدم الفسخ يقتضي ان الحكم فيما لو لم يكن المستاجر عالما بحالها فان العالم لا يعتبر لتوهم جواز فسخه بل اما ان يصح او يبطل مط وانما لم يكن له الفسخ مع الجهل بحالها ح لانه اذا استاجرها مط لا يقتضي اشتراط امكان زرعها لانه نوع من انواع الانتفاع ولا يشترط في استيجار شيء ان يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه التي يصلح لها بل امكان الانتفاع به مط حيث يطلق وهو هنا كذلك لامكان الانتفاع بالارض المذكورة في وضع المتاع وجعلها مراحا ومسرحا وغير ذلك وانما الغالب الانتفاع بالارض للزراعة لان الغلبة لا يقيد الاطلاق مع احتمال الرجوع الى الغالب في تلك الارض فان كان الزرع تسلط على الفسخ حملا على المعتاد قوله وكذا لو شرط الزراعة آه هذا في الحقيقة من جملة اقسام الارض التي يعتاد لها ماء يسقيها اذ لا فرق في العادة بين كون السقي نفسه من قبل الله او اجراء الماء من قبله كالنهر والزيادة لكن المص لما حصر الماء المذكور سابقا في تلك الاقسام الاربعة اعقبها بذكر الغيث قوله ولو استاجر للزراعة آه والمراد ان الماء لا ينحسر عنها وقت الحاجة الى الزرع والا فلو كان مستوليا عليها عند العقد ولكن يرتفع وقت الانتفاع عادة صح مع العلم بالارض بان كان قد رآها او الا والماء صاف لا يمنع رؤيتها ووجه عدم الصحة في الاول ما ذكره من عدم الانتفاع بها فيما استوجر عليه من المنفعة وهو يؤيد ما اسلفناه في المسائل السابقة واحترز بالاستيجار للزراعة عما لو استاجرها لغيرها مما يمكن استيفاؤها او مط فان الاجارة صحيحة وينتفع بها فيما يشاء ولو باصطياد السمك ولو فرض تعذر الانتفاع بها مط لم يصح مط لان شرط الصحة امكان الانتفاع بها قوله ولو رضي بذلك المستاجر جاز آه هذا التعليل لا يدل على البطلان مط لامكان العلم بالارض مع وجود الماء سابقا او مع صفاء الماء كما ذكرناه ولو فرض الجهل بها على كل حال فالمنع متوجه كما ذكره قوله وان كان قابلا آه وجه الجواز امكان الانتفاع في الجملة لكن لو لم يعلم المستاجر بذلك تسلط على الفسخ للعيب هذا اذا كان الزرع ممكنا في جميع الارض على النقصان اما لو امكن في بعضها دون بعض ففي الحاقه بالتبعيض عند الجميع وجه قوله ولو كان الماء ينحسر عنها تدريجا آه مقتضى التعليل انه لا فرق بين رضاء المستاجر بذلك وعدمه لان رضاه بما هو فاقد لشرط الصحة غير كاف في الصحة وقد قيد المنع بعدم رضاء المستاجر فلو رضي صح وهذا انما يتم فيما يكون كالعيب المتخير بالرضا والخيار لا في الجهالة وعلى تقدير الحاقه به نظرا الى امكان الانتفاع في الجملة فانما يوجب انقطاعه تدريجا نقصان المنفعة فلا وجه للحكم بعدم الصحة بل ينبغي تخيير المستاجر مع الجهل وما اطلقه المص هنا اوضح وهذه الاحكام انسب في المزارعة على الارض المذكورة فكان ذكرها في بابها اولى من استطراد حكم الاجنبي او التعميم ورد ما قيل في هاتين المسئلتين.

بان المنع

بان المنع مخصوص بالاجارة اما المزارعة عليها فجايزة والفرق ابتناء الاجارة على المعلومية لانضباط الاجرة فلا بد من انضباط المنفعة في مقابلتها بخلاف المزارعة ٢٩٥ فان المنفعة التي هي الحصة للمالك مجهولة تتوقع في مقابلتها من العوض ما لا يتسامح في غيرها ولا باس به قوله ولو اشترط الغرس والزرع آه اي اشترط في استيجار الارض الغرس فيها والزرع منها فلا بد من تعيين مقدار كل واحد لان الغرس اضر على الارض فيمكن ان يدل الاطلاق على الاقتصار من الاخف على سنة ما تخفيفا للجمع و بالعكس وبينهما في الضرر اختلاف كثير فلا بد من ضبطه وكذا القول في شرط الزرعين كالحنطة والشعير فان زرع الحنطة اضر فلا بد من تعيين المقدار وكذا الغرسين المختلفين بسريان العروق في الارض ويمكن حمل الاطلاق على جعل كل واحد منهما في نصف الارض لان المتبادر من لفظ التشريك التسوية كما في نظائره ولان مقتضى الاجارة لهما ان يكون المنفعة المطلوبة لكل واحد منهما فعند الجمع يجب التنصيف لئلا يلزم الترجيح من غير مرجح وهذا هو الاقوى وح فلا يجب التعيين هنا كما اذا استاجرها مطلقا او استاجرها لينتفع بما شاء منهما صح وتخير لان ذلك تعميم في الافراد وقد دل على الرضا بالاضر وبقي الكلام في تعيين النوع لو اطلق من الزرع والغرس واطلاقه ما تقدم قوله اذا استاجر ارضا مدة آه وجه الاول ان المستاجر غير متعد بالزرع لانه مالك للمنفعة تلك المدة فله الزرع وذلك يوجب على المالك ابقاؤه لمفهوم قوله ليس لعرق ظالم حق قال الامام فخر الدين ان الاصوليين اجمعوا على دلالة المفهوم في هذا الحديث وان اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره لكن لما لم يكن له في الارض حق بعد المدة لانقضاء الاجارة جمع بين الحقين بابقائه بالاجرة وهو المراد من اطلاق المص ابقاءه او قلعه بالارش ووجه الثاني ان المستاجر دخل على ان لا حق له بعد المدة لان منفعة المدة هي المبذولة في مقابلة العوض فلا يستحق بالاجارة شيئا آخر فللموجر قلعه مجانا كما لو غرس المستاجر بعد المدة وهذا هو الاقوى وح عدم تعدي المستاجر بزرعه في المدة لا يوجب لحقا بعدها مع استثناء المفصل اليه والمفهوم ضعيف ودعوى الاجماع على العمل به هنا لم يثبت وعلى تقدير صحته يمنع من كونه بعد المدة غير ظالم لانه واضع عرقه في ارض لا حق له فيها والزام المالك باخذ الاجرة على الابقاء او تكليفه الارش على خلاف الاصل فلا يصار اليه بمثل ذلك ومثله ما لو استاجر للزرع مدة يدرك فيها غالبا لكن قصر الزارع في الزرع الى ان انقضت المدة اما لو كان التاخير لا بتقصيره بل لكثرة الامطار او تغيير الاهوية او شدة البرد ونحوها توجه وجوب الصبر الى بلوغه بالاجرة فانهما وان اشتركا في عدم استحقاقهما ما بعد المدة الا انه حيث لم يقصر وقد زرع يحتمل يجمع بين الحقين بالاجرة بخلاف ما اذا قصر او قدم على ذلك كالسابق فانه يسقط حقه اذ لا معارض له واعلم ان هذه المسائل كلها استطرادية كان تاخيرها الى باب الاجارة انسب قوله اذا كان من احدهما الارض آه الظاهر ان الصور الممكنة في اشتراك هذه الاربعة بينهما كلا او بعضا جايزة لاطلاق الاذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض ذلك بخصوصه من احدهما وهذا هو المراد من قوله نظرا الى الاطلاق هذا اذا كانا اثنين فانه لو جعلا معهما ثالثا وشرطا عليه بعض الاربعة او رابعا كذلك ففي الصحة وجهان من عموم الامر بالوفاء بالعقد والكون مع الشرط ومن توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ولم يثبت منه مثل ذلك والاصل في المزارعة قصة خيبر ومزارعة النبي ص اليهود عليها على ان يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها وله شطره الآخر وليس فيها ان المعاملة مع اكثر من واحد وكذا باقي النصوص التي وردت من طرقنا ولان العقد يتم باثنين موجب وهو صاحب الارض وقابل بل فيجعل ما زاد مخرجا للعقد عن وضعه او يحتاج اثباته الى دليل والاجود عدم الصحة قوله ولو كان بلفظ الاجارة لم يصح آه لا اشكال في عدم وقوعها بلفظ الاجارة لاختلاف احكامهما فان الاجارة تقتضي عوضا معلوما والمزارعة يكفي فيها الحصة المجهولة واما لو آجر الارض بمال مضمون مقدر سواء كان من جنس ما يزرع ام من غيره ام معين من غيره ام يخرج منها صح وقد تقدم الكلام في ذلك ونبه بالمنع من ايقاعها بلفظ الاجارة على خلاف بعض العامة حيث جوزها بها قوله واذا تنازعا في المدة آه اما المدة فلان الاصل عدم زيادتها عما يتفقان عليه فيقدم قول منكر الزيادة واما النماء فلما كان تابعا للاصل في الملك فالقول قول صاحب البذر في حصة الآخر لاصالة عدم خروجها عن ملكه وعدم استحقاق الآخر للزائد ولان مدعي الزيادة فيهما لو ترك المنازعة لترك فيكون مدعيا بهذا المعنى ايض لا يقال انهما اتفقا على عقد تضمن حصة ومدة نقل عن الاصل المذكور وليس مدعي الزيادة بمتروك اذا ترك فان اذا ترك العمل طالبه به وانما يتم هذا اذا وقع الاختلاف عند الانتهاء لانا نقول العقد المتضمن لهما انما اخرج من حكم الاصل في اصل المدة والحصة اما في قدر معين فيهما فيبقى انكار الزيادة فيهما بحاله لم يخرج عن الاصل شيء والمراد من تركه اذا ترك في تلك المدعى وهو هنا المدة الزائدة او الحصة الزائدة اما العمل فهو امر خارج عن الدعوى فلا اثر للمطالبة به في هذه المنازعة قوله ولو اقام كل منهما بينة آه اذا اقام كل منهما بينة بني على تقديم بينة الداخل او الخارج والمشهور الثاني وهو خارج بالنسبة الى دعوى المدة لان مالك الارض يدعي تقليل المدة فيكون القول قوله والبينة بينة العامل واما دعوى زيادة الحصة فمن المدعي البذر منه سواء في ذلك العامل ومالك الارض فيكون البينة بينة من لا بذر له لان الشرط منه حيث ان الجميع نماء ماله فلا يثبت اطلاق تقديم بينة العامل بل ينبغي ان يقول قدمت بينة الآخر كما صنع غيره او يصرح بالمراد ووجه القول بالقرعة انها لكل امر مشكل ويشكل بانه لا اشكال هنا فان من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه بمقتضى النص فالقول بتقديم بينة المدعي فيهما اقوى قوله ولو اختلفا فقال الزارع آه المراد ان القول قول صاحب الارض في عدم الاعارة لانها يدعيه لانه منكر لها فيقدم قوله فيها وكذا القول قول الزارع في عدم المزارعة والاجارة لانه منكر لهما وح فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويبقى على الزارع انه انتفع بارض غيره مع عدم ثبوت التبرع فيلزمه اجرة المثل لذلك الزرع الى اوان نزعه هذا اذا لم يزد الاجرة عما يدعيه المالك من الحصة او الاجرة المعينة والا ثبت له ما يدعيه خاصة لاعترافه بانه لا يستحق سواه وهذا اذا وقع النزاع بعد الزرع كما يقتضيه قوله الزارع وقوله للزارع تبقية الزرع فلو كان النزاع قبله وتحالفا انتفت العارية والاجارة والمزارعة فليس للعامل ان يزرع بعد ذلك واعلم انه اذا كان الواجب للمالك بعد يمينه اقل الامرين مما يدعيه واجرة المثل وكان الاقل هو ما يدعيه فلا وجه ليمين الزارع لانه لو اعترف له بما يدعيه لم يكن له ازيد منه وكذا لو حلف او رد اليمين وما هذا شانه لا فائدة فيه نعم لو كان ما يدعيه ازيد من اجرة المثل اتجهت فائدة يمين الزارع لانها تنفي الزايد عما يدعيه المالك عن الاجرة ولو ردها او اعترف لزمه الزايد والقول بالقرعة هنا متعين كالاول قوله وللزارع تبقية الزرع آه اي ما دون نزعه باتفاق الخصمين وانما اختلافهما في استحقاق عوض

٢٩٦ و مقابلته و عدمه فهو زرع بحق فلا يجوز قلعه بغير اذن مالكه وقد علم ان ابقائه باجرة لامجانا الان الاجرة الثابتة من حين زرعه الى حين اخذه وانما عبر بالجذع للتنبيه
على ان امره الى الزارع فان شاء اخذه بقصيلا وان شاء ابقاه الى اوان حصاده وبما ابقاه الى المدة يلزمه اجرتها خاصة فكان التعبير بالاخذ اولى من التعبير
بالحصاد قوله اما لو قال غصبتنيها حلف كما سبق من التحالف انما هو فيما لو ادعى كل منهما عقدا غير ما يدعيه الاخر اما لو ادعى الزارع الاعارة وانكرها
المالك وادعى غصب الارض فالقول قول المالك مع يمينه لاصالة عدم الاعارة وبقاء منافع ارضه على ملكه وعدم خروجها بعارية ولا غيرها فاذا حلف
على نفي العارية ثبت وضع الزارع زرعه فيها بغير حق فيتخير المالك بين قلعه ومطالبته باجرة المثل الماضية من المدة وارش الارض ان نقصت وطم الحفر
كما يلزم ذلك الغاصب وان اتفقا على ابقائه باجرة جاز وفي كرة قال يحلف العامل على نفي الغصب ولم يذكر يمين المالك وربتا في الاحكام والحق ما ذكرنا
من انه يحالف المالك على نفي العارية لا غير قوله للزارع ان يشارك غيره اه لما كانت المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الارض الى ملك
العامل بالحصة المخصوصة كان للعامل نقلها الى غيره ومشاركته عليها لان الناس مسلطون على اموالهم ولا يتوقف ذلك على اذن مالكها اذلا حق له في المنفعة
نعم لا يجوز له تسليم الارض الا باذن المالك وسيأتي مثله في الاجارة واشترط بعضهم في جواز مزارعة غيره كون البذر منه ليكون تمليك الحصة
منوطا به وبه يفرق بينه وبين عامل المساقاة حيث لا يصح له ان يساقي غيره ولان البذر اذا كان من صاحب الارض فالاصل ان لا يد لمسلط عليه الا مالكه او من
اذن له وهو الزارع وهو حسن في مزارعة غيره اما المشاركة فلا لان المراد بها ان يبيع بعض حصته في الزرع مشاعا بعوض معلوم وهو الان مالك لها
فيتسلط على بيعها كيف شاء بخلاف ابتداء المزارعة اذلا حق له الا العمل وبه يستحق الحصة مع احتمال الجواز مطلقا لان لزوم عقدها اقتضى تسلطه على العمل
بنفسه وغيره وتملكه للمنفعة والتصرف في البذر بالزرع وان لم يكن بنفسه حيث لا يشترط عليه الاختصاص يجوز نقله الى الغير كما يجوز الاستنابة ويضعف
بان البذر ح ليس ملكا له وانما هو مأذون في التصرف فيه بالزرع وبه يملك الحصة وقد بني ان هذا كاف في جواز مزارعة الغير لانها عبارة عن نقل حقه في ذلك
وتسلطه على العمل فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة بغيرها من الوجوه هذا كله اذا لم يشترط المالك عليه العمل بنفسه والا لم يجز المشاركة ولا المزارعة
بحيث يصير العمل او بعضه متعلقا بغيره ولا يرد ان ذلك يقتضي منع المالك من التصرف في ماله فيكون منافيا للمشروع لان الناس مسلطون على اموالهم لان
ذلك حيث لا يعارضه حق غيره والا لم تبق الكلية ضرورة تخلفه في كثير كالراهن والمفلس قوله اخراج الارض ومؤنتها على صاحبها اه اما خراج الارض فهو على مالكها
لانه موضوع عليها وهو مروي وذكر ان السلطان لو زاد فيها زيادة وطلبها من الزارع وجب على صاحب الارض دفعها اليه قال السائل قلت انا لم اظلمهم و
لم ازد عليهم قال انهم زادوا على ارضك واما المؤنة فذكرها المص ومن في بعض كتبه اجمالا ولم يبينها على ان المراد بها مع اطلاقهم ان العمل على الزارع او من
شرط عليه والظاهر ان المراد بمؤنة الارض هنا ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر والحائط ونصب الابواب ان احتيج اليها واقامة
الدولاب وما لا يتكرر كل سنة كما فصلوه في المساقات والمراد بالعمل الذي على المزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقي والآلتها
وتنقية النهر من الحماة وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك وبالجملة فكلامهم في هذا المحل قاصر جدا هذا كله اذا لم يشترط ذلك على الزارع فان شرط عليه لزم
اذا كان القدر معلوما وكذا لو شرط بعضه معينا او مشاعا مع ضبطه ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الارض لان الشرط لم
يتناولها ولم تكن معلومة فلا يمكن اشتراطها ولو شرطا ذلك او بعضه عليهما او اخراجه من الاصل والباقي بينهما فهو كما لو شرط المالك نصفه على العامل لانه
بمعناه قوله كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة اه هذا اذا كان البذر من الزارع فلو كان من صاحب الارض فهو له وعليه للعامل والعوامل والالات اجرة المثل
ولو كان منهما فالحاصل بينهما على نسبة الاصل ولكل منهما على الاخر اجرة مثل ما يخصه على نسبة ما للاخر من الحصة فلو كان البذر لهما بالنصف رجع المالك بنصف
اجرة ارضه والعامل بنصف اجرة عمله وعوامله والاته وعلى هذا القياس في باقي الاقسام ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له وعليه اجرة مثل الارض وباقي
الاعمال والالات قوله يجوز لصاحب الارض ان يخرص اه ان كان استقراره مشروطا بالسلامة فلو تلف الزرع بافة سماوية او ارضية لم يكن عليه شيء ومحل الخرص
بعد بلوغ الغلة وهو انعقاد الحب ويتخير الزارع في القبول وعدمه لا شبهة فيه وعلى تقديره فقوله يتوقف نقله اليه على عقد كغيره من الاموال بلفظ الصلح والتقبيل
على ما ذكره الاصحاب والمشهور ان لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة فان تلفت الغلة اجمع بافة من قبل الله لم فلا شيء على الزارع ولو تلف البعض سقط
بالنسبة ولو اتلفها متلف ضامن فهي بحالها وبطالب المتقبل المتلف بالعوض ويمكن عموم الافة الارضية لهذا ايضا والحكم بذلك هو المشهور بين الاصحاب
ومستنده غير واضح وحكمه لا يخلو من اشكال ان لم يكن انعقد عليه الاجماع وانى لهم وانما هو شيء ذكره الشيخ في بعض كتبه وتبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص
ظاهرا على هذه اللوازم ولو كان النقصان بسبب الخطاء في الخرص لم يسقط من المال شيء عملا بالاصل وهو مروي عن الكاظم مرسلا ولو زاد فالزائد ملك الزارع
عملا بمقتضى العقد خصوصا اذا جعل صلحا ولو جعل بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه مع احتمال العدم وكيف كان فهو عقد لازم يجب الوفاء به وان لحقته تلك
الخواص الخارجية عن مقتضى اللزوم وانكر هذه المعاوضة ابن ادريس وجعلها باطلة لانها ان كانت بيعا فهي محاقلة وان كانت صلحا فهو لازم سلم ام لا اذا كان
بعوض مضمون وان كان العوض من الغلة فهو باطل كالبيع والاولى الصحة لكن اثبات اللوازم المذكورة يحتاج الى دليل وقد تقدم في البيع جملة من مباحث المسئلة
قوله وانما المساقاة فهي معاملة اه المساقاة مفاعلة من السقي وخص الاشتقاق منه دون باقي الاعمال التي يتوقف عليها المعاملة لانه اظهرها وانفعها في اصل
الشرعية لوقوعه بالحجاز الذي يسقى فيها النخل من الابار ولانه اكثر مؤنة واشد مشقة من غيره من الاعمال وعرفها ما ذكره المص فالمعاملة فيها بمنزلة الجنس يتناول
عقود المعاوضات وخرج بالاصول المزارعة وبالثابتة بالثاء المثلثة غيرها من الاصول التي لا تبقى كالخضراوات والودي غير المغروس والمغروس الذي لم يستقر
في الارض والمغارسة وبحصة من ثمرها خرجت الاجارة فانها وان صحت على الاصول الثابتة لكن لا بحصة من الثمرة بل باجرة معلومة معينة او مضمونة والمراد
بالثمرة هنا نماء الشجر وان لم يكن ثمرة المعهودة ليدخل فيه المساقات على ما يقصد ورده وورقه ولو قال او ما في حكمها لا دخال ذلك لكان مستغنيا عن تكلف

ادخالها

ادخالها ويمكن ان يريد بالثمرة معناه المتعارف خاصة لترديده فيما ياتي في جواز المساقات على ما يقصد ورده وورقه بالنوت المنابتة بالنون منفردة فيخرج بها الاكثر
والمغارسة دون باقي ما سبق والاول اضبط قوله وصيغة الايجاب ساقيتك اه لما كانت المساقات من العقود اللازمة فلا بد فيها من ايجاب وقبول لفظيين دالين ٢٩٧
على الرضا الباطني واللفظ الصريح لها ساقيتك على كذا او في حكمه عاملتك وسلمت اليك وعقدت معك عقد المساقاة وقبلت عملها ونحو ذلك
من الالفاظ الدالة على الانشاء الواقعة بلفظ الماضي وزاد في كره تعهد نخلي بكذا او اعمل فيه بكذا ويشكل بانه في نظائره من عدم صراحته في الانشاء ولا تقرر
لاخراج هذا العقد اللازم من نظائره وقد نوقش بالاكتفاء في المزارعة بلفظ الامر مع الاسناد فيها الى النص وهو منتف وجريان المعاطاة هنا بعيد
لاشتمال هذا العقد على الغرر وجهالة العوض بخلاف البيع والاجارة فينبغي الاقتصار فيه على موضع اليقين ونزل المص ذكر القبول الفعلي ولا بد منه
وهو كل لفظ دال على الرضا بذلك الايجاب قوله وهي لازمة كالاجارة اه لا خلاف عندنا في لزوم هذا العقد فلا يجوز لاحدهما فسخه الا بالتراضي على حكم
الاقالة لعموم الادلة التي دلت على لزوم غيره من العقود ونبه المص بقوله كالاجارة على خلاف بعض العامة حيث قال انه جائز كالمضاربة لاشتراكهما في كونهما
عقدا على جزء من نماء المال فقال المص انها لازمة كالاجارة لاشتراكهما في كون كل منهما عقد معاوضة ولعموم الامر بالوفاء بالعقود المقتضي للزوم الا ما
اخرجه الدليل قوله وهل يصح بعد ظهورها اه اذا ساقاه على الشجرة والثمرة معدومة يمكن وجودها فيها عادة صح اجماعا وان كان بعد ظهورها
ولم يبق للعمل فيها مستزاد لم يصح اجماعا وان احتاجت الى عمل كالجداد والحفظ والنقل ونحو ذلك لانها لا تكون مملوكة لربها ولم يحصل بالمساقاة
زيادة فينتفي الغرض الذي اقتضى شرعيته ولما اذا كانت قد ظهرت ولكن بقي لها عمل يحصل به زيادة في الثمرة كالسقي والحرث ورفع اغصان شجرة الكرم
على الخشب وتابير ثمرة النخل ففي جوازه قولان وجهان اجودهما الصحة لحصول النكتة المقتضية ولان العقد ابعد عن الغرر للوثوق بالثمرة فيكون اولى مما
لو كانت معدومة ووجه عدم الجواز ان الثمرة اذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمنزلة القراض بعد ظهور الربح ولان المقصود من المساقاة ظهور الثمرة
بعمله ومنها منع ظ ولو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة لكن لا يحصل به زيادة كحفظها من فساد الوحش ونحوه فمقتضى القاعدة عدم الجواز حيث
لا يصح المساقات على ذلك بصح الاجارة على بقية الاعمال بجزء من الثمرة والجعالة والصلح قوله ولا تبطل بموت المساقي اه الاشبه راجع الى الحكم بموت كل واحد
منهما فقد قال الشيخ في ط انه لو مات احدهما او ماتا انفسخت المساقاة عندنا كالاجارة والاقوى عدم البطلان لان ذلك مقتضى لزوم العقد نعم لو كان
قد شرط على العامل العمل بنفسه بطلت بموته ان كان قبل ظهور الثمرة ولو كان بعده ففيه نظر من سبق ملكه لها فلا يزول بموته ومن ان ملكه مشروط باكماله
العمل ولم يحصل واطلق جماعة من الاصحاب البطلان اذا اشترط عليه العمل بنفسه والانسب ان تكون مشتركة فلا يبطل ملكها بالموت ثم ان كان الميت المالك
استمر العامل على عمله وقاسم الوارث وان كان الميت العامل وكانت المساقات واردة على عينه ولم تظهر الثمرة بطلت وان ظهرت ففيه ما مر وان كانت
واردة على ذمته قام وارثه مقامه ولليس للمالك منعه منه ولا اجباره عليه لو امتنع من العمل لان الوارث لا يلزمه حق لزم المورث الا ما امكنه دفعه من ماله
والعمل ليس من مال المورث فلا يجب على الوارث كما لا يؤدي الحقوق من ماله نفسه ثم ان خلف العامل تركة تخير الوارث بين العمل وبين الاستيجار عليه من التركة
فان امتنع منهما استاجر الحاكم عليه من التركة فان لم يخلف ذلك تخير المالك بين الفسخ والانفاق من ماله بنية الرجوع كما سبق تحقيقه فيما لو هرب العامل
وانما يجب على المالك تمكين الوارث او اجيره اذا كان امينا عارفا باعمال المساقاة والا فله المنع ويبقى الامر كما لو لم يبذل ذلك قوله وهو كل اصل ثابت
له ثمرة اه احترز به عن نحو البطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر فان هذه ليست كذلك وان تعددت اللقطات وبقي القطن ازيد من سنة لان اصل هذه
لا تبقاء لها غالبا واستعمالها معلوم عادة فلا عبرة بالنادر منها قوله فيصح المساقاة على النخل اه لا يخفى ان النخل والكرم من جملة شجرة الفواكه فعطفه عليهما تعميم
بعد التخصيص وهو جائز لكن لو قدمه وجعلهما من امثلته كان اوقع قوله وفيما لا ثمر له اه منشاؤه من ان هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر وجهالة العوض
على خلاف الاصل فيقتصر بها على محل الوفاق وهو شجر الثمر ومن ان الورق المقصود كالثمرة في المعنى فيكون مقصود المساقات حاصلا به وفي بعض الاخبار ما يقتضي
دخوله والقول بالجواز لا يخلو من قوة ومثله ما يقصد زهره كالورد والمراد بالتوت المبحوث عنه الذكر وهو الذي لا يقصد ثمره اما الانثى المقصود منه الثمرة فجائز
اجماعا والتوت بالتائين المثناتين من فوق وفي لغة نادرة بالثاء المثلثة اخيرا وردها الجوهري قوله ولو ساقى على ودي اه الودي بكسر الدال المهملة بعد
الواو المفتوحة والياء المشددة اخره ابو زيد عنى فسيل النخل قبل ان يغرس وفي قاموس صغار الفسيل ولا خلاف في عدم جواز المساقاة على غير المغروس منه لا
بعض العامة قوله اما لو ساقاه على ودي مغروس اه انما صح في الاول وان لم يحمل الا بعد مدة لان مرجع المساقاة الى تجويز ظهور الثمرة وظنه بحسب العادة فاذا حصل المقتضي صح
وان تخلف كما لو ساقاه على الشجر الكبير واتفق عدم ثمرة في المدة وح فلا اجرة له على جميع العمل لقدومه على ذلك والمعتبر في صحة المساقاة ظن ثمرة ولو في اخر المدة
كما لو ساقاه عليه عشر سنين وكانت الثمرة لا يتوقع الا في العاشرة وح فيكون الثمرة في مقابلة جميع العمل ولا يقدح خلو باقي السنين فان المعتبر حصول الثمرة
ظنا في مجموع المدة لا في جميع اجزائها كما يظهر ذلك في غيره من الشجر وحيث تقع باطلة للعلم بالقصور عادة او احتمال الامرين فللعامل اجرة المثل مع جهله بالفساد
لا مع علمه على الاقوى واعلم انه قد استفيد من ذلك ان عدم الثمرة غير قادح في صحة المساقات اذا كان حصولها مظنونا عادة حين العقد وح فيجب عليه اتمام
العمل لو علم بالانقطاع قبله ومثله ما لو تلفت الثمار كلها او اكلها الجراد او غصبها غاصب فانه في جميع ذلك يجب على العامل اكمال العمل ولا اجرة له وان
تضرر كما يجب على عامل القراض انضاض المال وان ظهر الخسران بل هنا اقوى للزوم العقد ووجوب العمل واحتمل في كرة انفساخ العقد لو تلفت الثمار باسرها
واستشكل الحكم الاول فارقا بينه وبين عامل القراض بان المباشر للبيع والشراء في القراض العامل فكان عليه انضاض المال بخلاف عامل المساقاة وبندفع بان
~~المساقاة عقد لازم فلا يؤثر فيه تلف العوض بخلاف عامل المساقاة~~ وبندفع بان المساقاة عقد لازم فلا يؤثر فيه تلف العوض بخلاف القراض فاذا وجب
على عامل القراض مع جوازه وكون تغييره للمال باذن المالك فيجب هنا اولى ويمكن ان يقال ان تلف الثمرة هنا يكون كتلف العوض المعين قبل القبض

المفضي للبطلان في البيع ونحوه وفيه نظر قوله الثالث المدة اه المشهور بين الاصحاب اشتراط ضبط المدة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج وادراك الغلة وان كانت هي الغلة المعامل عليها وقوفا فيما خالف الاصل واحتمل الغرر والجهالة على موضع اليقين واكتفى ابن الجنيد بتقديرها بالثمرة المساقى عليها نظرا الى انه بالنسبة الى الثمرة عادة كالمعلوم ولان المقصود منها هو العمل الى اكمالها ولان العقد مبنى على الغرر والجهالة فلا يقدح جانبه والاجود الاول وان كان كلامه لا يخلو من وجه واعلم ان الاتفاق على اشتراط تقديرها في الجملة كما قررناه اما تركها راسا فيبطل العقد قولا واحدا ولان عقد المساقاة لازم كما تقدم و لا معنى لوجوب الوفاء به دائما ولا الى مدة غير معلومة ولا سنة واحدة لاستحالة الترجيح من غير مرجح نعم من قال من العامة انها عقد جائز لا يعتبر عنده تعيين المدة لانتفاء المحذور الذي ذكرناه ولا حد للمدة في جانب القلة الا بما يغلب فيه حصول الثمرة وان كان شهرا كما اذا ساقاه في اخر العمل بحيث بقي ما فيه للثمرة مستزاد فيه ولا في جانب الكثرة عندنا خلافا للشافعي حيث شرط ان لا يزيد على الثلثين سنة وهو تحكم قوله واطلاق المساقاة يقتضي اه الضابط انه يجب على العامل مع الاطلاق كل عمل يتكرر كل سنة مما فيه صلاح الثمرة او زيادتها ومنه اصلاح الارض بالحرث والحفر حيث يحتاج اليه وما يتوقف عليه من الالات والعوامل والاجاجين جمع اجانة بالكسر والتشديد والمراد بها هنا الحفر التي يقف فيها الماء في اصول الشجرة التي يحتاج الى السقي قوله وتهذيب الجريد اه المراد بتهذيبه قطع ما يحتاج الى قطعه منه كالجزء اليابس ومثله زيادة الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه من اغصان الشجر المضر بقائها بالثمرة او الاصل سواء كان بايسا ام اخضر وتعريش الكرم حيث يجري عادته به ونحو ذلك قوله والسقي اه وكذا المقدمات المتكررة كالدلو والرشا واصلاح طرق الماء وتنقيتها من الحماة ونحوها واستقاء الماء وادارة الدولاب وفتح راس الساقية وسدها عند الفراغ على ما يقتضيه الحاجة قوله وتعديل الثمرة اه وهو اصلاحها بازالة ما يضر بها من الاغصان والورق ليصل اليها الهواء وما يحتاج اليه من الشمس ليتيسر قطعها عند الادراك ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضرة بها ورفعها عن الارض حيث يضر بها ونحو ذلك قوله واللقاط بفتح اللام وكسرها وهو التقاط الثمرة بحسب العادة بحسب نوعها ووقتها فما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له وما يعمل دبسا فكذلك وما يؤخذ بسرا اذا انتهى الى حالة الاخذ وما يؤخذ بايسا اخذ وقت يبسه قوله واصلاح موضع التشميس اه هذا فيما يفتقر الى التشميس وكما يجب اصلاح موضع التشميس يجب بحسب مجرى موضع يصلح له عادة ونقلها اليه ووضعها فيه على الوجه المعتبر وتقليبها في الشمس حيث يحتاج اليه فلو وضعها في غيره فحصل بسببه نقص ضمن قوله وحفظها اه اي حفظ الثمرة على اصولها او في بيدرها وفي طريق ايصالها الى مالكها ان لم يكن المالك قد تولى ذلك وهل نقلها الى منزل المالك او بيده او من يقوم مقامه على العامل بجملة لانه تمام العمل ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وعدمه لانه ليس من اعمال الثمرة وانما هو قبضها فلا يجب عليه كالشريك والضابط انه يجب عليه العمل الى وقت القسمة فلو اخل بشيء مما يجب عليه بالشرط تخير المالك بين فسخ العقد والزامه باجرة مثل العمل فان فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له وان كان بعده فله الا سواء كان قبل ظهور الثمرة ام بعده قضية للشرط اما ما يجب عليه مع الاطلاق فالظاهر انه كذلك قبل ظهور الثمرة اما بعده ففيه نظر وليس ببعيد الجواز ولو حصل على الاصل نقص بسبب التقصير لزمه الارش والظاهر ان الثمرة كذلك قوله وعلى صاحب الاصل بناء الجدار اه ضابط ما يجب عليه ما لا يتكرر كل سنة عادة وان عرض له في بعض الاحوال ان يتكرر وهذه الامور التي ذكرها منها ولا فرق في بناء الحائط بين جميعه وبعضه وفي حكمه وضع الشوك ونحوه على راسه فالمرئي كذلك ويشكل لو كان مما يتكرر كل سنة عادة طردا للضابطين قوله وعمل ما يستقى به من دولاب او دالية اه الضابط انه يجب عليه من الالات التي ما لا يتكرر غالبا في كل سنة كالدولاب والدالية ونحو ذلك وفي الحاق ثور الدولاب به او بقر الحرث وجهان اما ما يتكرر غالبا كالدلو والرشا فهو على العامل خلافا لابن ادريس حيث اوجب الجميع على العامل قوله وانشاء النهر ومثله الابار الجديدة التي انهارت دون اصلاحها وتنقيتها من الحماة ونحوها كما مر قوله والكش للتلقيح اه القول بوجوب الكش على المالك للاكثر لانه ليس من العمل وانما هو من الاعيان التي تصرف الى مصلحة الثمرة ولاصالة البراءة من وجوبه على العامل والقول بوجوبه عليه لابن ادريس لانه مما يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبان عليه والاولى الرجوع فيه الى العادة ومع عدم اطرادها في شيء فالاولى التعيين ومثله الحبل الذي يعمل للكرم والزبيب لعمل الزبيب وتسميد الارض حيث يحتاج اليه وفي كون شراء الزبل واجرة نقله على رب المال لانه ليس من العمل فجرى مجرى ما يلقح به وتفريقه ذلك على الارض على العامل كالتلقيح وهذا التفصيل مبني على وجوب الكش على المالك كما اشعر به تعليله والا فهو محل الاشكال كالاصل الذي الحقه به قوله ولو شرط شيئا من ذلك اه جميع ما ذكرناه انما يجب على العامل والمالك عند اطلاق العقد ولو شرطاه على من هو عليه كان تاكيدا ولا يقدح في العقد ولو شرطاه على احدهما فان شرط ما على المالك على العامل صح بعد ان يكون معلوما بينهما على وجه لا يحتمل الغرر وكذا لو شرط بعضه بطريق اولى ولو شرط ما يجب على العامل على المالك فان كان جميعه بطل لما ذكره المص من ان الحصة انما يستحقها العامل بالعمل فاذا رفعه عنه لم يستحق شيئا وان بقي منه شيئا فيه مستزاد الثمرة صح وجعلت الحصة مقابلة للاصل وعموم المؤمنون عند شروطهم ولا فرق بين ان يبقى عليه الاقل والاكثر عندنا ولو ابقى العامل ما لا يحصل به مستزاد الثمرة كالحفظ لم يصح ايضا لمنافاته وضع المساقات كما لو ساقاه وقد بقي من العمل ذلك نعم لو جعلا ذلك بلفظ الاجارة مع ضبط المدة صح قوله ولو شرط ان يعمل غلام المالك معه جاز اه اشار بالتعليل الجواب بعض العامة المانع من ذلك محتجا بان يد كيد مالكه وعمله كعمله فكما لا يصح اشتراط عمل المالك فكذا غلامه المملوك ولانه مخالف لوضع المساقاة وهو ان يكون من المالك المال ومن العامل العمل وحاصل الجواب ان عمل غلام المالك مال له فهو ضم مال الى مال كما يجوز في القراض ان يدفع الى العامل بهيمة يحمل عليها والفرق بين الغلام وسيده ظ فان عمل العبد يجوز ان يكون تابعا لعمل العامل ولا يجوز ان يكون عمل المالك تابعا لعمله لانه هو الاصل ويجوز في التابع ما لا يجوز في المنفرد مع انا نمنع حكم الاصل فانا قد جوزنا ان يشترط على المالك اكثر العمل قوله اما لو شرط ان يعمل الغلام لخاص العامل لم يجز اه المراد بالشرط هنا ان يعمل الغلام في الملك المختص بالعامل والعمل المختص به اي الخارج عن المال المشترك بينه وبين سيده المساقي عليه ووجه الجواز انه شرط سائغ يجوز اشتراطه ولانه اذا جاز

ان يعمل في المشترك بينه وبين مولاه جاز في المختص ووجه المنع الموجب لتردده اولا انه شرط عملا في مقابلة عمله فصار في قوة اشتراط جميع العمل على المالك وفيه منع ظ والمرد فان المانع من ذلك الشافعي لكن المص والعلامة ذكرا المسئلة على وجه يشعر بالخلاف عندنا وقد تكرر هذا منهما في مواضع كثيرة قوله وكذا لو شرط عليه اجرة الاجراء اه شرط العامل على المالك اجرة الاجراء يجري على وجهين احدهما ان يشترط عليه اجرة ما يحتاج اليه العامل من الاجراء مما لا يقدر على مباشرته او لا ينفرد بها ونحو ذلك بحيث يكون منه عمل في الجملة فيه مستزاد الثمرة وجواز هذا القسم واضح بعد ما ثبت من جواز اشتراط بعض العمل على المالك لكن يشترط هنا ضبط ما يشترطه من ذلك حذرا من الغرر وكذا لو شرط ذلك عليهما بطريق اولى وهذا القسم هو المتبادر من العبارة الثانية فمنع من اشتراط اجرة الاجراء الذين يستعان بهم لان موضوع المساقاة ان يكون من رب المال المال ومن العامل العمل وبالشرط المذكور يكون من رب المال المال والعمل معا وكذا منع من اشتراط شيء مما على العامل على المالك مط والاقوى الجواز فيهما والثاني ان يشترط العامل على المالك ان يستاجر باجرة على جميع العمل ولا يبقى له الا الاستعمال والثمرة وفي صحة هذا الشرط وجهان احدهما الجواز لان ذلك عمل تدعو الحاجة اليه فان المالك قد لا يهتدي الى الدهقنة واستعمال الاجراء ولا يجد من يباشر الاعمال او يأتمنه فتدعو الحاجة الى ان يساقي من يعرف ذلك ليتوب عنه في الاستعمال وثانيهما المنع للشك في ان مثل ذلك يسمى عاملا في المساقاة الذي هو شرط في صحتها فان المتبادر من اعمالها خلاف ذلك والعقود انما تكون بتوقيف الشارع خصوصا في مثل هذا العقد الذي هو على خلاف الاصل اذا تقرر ذلك فقول المص وكذا لو شرط اه يمكن كونه معطوفا على الحكم بالجواز فيكون اشارة الى القسم الاول مع امكان ان يريد الثاني ايضا ويمكن عطفه على التردد فيكون اشارة الى القسم الثاني مع امكان ان يريد به الاول وانما قلنا ذلك لان الاول موضع وجهان مع احتمال المنع والثاني موضع تردد مع احتمال الجواز قوله وكذا لو شرط احدهما الانفراد بالثمرة لم يصح المساقاة اه لمخالفته لمقتضاها لانها تقتضي شرعا التشريك بينهما في الثمرة فاذا شرطت لاحدهما بطلت لكن يختلف الحكم فان شرطها ان كان للعامل فسدت والثمرة باجمعها للمالك وعليه للعامل اجرة المثل لدخوله على العمل بالعوض فاذا لم يسلم له المشروط يرجع الى اجرة عمله اما اذا شرطت للمالك فقد دخل العامل على التبرع بالعمل والاقوى انه لا اجرة له لان المتبرع لا اجرة له ولا حصة كما تقدم مثله في القراض ووجه احتمال استحقاق الاجرة ان المساقاة تقتضي العوض في الجملة فلا يسقط بالرضا بدونه وهو ضعيف قوله وكذا لو شرط لنفسه شيئا اه الوجه في جميع ذلك مخالفته لموضوع المساقاة فانها مبنية على الاشتراك في الثمرة على سبيل الشياع كما دل عليه النص وفعل النبي ص ولانه ربما لا يحصل الا ذلك القدر المعين فلا يكون للاخر شيء قوله ويجوز ان يفرد كل نوع بحصة اه اذا كان العامل عالما بمقدار كل نوع لان الغرض ثبوت حصة معلومة كيف كان فلو لم يعلم بمقدار احد الانواع لم يصح لجهالة الحصة فان المشروط فيه اقل الجزئين قد يكون اكثر الجنسين فيحصل الغرر قوله ولو شرط مع الحصة من النماء اه قد ظهر وجه القسام ما ذكر وان الحصة من الاصول تدخل في ملكه فلا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعا في ملك المالك ولا واجبا بالعقد اذ لا يعقل ان يشترط عليه العمل في ملك نفسه وفي عموم الامر بالوفاء بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وان ذلك يجري مجرى اشتراط شيء غيره من ذهب او فضة وهو جايز وان كره والقول بالمنع اوجه قوله ولو ساقاه بالنصف ان سقي بالناضح اه وجه البطلان واضح لان العمل مجهول والنصيب مجهول فهو مثل بعتك بدينار مؤجل وبنصفه حالا ويحتمل صحة ذلك لتعيين الحصة على التقديرين كما يصح الاجارة فاذا قال ان خطته روميا فلك كذا وان خطته فارسيا فلك كذا ومن ذلك يظهر منشأ التردد والاقوى البطلان ومسئلة الاجارة ان ثبت فهي خارجة بدليل خارج قوله ويكره ان يشترط رب الارض اه اما صحة شرط ذلك فلعموم المؤمنون عند شروطهم وهو مع ذلك غير مناف لمقتضى العقد لان الثمرة مشاعة بينهما وهذا شرط زائد واما كراهيته فهو المشهور بين الاصحاب لا نعلم بينهم خلافا في ذلك والعامة اطبقوا على منعه وابطلوا به المساقات واما اذا تلفت الثمرة اجمع ومثله ما اذا لم يخرج فوجه سقوط المشروط انه لولاه لكان اكلا للمال بالباطل فان العامل قد عمل ولم يحصل له عوض فلا اقل من خروجه راسا براس نعم لو كان الشرط للعامل على رب الارض اتجه عدم سقوطه لان الغرض من قبل العامل وهو العمل قد حصل والشرط قد وجب بالعقد فلا وجه لسقوطه وربما قيل بمساواته للاول وهو ضعيف لو كان التالف في الصورة الاولى البعض خاصة فالاقوى عدم سقوط شيء من المشروط لاصالة العدم ولان المعتبر حصول العمل ولا اعتبار بكثرته وقلته ومن ثم لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة او اكثرها ويحتمل ان يسقط منه بالنسبة نظرا الى مقابلة الاجزاء بالاجزاء حيث قوبلت الجملة بالجملة وضعفه ظ قوله كل موضع تفسد فيه المساقاة اه اما كون الثمرة لصاحب الاصل فظ لانها نماء ملكه ولم يحصل ما يوجب نقلها عنه واما وجوب اجرة المثل للعامل فلانه لم يتبرع بعمله ولم يحصل له العوض المشروط فيرجع الى الاجرة ويجب تقييده بما اذا كان جاهلا بالفساد ولم يكن الفساد باشتراط جميع الثمرة للمالك اذ لو كان عالما به لكان متبرعا بالعمل لانه بذل عمله في مقابلة ما يعلم انه لا يحصل واما مع شرط جميع الثمرة للمالك فلدخوله على ان لا شيء له وان كان جاهلا وقد تقدم مثله لا يقال ان ايقاع العقد يقتضي امر المالك له بالعمل فيلزمه الاجرة مط لانه عمل له اجرة عادة والعامل ناصب نفسه للاجرة فيثبت كما يجب الا انا نقول امر المالك له بالعمل ليس مطلقا بل بالجزء من الاجرة كما هو المفروض في القاعدة وانما امره بعوض مخصوص وهو الجزء من الثمرة مع علم العامل بعدم حصول ذلك بسبب الفساد فيكون كالوامره بالعمل بغير اجرة فانه لا يستحقها ومثله ما لوامره بالعمل مع كون الثمرة باسرها له لان لازم هذا الاذن وحاصله انه تبرع العامل نعم يبقى في المسئلة بحث اخر وهو انه مع جهله بالفساد وكونه ليس من جهة ما يقتضي عدم العوض ينبغي على ما قررناه ان يثبت للعامل اقل الامرين من الحصة المشترطة واجرة المثل لان الاقل ان كان هو الاجرة فظاهر لان فساد العقد اسقط الحصة فيرجع الى الاجرة وان كان الاقل هو الحصة فالعامل قدم على ان لا يكون له سواها في مقابلة عمله حتى لو كانت في مقابلة عشر العمل لكان متبرعا بالزائد فيكون متبرعا بالزائد على هذا التقدير كما تبرع به على تقدير اشتراط جميع الثمرة للمالك وعلى تقدير علمه بالفساد ويمكن ان يجاب بالفرق بين الموضعين فانه على هذا التقدير لم يقدم على التبرع بعمله اصلا بل كما يحتمل ان يكون الحصة قليلة

٣٠٠ عن هذا بلزوم العمل بحمل مساواتهما له وذا بدنها عليه اضعافا مضاعفة فهو قادم على عمل بعوض محتمل للزيادة والنقصان فليس ضررا بدرط وانا مثل تصور في بعض الاموال بخلاف ما لم ومع شرط جميع الحصة للمالك فانه قادم في ابتداء الامر على التبرع المحض على كل تقدير وهذا الفرق لا بأس به وان كان ما اقتضاه الرد متوجها ايضا واكثر الاصحاب اطلقوا وجوب اجرة المثل مع الفساد وفيه تردد قوله اذا استأجره للعمل اه اذا استأجر على العمل بجزء من الثمرة فان كان قبل ظهورها لم يجز قولا واحدا لان عوض الاجارة يشترط فيه الوجود والمعلومية كعوض البيع وهما منتفيان هنا بخلاف عوض المساقاة فانها جوزت كذلك وخرجت عن الاصل بالنص والاجماع ولمساس الحاجة وان كانت موجودة قبل بدو صلاحها بني على جواز نقلها بالبيع مط او بشرط القطع وقد تقدم ان الاقوى الجواز مط فيصح هنا كذلك واشتراط المص هنا شرط القطع مبني على مذهبه في البيع وكان عليه ان يضم الضميمة اليه ايضا فانه يكتفي بها في البيع عن شرط القطع فليكن هنا كذلك ولعله اكتفى بالاشارة الى ذلك بما في الحكم اجمالا ويتفرع على ذلك ما لو كان الاستيجار ببعضها فانه يندرج عدم الجواز لانها تصير مشتركة والشركة تمنع من شرط القطع ويتعذر التسليم لتوقفه على اذن الشريك وقد لا يحصل والاصح الجواز لامكان القطع والتسليم بالاذن كما في كل مشترك ولو فرض امتناع الشريك يمكن باذن الحاكم ولو كان الاستيجار بجميع الثمرة فلا اشكال لانتفاء المانع ومع الاكتفاء بالضميمة عن اشتراط القطع ينتفي ذلك كله وحيث لم يعتبر احدهما فلا اشكال في الموضعين قوله اذا قال ساقيتك اه القول بالبطلان للشيخ ره في ط محتجا عليه بانه بمنزلة بيعتين في بيعة فانه ما رضي ان يعطيه من هذه الحصة الا بان يرضى منه من الاخر بالحصة الاخرى وهكذا في البيع اذا قال بعتك عبدي هذا بالف على ان تبيعني عبدك انما هو وعد لا يلزم الوفاء به والحال انه قد نقص الثمن لاجله فاذا بطل ذلك رد الى الثمن ما نقص منه وهو مجهول فيتجهل الثمن قال وبهذا فارق ما اذا قال ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا والثلث من هذا لانها صفقة واحدة كما لو قال بعتك كذا وبعتك كذا الاول بمائة والثاني بمائتين وابن الجنيد عكس الحكم فقال لا اختار ابتاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة بعضها اشق علاجا من بعض الا ان يعقد ذلك ويشترط في العقد على الاخرى والاقوى صحة الجميع ومنع الجهالة التي ادعاها الشيخ ره لعموم الامر بالوفاء بالعقود وما يتضمنه من الشرط كالجزء منه ووجوب الوفاء بالشرط ولو فرض عدم الوفاء لا يقتضي ذلك رد الناقص من الثمن كما ادعاه بل تسلط المشروط له على الفسخ كما في الاخلال بغيره من الشروط واما ابن الجنيد فلم يذكر على مدعاه دليلا ومقتضى الاصل جواز الامرين معا قوله لو كانت الاصول لاثنين فقال لا لواحد اه اذا تعدد المالك واتحد العامل والعقد صحت المساقاة مع تساويهما في الحصة الجزئية كالنصف والثلث سواء علم حصة كل واحد منهما ام لا لان حصته معلومة من المجموع والمجموع معلوم ولا ضرورة الى العلم بقدر حصة كل منهما وان اختلفا فلا بد من معرفة العامل بمقدار حصة كل واحد منهما في الملك لئلا يتجهل حصته من النماء لانه بمنزلة عقدين ولا فرق على تقدير العلم بحق كل واحد بين الاثنين والزائد عليهما فلو كان بستان لواحد بين ثلثة بالسوية فساقوا عليه واحدا يعلم بقدر النصيب على ان له من نصيب واحد النصف ومن نصيب الثاني الربع ومن الثالث الثمن صح وتصح مسئلتهم من اربعة وعشرين لمخرج السهام في هذه الشركاء لكل واحد منهم ثمانية فللعامل من حصة الاول اربعة ومن الثاني اثنان ومن الثالث واحد والباقي لهم على التفاوت المقرر ولو كان البستان لستة ملاك بالسوية فساقوا عليه واحدا على ان له من نصيب واحد النصف ومن نصيب الثاني الربع ومن الثالث الثمن ومن الرابع الثلثين ومن الخامس الثلث ومن السادس السدس صح وتصح مسئلتهم من مائة واربعة واربعين لكل واحد منهم اربعة وعشرون فياخذ العامل ممن شرط له النصف اثني عشر ومن الثاني ستة ومن الثالث ثلثة ومن الرابع ستة عشر ومن الخامس ثمانية ومن السادس اربعة فيجتمع له تسعة واربعون وللملاك خمسة وسبعون يتفاوتون فيها على ما تقرر وطريق بلوغها ذلك ان مخارج الثلثة الاولى متداخلة يكتفى فيها بمخرج الثمن ومخارج الثلثة الاخيرة متداخلة يكتفى فيها بمخرج السدس فيبقى ستة وثمانية بينهما موافقة بالنصف تضرب نصف احدهما في الاخر ثم تضرب المرتفع وهو اربعة وعشرون في عدد الشركاء وقس على هذا ما شئت من فروض المسئلة ذكرنا هذا منبها على هذا القدر للتدريب قوله اذا هرب العامل لم تبطل المساقاة اه لما كانت المساقاة من العقود اللازمة لم تنفسخ بمجرد هرب العامل ولا يتسلط المالك على فسخها به كما لا يملك فسخها بامتناعه من العمل بغير هرب ثم ان تبرع المالك او غيره عليه بالعمل او بمؤنته بقي استحقاقه بحاله والا رفع المالك امره الى الحاكم ان وجده ويثبت عنده المساقاة فيبعث الحاكم في طلبه فان وجده اجبره على العمل وان لم يجده ووجد له مالا استأجر منه من يتم العمل لانه مستحق عليه فان لم يجد له مالا انفق من بيت المال ولو فرضنا انه كان فيه سعة فان لم ينفق اقترض عليه الحاكم او استأجره باجرة مؤجلة الى وقت ادراك الثمرة ولو تعذر جميع ذلك اما بعدم من يعمل ذلك للحاكم او لعدم امكان اثبات العقد عنده او لعدم بسط يده او لفقده تخير المالك بين فسخ المساقاة دفعا للضرر وابقائها فان فسخ صارت الثمرة له وعليه اجرة مثل عمله قبل الهرب لانه عمل محترم صدر باذن المالك في مقابلة عوض وقد فات بالفسخ فيجب قيمته وهو الاجرة لكن انما يفسخ اذا كان ذلك قبل ظهور الثمرة او بعده اذا لم يمكن بيعها او بعضها للانفاق على العمل ولم يف به والا باعها او بعضها ان امكن الاجتزاء به وانفق فلا فسخ لزوال الضرر ولو لم يوجد راغب في البعض مع الاكتفاء به في العمل باع الجميع وحفظ الباقي للعامل وان لم يفسخ والحال انه قد تعذر اذن الحاكم والمتبرع انفق هو بنية الرجوع رجع على الاقوى قوله ولو لم يفسخ وتعذر الوصول الى الحاكم اه الاولى ان يراد بتعذر الوصول الى الحاكم تعذر الوصول الى اذنه كما قلناه سابقا سواء كان موجودا ولم يمكن استيذانه لعدم امكان اثبات الحق عنده ام لغير ذلك وفي حكم تعذره بعده عنه بحيث يتوقف الوصول اليه على مشقة كثيرة وح فهل له ان يشهد ويرجع تردد مما في ذلك من لزوم الضرر بدونه وهو منفي بالاية والخبر ومن اصالة عدم التسلط على مال الغير وثبوت شيء في ذمته بغير اذنه ومن يقوم مقامه والاقوى الرجوع مع بينة ومقتضى قوله ولو لم يشهد لم يرجع انه على تقدير القول بجواز الرجوع مع الاشهاد لو لم يشهد لم يرجع سواء امكنه الاشهاد او لم يمكن لانه شرط في جواز الرجوع كاذن الحاكم فينتفي بدونه وهذا احد الاقوال في المسئلة والثاني انه يرجع مع تعذر الاشهاد لا مع امكانه كما في اذن الحاكم دفعا للحرج والضرر والثالث انه يرجع مع نيته مط وهو الاقوى اذ لا مدخل لشهادة الشاهدين في التسلط على مال الغير واثبات شيء في ذمته ولا ولاية لهما على

الثانية اذا استأجر اجيرا للعمل بحصة منها فان كان بعد بدو صلاحها جاز وان كان بعد ظهورها وقبل بدو الصلاح بشرط القطع صح وان استأجره بالثمرة اجمع ولو استأجره ببعضها قيل لا يصح لتعذر التسليم والاقوى الجواز الثالثة اذا قال ساقيتك على هذا البستان بكذا على ان اساقيك على الاخر بكذا قيل يبطل والجواز اشبه الرابعة لو كانت الاصول لاثنين فقال لا لواحد ان لك من حصة فلان النصف ومن حصة الاخر الثلث صح بشرط ان يكون عالما بقدر نصيب كل واحد منهما ولو كان جاهلا بطلت المساقاة لتجهل الحصة الخامسة اذا هرب العامل لم تبطل المساقاة وان بذل العمل عنه باذل او دفع اليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه فلا خيار وان تعذر ذلك كان له الفسخ لتعذر العمل ولو لم يفسخ وتعذر الوصول الى الحاكم كان له ان يشهد انه يستأجر عنه ويرجع عليه ولو لم يشهد لم يرجع به متن

العامل

٣٠١ العامل وانما فائدتهما التمكن من اثبات الحق وهو امر اخر والمقتضي لعدم الرجوع هو نية التبرع او عدم نية الرجوع ولاصالة عدم الاشتراط على هذا التقدير حقه في ذمته فيما بينه وبين الله نعم ويحتمل قبول قوله مع يمينه لان الاصل ان الانسان لا يتبرع بعمل يحصل فيه غرامة عن الغير قوله اذا ادعى ان العامل خان فالقول قوله مع يمينه اي القول قول العامل في ذلك كله لانه امين ونائب عن المالك في حفظ حصته كعامل القراض والاصل عدم ذلك كله قال في كره وانما تسمع دعوى المالك في ذلك كله اذا حرر الدعوى بان قدر ما خان فح يقبل قول العامل ان لم يكن بينة وهذا بناء منه على ان الدعوى المجهولة لا تسمع مع ان مذهبه في باب القضاء سماع الدعوى المجهولة فلو قلنا بسماعها كما هو الاجود كفى في توجه الدعوى مجرد دعوى احد هذه الامور من غير احتياج الى بيان القدر وهذه قاعدة بابها القضاء فلا وجه لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى قوله وبتقدير ثبوت الخيانة اه الوجه وجيه لان الناس مسلطون على اموالهم فلا وجه لرفع يد المالك عن ماله لاجل ما للمالك الاخر ووجه الرفع ان اثبات يده على حصته يستدعي اثباتها على حصة المالك وذلك غير جائز فيما يتوقف عليه الواجب واخر هو رفع يده عن حصة المالك وضعفه ظ وفيه ترجيح لاحد الحقين بلا مرجح وكذا استيجار من يكون معه من الاصل فان ذلك حقه فلا يقع بدون اذنه غايته ان المالك اذا لم يرض باستيمانه ضم اليه من شاء يكون امينا على حصته نعم لو لم يمكن حفظه مع الحافظ توجه رفع يده عن الثمرة اجمع واخراج اجرة العامل ظاهر البين لان العمل واجب عليه وقد تعذر عمله بنفسه فيكون كما لو هرب ويحتمل مساواتهما للاول لمنع تعذر العمل من جهته بمجرد خيانته قوله ولو ضم المالك امينا اه لانه نائبه والقائم مقامه في حفظ ماله وعمله المصلحة والعامل انما يجب عليه العمل وهو باذل له وخيانته لا ترفع ذلك وخالف فيه بعض العامة فجعلها على العامل لان مؤنة الحفظ عليه وهو ضعيف لانه باذل للحفظ قوله اذا ساقاه على اصول فبانت اه اما كون الثمرة للمستحق فظ لانها نماء ملكه ولم ينتقل عنه بوجه وينبغي تقييد ذلك بما اذا لم يجز المساقاة لان المساقي الغاصب لا يقصر عن كونه فضوليا ولا يبعد ان تمثل ذلك لا يتصور فيه اجازة المساقاة مع وقوع العمل له بغير عوض فكيف يرضى بدفع العوض وهو الحصة مع ثبوتها له مجانا لان هذا الاستبعاد انما يتم لو كان الظهور بعد تمام العمل والمسئلة اعم من ذلك فيما هو اعم منه فيمكن ان يبقى من العمل ما يؤثر المستحق معه دفع الحصة في مقابلة الباقي لان الاغراض لا تنضبط واما ثبوت اجرة العامل على المساقي فلانه استدعى منه عملا في مقابلة عوض ولم يسلم له فلم يدخل متبرعا وفي قول المص فبانت مستحقة اشارة الى ان العامل جاهل بالاستحقاق فلو كان عالما لم يرجع على المالك بشيء كما اسلفناه والفرق بين ظهور استحقاق الثمرة وبين هلاكها او سرقتها حيث يثبت الاجرة للعامل في الاول دون الثاني ان الاستحقاق يوجب فساد العقد حيث لم يجزه المالك وفساد العقد يوجب الرجوع الى الاجرة على ما فصل بخلاف هلاك الثمرة وسرقتها وما شاكلها فان العقد معه صحيح فلا يستحق العامل سوى الحصة وان فاتت لان ذلك مقتضى عقد المساقاة على تقدير صحته قوله ولو اقتسما الثمرة الى قوله بتقدير ان يكون العامل عالما اذا ظهر استحقاق الاصول بعد ظهور الثمرة فلا يخ اما ان تكون باقية او تالفة وتلفها اما ان يكون في يد العامل والمساقي على وجه يتضمن لو كان مالكا وعاملا او لا معه بعد القسمة او قبلها مع علم كل منهما بكونها مستحقة للغير او لا معه ومع ادعاء المالك الملك وتسليم العامل له ذلك قطعا او عملا بالظ او لا معه فهذه خلاصة اقسام المسئلة التي يختلف الحكم باختلافها واما حكمها فنقول ان كانت الثمرة باقية وجب ردها على مالكها الذي قد ثبت ظاهرا الانتزاع من ماله ومع تلفها فان كان بعد القسمة وتلف كل حصة في يد المستولي عليها تخير المالك في الرجوع على كل منهما بالجميع او البعض لان كلا منهما ضامن لجميع الثمرة بوضع يده عليها فان رجع على الغاصب بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بنصف الثمرة التي استهلكت لانه لم يملكها العامل لفساد العقد ظاهرا وقد اخذه المالك عوضها من الغاصب فكانت حصة له رجوعا عن ملك المالك باخذ عوضها من الغاصب فلا يجمع بين العوض والمعوض وللعامل على الغاصب الاجرة هذا اذا لم يصرح الغاصب بكونه مالكا والا لم يكن له الرجوع على العامل بشيء لاستلزام دعواه انه لا حق له على العامل لانه اخذ حصته بالاستحقاق والمدعي ظالم باخذ العوض منه فلا يرجع على غير ظالمه وكذلك ثبوت اجرة المثل للعامل مقيد بما اذا لم يصرح بملكية المساقي فانه يستلزم دعوى كون المدعي مبطلا والبينة غير صادقة وانه لا حق له الا الحصة نعم لو كان اعترافه مبنيا على ظاهر اليد قبل رجوعه وان رجع على العامل بالجميع بناء على انه قد اثبت يده على جميع الثمرة فاستحق المالك الرجوع عليه رجع العامل على الغاصب بنصف الثمرة التي تلفها وباجرة مثله مع جهله ومع علمه لا يرجع باجرة بل بحصة الغاصب خاصة لقرار الضمان على من تلفت في يده وان رجع على كل منهما بما صار اليه جاز لان قرار ضمانه على من تلف في يده فله الرجوع به من اول الامر وح فيرجع العامل على الغاصب باجرة مثله لا غير مع جهله ولو كان الجميع قد تلف في يد العامل فضمان حصته عليه واما حصة الغاصب فان يده عليها يد امانة بزعم المالك لانه امينه فاذا ظهر كونه ضامنا رجع على الغاصب لغروره ولو تلف الجميع في يد الغاصب نظر هل كانت يده عليه يد امانة او يد ضمان فرتب على كل منهما مقتضاه اذا تقرر ذلك فقد اختار المص ان المالك ليس له الرجوع على العامل بالجميع بعد حكاية القول بجوازه ووجه ما اختاره ان العامل لا يثبت يده على الثمرة بالعمل وانما هو مراع لها وحافظ ونائب عن المساقي فلا يضمن الا ما يحصل في يده حتى لو تلفت الثمرة باسرها بغير فعله قبل القسمة او غصبت لم يضمن لان يده لم تثبت عليه بل يد العاقد مستندا اليه حكما والاقوى ما اخترناه من جواز الرجوع عليه بالجميع لان يده على جميع الثمرة وان كانت بالنيابة واستنادا الى يد المساقي لا ترفع يده قوله ليس للعامل ان يساقي غيره اه الاصل في هذه المعاملة ان تقع على الاصول المملوكة للمساقي والعامل لا يملك منها سوى الحصة من الثمرة بعد ظهورها كما قد علم من تعريفها وبقية احكامها ومن ثم لم يجز للعامل ان يساقي غيره بخلاف المزارعة فان مبناها في الاصل على المعاملة على الارض بحصة من حاصلها وباقي اللوازم الاصل فيها ان يكون على العامل اذ لا يقتضي تعريف المعاملة على الارض ازيد من ذلك ولما كان المقصود بالذات في المعاملتين هو الحاصل والارض مقصودة بالعرض كان لعامل المزارعة ان يزارع غيره لان البذر الذي يتفرع منه الحاصل منه فكان البذر في ذلك كالاصول في المساقاة فيعامل عليه من يملكه بخلاف المساقاة فان عمل الاصول مقصود بالذات لمالكها ايضا كالثمرة فلا يجوز ان يعامل عليها بغير اذنه لاختلاف الناس في العمل وتفاوت الاغراض فيه ويعلم من هذا ان البذر لو كان من صاحب الارض لم يجز للعامل مزارعة غيره وقد تقدم منا الاشارة اليه ورد الاشكال في الحكم فيما لو ظهرت الثمرة وبقي فيها عمل يحصل به زيادة فيها فان المساقاة

السادسة اذا ادعى ان العامل خان او سرق او اتلف او فرط فتلف وانكر فالقول قوله مع يمينه وبتقدير ثبوت الخيانة هل يرفع يده او يستأجر من يكون معه من اصل الثمرة الوجه ان يده لا ترفع عن حصته من الربح وللمالك رفع يده عما عداه ولو ضم المالك اليه امينا كانت اجرته على المالك خاصة السابعة اذا ساقاه على اصول فبانت مستحقة بطلت المساقاة والثمرة للمستحق وللعامل الاجرة على المساقي ولو اقتسما الثمرة وتلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع ويرجع الغاصب على العامل بما حصل له وللعامل على الغاصب اجرة عمله ويرجع على كل واحد منهما بما حصل له وقيل له الرجوع على العامل بالجميع ان شاء لان يده عادية والاول اشبه الا بتقدير ان يكون العامل عالما به الثامنة ليس للعامل ان يساقي غيره لان المساقاة انما تصح على اصل مملوك للساقي متن

حجابة

ح جائزة والعامل يصير شريكا فيها فتسلطه عليها بالعقد كتسلط الزارع على الارض وكلاهما مقصود بالعرض والمقصود بالذات هو الثمرة وهي مملوكة للعامل لانه اذا ساقاه لا يحصل الحصة الا ما يملكه اذ ليس له تصرف في مال المالك وعمله مستحق عليه فان قيل ان المعاملة لا يكون الا على الاصول كان قد علم وهي ليست ملكه له فلا يبقى ملك النماء قلنا وكذلك المعاملة في المزارعة انما هي على الارض وهي ليست مملوكة له وتسلطه على البذر كتسلطه على الثمرة هنا اذ لا يبقى بها الا ما هو لكه وربما قيل بان ملك الارض ليس بشرط في صحة المزارعة بل يكفي فيها اشتراكهما في باقي الثلثة التي يحصل بها الزرع وهي البذر والعمل والعوامل وعلى هذا الفرق سهل لان متعلق المساقاة الاصول فيعتبر من مالكها ومتعلق المزارعة البذر فيعتبر من مالكه خاصة لانا قد بينا سابقا ان ملك الارض معتبر في صحتها بل حقيقتها شرعا ليست الا المعاملة عليها على الوجه المذكور ومع ذلك يقع الاشكال في صورة يكون مالكا للارض والبذر وما يحصل من الجواب بان الارض لا يقصد عملها بالذات انما يقصد الزرع فالعبرة فيه بمالك البذر وفي المساقاة يقصد بالعمل الاصول والثمرة معا كلاهما بالذات فلا يقع الارض مالكه او من اذن له قوله خراج الارض على المالك الخراج في الارض الخراجية كالمفتوحة عنوة يكون على الارض مع خلوها عن الشجر وعلى الشجر المغروس فيها بواسطة الارض لان حق المسلمين انما هو في الارض لا في الشجر ولذلك اطلق المصنف نسبة الخراج الى الارض وان كان قد يوضع على الشجر ولما كان على المالك لانه بسبب غراسه فيها الا ان يشترط على العامل او عليهما فيجب حسب ما شرط لكن يشترط علمهما بقدره ليصح اشتراطه في العقد اللازم لئلا يتجهل العوض ولو زاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك لا على حكم ما شرط وقد تقدم مثله في المزارعة قوله الفائدة تملك بالظهور اما كون العامل تملك لما يظهر فما لا نعلم فيه خلافا وفي كره اسند الحكم الى علمائنا وهو ظاهر في الاجماع عليه لانه جمع مضاف الى العموم والخلاف فيه مع بعض العامة حيث جعل ملك العامل موقوفا على القسمة ووجه المختار مع الاجماع ان مقتضى الشرط كون الثمرة بينهما وصحته تقتضي ثبوت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة والثمرة متحققة بالظهور ويتفرع على ذلك وجوب الزكوة على من بلغ نصيبه منهما نصابا لتحقق شرط وجوب الزكوة وهو ملك الثمرة قبل تحقق الوجوب وتمرة ملكه والحكم بهذا التفريع لازم بعد ثبوت الاصل وقد خالف فيه من اصحابنا السيد ابن زهرة فاوجب الزكوة على من كان البذر منه خاصة محتجا عليه بان الحصة للآخر كالاجرة وضعفه ظاهر لان الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة في وقت تصلح لتعلق الزكوة بها لا بطريق الاجرة ثم لو سلم كونها كالاجرة فمطلق الاجرة لا يمنع من وجوب الزكوة بل اذا تعلق الملك بها بعد الوجوب اذ لو استاجره بزرع قبل بدو صلاحها او اجر المالك الارض بالزرع كذلك لوجبت الزكوة على مالك الاجرة كالمشتري الزرع كذلك نعم لو كان يذهب الى ان الحصة لا يملكها من لا بذر له بالظهور بل بعد بدو صلاح الثمرة ونحوه امكن ترتب الحكم لكنه خلاف اجماع الاصحاب ومع ذلك لا يتم تعليله بالاجرة بل بتاخر ملكه عن الوجوب قال ابن ادريس به لى راجعته في هذا الحكم وكاتبته الى حلب ونبهته على فساده فلم يقبل واعتذر باعذار غير واضحة واتى بها انه نقل عليه الرد ولعمري ان الحق ثقيل كله ومارده وهو على ما قاله وفي لفظ ان قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد وهو خلاف الظاهر والظاهر ان الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس ره عليه اذا تقرر ذلك فنقول على المشهور يجب الزكوة على المالك في نصيبه اذا بلغ نصابا كيف اتفق اذ لا مؤنة عليه ويتقدر ان يحصل بالشرط او بغيره يعتبر بعدها واما العامل فيعتبر في الوجوب عليه على القول باستثناء المؤنة بقاء قدر النصاب بعدها او مطلقا مع استثنائها على ما تقدم تفصيله في الزكوة وعلى قول السيد ره يجب على مالك البذر الزكوة في نصيبه قطعا واما حصة الاخر فهل يجب عليه زكوتها يبنى على ان حكم ذلك هل هو على تاخر الملك عن بدو الصلاح ام لا على ما يظهر من توهمه انه كالاجرة وان قلنا يملكه لها بالظهور فعلى الثاني لا يجب زكوتها على مالك البذر بخروجها عن ملكه حين تعلق وجوب الزكوة وعلى الاول يكون من جملة المؤن فان لم نستثنها وجبت زكوتها عليه لان انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلق الوجوب كما يجب الزكوة على البايع لو باع الثمرة بعد بدو الصلاح وان استثنينا المؤنة كانت من جملتها وحكمها في ثلم النصاب وعدمه حكم المؤنة المتاخرة عن بدو الصلاح والاولى انه لا يثلم النصاب بل يزكي الباقي بعدها وان قل قوله اذا دفع ارضا الى غيره اه المغارسة معاملة خاصة على الارض ليغرسها العامل على ان يكون الغرس بينهما وهي مفاعلة منه وهي باطلة عندنا وعند اكثر العامة لان عقود المعاوضات موقوفة على اذن الشارع وهي منتفية هنا ولا فرق بين ان يكون الغرس من مالك الارض او من العامل ولا بين ان يشترط تملك العامل جزء من الارض مع الغرس وعدمه وحيث كانت باطلة فالغرس لصاحبه فان كان لصاحب الارض فعليه للعامل اجرة مثل عمله لانه لم يعمل مجانا بل بالحصة لم تسلم له وان كان للعامل فعليه اجرة المثل للارض عن مدة شغله لها ولصاحب الارض قلعه لانه غير مستحق للبقاء فيها لكن بالارش لصدوره بالاذن فليس بعرق ظالم والمراد بالارش هنا تفاوت ما بين قيمته في حالته على الوضع الذي هو عليه وهو كونه حال غرسه باقيا باجرة ومستحقا للقلع بالارش وكونه مقلوعا لان ذلك هو المعقول من ارش النقصان لا التفاوت ما بين قيمته قائما مطلقا ومقلوعا اذ لا حق له في القيام كذلك ليلزم بذلك الحالة ولا التفاوت ما بين كونه قائما باجرة ومقلوعا لما ذكرنا فان استحقاقه للقلع بالارش من جملة اوصافه ولا التفاوت ما بين كونه قائما مستحقا للقلع ومقلوعا لتخلف بعض اوصافه ايضا كما بيناه ولا بين كونه قائما مستحقا للقلع بالارش ومقلوعا لتخلف وصف القيام باجرة وهذه الوجوه المنفية ذهب الى كل منها بعض اختار الثالث منها الشيخ علي ره والاخير فخر الدين في بعض ما ينسب اليه والاخيران ذكرهما من لا يعتد بقوله والاول مع سلامته من ذلك لا يخ من دور لان معرفة الارش فيه متوقفة على معرفته حيث اخذ في تحديده والظاهر ان القيمة لا تختلف باعتباره وان تقدر به كذلك كمقلوع وقائما باجرة فلا يضر مثل هذا الدور ولهذا الارش نظائر كثيرة تقدم بعضها ويجب على العامل مع ذلك ارش الارض لو نقصت به وطم الحفر خصوصا لو قلعه بغير امر المالك وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع ولم يفرق الاصحاب في اطلاق كلامهم بين العالم بالبطلان والجاهل بل يطلبهم مؤذن بالتعميم ولا الفرق بينهما وان لا ارش لصاحب الارض مع علمه ولا ارش لصاحب الغرس مع علمه اما الاول فللاذن في التصرف فيها بالحصة مع علمه بعدم استحقاقها واما الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه ويمكن دفعه بان الامر لما كان منحصرا في الحصة او الاجرة لم يكن الاذن من المالك تبرعا فلزم الاجرة لفساد المعاملة والغرس لما كان باذن المالك وان لم يكن بحصة ضرفه ليس بظالم فيكون مستحقا للارش فرع لو كان الغرس من مالك الارض لكن الغارس ركب فيه نوعا

اخر كان في شجر التوت ونحوه والمركب للغارس ان كان اصله ملكه وكذا نماؤه مدة بقائه وعليه مع اجرة الارض اجرة اصول الغرس ايضا والمالك ان الزم المركب مع الارش كما مر قوله ولو دفع القيمة ليكون الغرس له اه عدم اجبار كل منهما واضح لانه معاوضة مشروطة بالتراضي ولا نذ للشيخ لا نزاع في العقب فهنا اولى وخالف في ذلك بعض العامة فخير المالك بين ان يكلف الغارس القلع ويضمن له الارش وبين اقرارها ويضمن له القيمة **كتاب الوديعة** والنظر في امور ثلثة الاول **العقد** وهو استنابة في الحفظ عرف المصنف عقد الوديعة ولم يعرفها نفسها مع انها اولى به وله لم يجري على ما اسلفه من ان هذه المفهومات عبارة عن العقد المفيد لتلك الفائدة كما قدمه من تعريفه البيع بانه العقد وكثير مما بعده فتكون الوديعة على هذا التقدير هي العقد المفيد للاستنابة في الحفظ كما عرفه غيره ولو كان العقد مركبا من الايجاب والقبول لم يكن العقد هو الاستنابة خاصة لانها هنا تفيد فائدة الايجاب فلا بد من ضميمة تدخل القبول بان يقال الاستنابة وقبولها ونحوه ليتم العقد فانه يقال للمودع استنابة في الحفظ ولا يقال للمستودع ذلك الا اذا جعل بمعنى انابة وهو بعيد او يقول ان القبول هنا بالقول ليس بشرط بل يقوم الفعل مقامه فكان المتوقف عليه العقد هو الايجاب خاصة وان كانت الوديعة لا تتم الا به الا ان التعريف هنا للعقد او نقول ان تحقق الاستنابة يستلزم قبولها اذ لو ردها بطلت ولم يحصل لها اثر فاطلقها عليها لذلك وقد نقض التعريف في طرده بالوكالة فانها تقتضي الاستنابة في حفظ ما وكل في بيعه وغيره وجوابه ان حقيقة الوكالة ليست هي الاستنابة في الحفظ بل الاذن فيما وكل فيه فالحفظ تابع من توابعها بخلاف الوديعة فان حقيقتها الاستنابة والتعريف انما يكون لذات الشيء لا للوازمه وعلى نقضه يجب ايضا بالتزام اشتمال الوكالة على الوديعة من حيث تضمنها الحفظ ماذكرناه اجود قوله ويفتقر الى الايجاب والقبول اه مقتضى كونه عقدا تركبه من الايجاب والقبول القوليين ومقتضى جوازه عدم انحصاره في عبارة بل يكفي كل لفظ دل عليه ولا يعتبر فيه التصريح بل يكفي التلويح والاشارة المفهمة لمعناه اختيارا قوله ويكفي الفعل الدال على القبول اطلق المصنف وجماعة انه يكفي القبول الفعلي مع اعترافهم بكونها عقدا نظرا الى ان الغاية منها انما هو الرضا بالاستنابة وربما كان الفعل اقوى فيه من القول باعتبار التزامه به ودخوله في ضمانه لو قصر بخلاف القبول القولي فانه وان لزمه ذلك شرعا الا انه ليس صريحا في الالتزام من حيث انه عقد جائز فاذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر اثره والقبض يوجب الحفظ الى ان يرده على مالكه لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهذا حسن الا ان فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد ومن ثم ذهب بعض العلماء الى انها اذن مجرد لا عقد وفرع عليه عدم اعتبار القبول القولي واخرون الى ان الايجاب ان كان بلفظ اودعتك وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظا وان قال احفظه ونحوه لم يفتقر الى القبول اللفظي كالوكالة وهو كلام موجه واعلم انه لا يجب مقارنة القبول للايجاب سواء كان قوليا ام اكتفينا بالفعل قوله ولو طرح الوديعة عنده اه المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصة لان القبول اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة فعلا بل لا معه من الايجاب ولم يحصل هنا بمجرد الطرح واما الفعل فقد عرفت انه يجب معه الحفظ سواء تحققت به الوديعة ام لا نظرا الى ثبوت حكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلي هنا انما يجب حفظها لا انها تصير وديعة شرعية وعبارة المصنف لا تدل على ازيد من ذلك لانه قال لم يلزمه حفظها ولو قبل لم يصر وديعة وذلك لان طرح المالك لها اعم من اقترانه بما يوجب الايجاب وهو الاتيان بما يدل على الاستنابة لكن لما عرفت ان الايجاب يحصل بالقول الصريح والاشارة والتلويح فينظر هنا ان حصل مع الطرح ما يفيد ذلك كان القبول في قول المصنف من كونه قوليا او فعليا وان لم يحصل معه ما يدل على الايجاب فالمعتبر في وجوب الحفظ القبول الفعلي خاصة لكن قوله طرح الوديعة لا يخ من قرينة ان يريد بالطرح الايداع بواسطة تسميتها وديعة فانها لغة وعرفا هي المال المودع وشرعا هي العقد المفيد للاستنابة في حفظه او نقول ان القبول يقتضي سبق ايجاب فيؤذن بانه استفاد من الطرح الايجاب واما تسلمها بالفعل فلا يسمى قبولا من دون سبق ايجاب وان وجب حفظها لذلك الا انه قد يتوسع في اطلاق القبول من غير سبق ايجاب مط ويحصل من ذلك صور الاولى ان يضع المال عنده ولا يحصل منه ما يدل على الاستنابة في حفظه فيقبله قولا ولا اثر له في الضمان ولا في وجوب الحفظ الثانية ان يقبله فعلا بان يقبضه الموضوع عنده فيضمنه ويجب عليه حفظه الى ان يرده على مالكه الثالثة ان يتلفظ المالك مع الطرح بما يدل على الايداع فيقبل قولا او فعلا فيجب عليه الحفظ باعتبار الوديعة ولا ضمان الا مع التفصيل الرابعة ان يقبله قولا ولا فعليا فيتم الوديعة ايضا كما مر واما لو طرحها عنده متلفظا بالوديعة ام لا ولم يحصل من الموضوع عنده ما يدل على الرضا قولا ولا فعلا لم يجب عليه حفظها حتى لو ذهب وتركها فلا ضمان عليه لكن ياثم ان كان ذهابه بعد غيبة المالك لوجوب الحفظ من باب المعاونة على البر واعانة المحتاج فيكون واجبا على الكفاية ولو انعكس الفرض بان تمت الوديعة ولكن غاب المستودع وتركها والمالك حاضر عندها فهو رد للوديعة ولو كان المالك غائبا ضمن كما جزم في كره وقد يشكل تحقق الرد بمجرد الذهاب عنها مع حضور المالك لاصالة بقاء العقد وكون الذهاب اعم منه ما لم ينضم اليه قرائن تدل عليه فقد ظهر بما قررناه فساد ما ذكره بعضهم من ان قول المصنف ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها ما لم يقبلها فيه دلالة على جواز كون الايجاب فعليا لانه مفهوم من انه لو قبلها لزمه الحفظ الدال على تحقق الوديعة ولم يحصل من المالك ايجاب قولي بل مجرد الطرح وانت قد عرفت ان وجوب الحفظ المرتب على الفرض اعم من كونه بسبب الوديعة لانه قد يكون بسبب التصرف في مال الغير قوله ولو اكره على قبضها لم يضمن وديعة ولا يضمنها لو اهمل اي اهمل حفظها لانه غير ولا على يد بسبب الاكراه لكن يجب تقييده بما اذا لم يضع يده عليها بعد زوال الاكراه مختارا فانه يجب عليه الحفظ باليد الجديدة وان لم يجب بالاكراه وهل يصير بذلك وديعة ام امانة شرعية يحتمل الاول لان المالك قد اذن له ورضي به في الحفظ غايته انه لم يتحقق معه الوديعة لعدم القبول الاختياري وقد حصل الان والمقارنة بين الايجاب والقبول غير لازمة من الغاء الشارع ما وقع سابقا فلا يترتب عليه اثر ويشكل بان العامة بالنظر الى القابض لا بالنظر الى المالك ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا بنية الاستيداع وعدمه فيضمن على الثاني دون الاول اعطاء الكل واحد حكم الاصل قوله واذا استودع وجب عليه الحفظ اي قبل الوديعة وان كان الاستيداع اعم منه وانما يجب عليه الحفظ ما دام مستودعا لان ذلك هو مقتضى تعليق الحكم على الوصف والا فان الوديعة من العقود الجائزة وجاز ردها في كل وقت بينا

٣٠٤ وجوب الحفظ لا يقال وجوب الحفظ اعم من كونه بسبب الوديعة وغايته ما يفرض ان يعلم ضمها في الحال ومع ذلك يجب عليه حفظها الى ان يردها الى مالكها فضلا
صدق وجوب الحفظ على كل حال الخ لانا نقول وجوب الحفظ الى ان يرده كان واجبا الآن قد لا يتحقق في الوديعة بان يكون المستودع مقبلا عند ... لكن
بحيث لا يرضى الرد على زمان فلا يتم التقريب لا بما ذكرناه من وجوبه مشروطا او نقول ان الوديعة وان كانت جائزة لكن لا ينافي وجوب الحفظ
فان لو نجب على المستودع احد الامرين اما الحفظ او الرد على المالك فالحفظ واجب مخير فيصح اطلاق الوجوب عليه بقول مطلق واعلم ان قبول الوديعة
يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجبا كما اذا كان المودع مضطرا الى الاستيداع فانه يجب على كل قادر عليها واثق بالحفظ قبولها منه كفاية ولو لم يوجد
غير واحد تعين عليه الوجوب في هذين الامرين وجوب الحفظ واضح وقد يكون مستحبا مع قدرته ووثوقه من نفسه بالامانة وكون المودع غير مضطر اليه فيه
من اعانة على البر الذي امر بالتعاون عليه لامر الاستحباب وقضاء حوائج الاخوان وقد يكون محرما كما اذا كان عاجزا عن الحفظ او غير واثق من نفسه بالامانة لما فيه
من التعرض للتفريط في مال الغير وهو محرم ومثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع في نفسه او ماله او بعض المؤمنين ونحو ذلك وبهذا التفصيل يظهر
وجوب الحفظ وعدمه قوله ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط او اخذت منه قهرا هذا اذا لم يكن سببا في الاخذ القهري كما لو كان هو الساعي بها الى الظالم
ولم يقدر بعد ذلك على دفعه فانه يضمن لانه فرط في الحفظ بخلاف ما لو كان لا لسعاية من غيره او علم الظالم بها من غير سعاية ومثله ما لو اخبر اللص بها فسرقها
ولو اخبره بها في الجملة ولكن لم يعين له مكانها فالذي في كره انه لا يضمن ويشكل مع كونه سببا في السرقة لانه تفريط نعم لو لم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته
لها ونحو ذلك وهذا بخلاف الظالم فان معلمه يضمن مطلقا والفرق ان الظالم اذا اعلم بها اخذها قهرا والسارق لا يمكن اخذها الا اذا علم موضعها ولا فرق في
عدم الضمان مع اخذ الظالم لها قهرا بين ان يتولى اخذها من يده ومكانه وبين ان يامره بدفعها اليه بنفسه فيدفعها اليه كرها لانتفاء التفريط ومع ذلك فيرجع المالك
على الظالم بالعين او البدل وهل للمالك مطالبة المستودع بذلك يحتمله لانه باشر تسليم مال الغير الى ... ما ذكره واستقربه في كره وعلى هذا فيضمن ضمانا
انه لا يستقر عليه بل يرجع بالغرم على الظالم والاقوى عدم جواز مطالبته لعدم تفريطه ولان الاكراه صير فعله منسوبا الى المكره ولانه محسن فلا سبيل عليه
والتسليم باذن الشارع فلا يستعقب الضمان قوله نعم لو تمكن من الدفع وجب ولو لم يفعل ضمن اي تمكن من دفع الظالم عنها بالوسائل وغيرها من الاختفاء عنه
فانه يجب لقدرته على حفظها بما لا يجب عليه مطلقا فيجب ما يتوقف عليه فلو اهمل ذلك مع قدرته عليه ضمن لانه تفريط ولو امكن دفعه ببعض من المال منها او من
غيرها بحيث لا يندفع بدونه عادة فالاقرب جوازه ويرجع به على المالك ان لم يمكنه استئذانه قبل الدفع او استئذان وليه ومع عدم نية التبرع ولو ترك
الدفع عنها ببعضها مع امكانه ضمن ما يزيد عما يندفع به لا الجميع لان مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين قوله ولا يجب تحمل الضرر الكثير اه المرجع في كثرة
الضرر وقلته الى حال المكره فمنهم من يعد الكلمة اليسيرة من الاذى كثيرا في حقه لكونه شريفا لا يليق بحاله ذلك ومنهم من لا يعبأ بامثال ذلك وهكذا القول
في الضرب واخذ المال ويفهم من قول المص مطلقا اخذ المال ضررا كثيرا لا يجب تحمله وان جاز ثم ان كان المطلوب للظالم الكل لا يندفع ... ونحو بعضه لم يجز
بذله قطعا لانتفاء الفائدة لكن لو بذله بنية الرجوع به هل يرجع بجملته لان الوديعة لولاه ذاهبة فيكون بذله لخوفها كبذلها او عدمه لان القدر المأذون
فيه شرعا ما يترتب عليه مصلحة المالك وهو هنا منتف فلا يكون شرعيا وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميعه لما ذكر ويجزي عنه لبعض منها وترتب الفائدة
اذ الفرض عدم امكان ما فرض عنه ويبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بعدهم ولا يرجع بشيء اصلا مما باد بها فان غير المأذون في المساوي انما هو
القدر الذي ينتفي الفائدة معه لا جميع المبذول ولو اضعف في هذا الحكم على شيء فينبغي تحريره قوله فلو انكرها وطولب باليمين اه الجواز هنا بالمعنى الاعم والمراد
منه الوجوب لان حفظ الوديعة لما كان واجبا وتوقف على اليمين وجبت من باب المقدمة وانما يجب التورية عليه اذا عرفها والا وجب الحلف ايضا بغير التورية
لانه وان كان قبيحا الا ان اذهاب حق الادمي اشد قبحا من حق الله تعالى في اليمين الكاذبة فيجب ارتكاب اخف الضررين ولان اليمين الكاذبة عند الضرورة
مأذون فيه شرعا كاطلاق الكذب لنافع بخلاف مال الغير فانه لا يباح اذهابه مع امكان حفظه بوجه ومتى ترك الحلف حيث يتوقف حفظ المال عليه فاخذه
الظالم ضمنه للتفريط قوله وهي عقد جائز من طرفيه اه لا خلاف في كون الوديعة من العقود الجائزة فيبطل بما يبطل به من فسخها وخروج كل منهما عن اهليته
التكليف بموت او جنون او اغماء فاذا اتفق ذلك للمودع وجب على المستودع ردها اليه او الى وارثه او وليه ولو كان ذلك من المستودع وجب عليه
ردها في صورة الفسخ او على وليه في صورة الجنون والاغماء او وارثه في صورة الموت ومعنى كونها بعد ذلك امانة انها امانة شرعية لحصولها في يده
بغير اذن مالكها لكنها غير مضمونة عليه لاذن الشارع في وضع اليد عليها الى ان يردها على وجهه ومن حكم الامانة الشرعية وجوب المبادرة بردها على
الفور الى مالكها او من يقوم مقامه فان اخر عن ذلك مع قدرته ضمن ولو تعذر الوصول الى المالك او وكيله او وليه الخاص سلمها الى الحاكم لانه ولي
الغائب ولا فرق في ذلك بين علم المالك بانها عنده وعدمه عندنا اذا تقرر ذلك فلو كان الميت المودع وطلبها الوارث او لم يطلبها واخر المستودع
الدفع مع امكانه وادعى علمه باختصاص الارث في الوارث لظاهر او الشك في كونه وارثا واراد البحث عن ذلك ولم يكن هناك حاكم يرجع اليه فالاقوى عدم
الضمان خصوصا مع الشك في كون الموجود وارثا لاصالة عدمه واما مع العلم بكونه وارثا فالاصل ايضا عدم استحقاقه لجميع المال والقدر المعلوم انما هو كونه
مستحقا في الجملة وهو لا يقتضي اختصاص الحق واصالة عدم وارث اخر معارضة بهذا الاصل فيبقى الحكم في الغائب وجوب البحث عن المستحق كنظائره من
الحقوق ومثله يأتي في الاقرار لو اقر بمال للمورث وبذلك فانه لا يؤمر بتسليم جميع المقر به اليه الا بعد البحث حتى لو ادعى اختصاص الوارث في الوجود مع الجهل ففي
جواز تمكينه من دفعه اليه وجهان من اعترافه باختصاص الحق فيه فيلزم بالدفع اليه ومن انه اقرار في حق الغير حيث يمكن مشاركة غيره له ... فانه هنا
عارض ولو اخر تسليم الوديعة الى الوارث ليبحث عن وصية المبتلى او اقراره بدين ونحوه فالاقرب الضمان لاصالة عدمه بخلاف الوارث واعلم ان من جملة
احكام الامانة الشرعية مع ما تقدم من وجوب المبادرة الى ردها وان لم يطالبه انه لا يقبل قول من هي في يده في ردها الى المالك مع يمينه بخلاف الودعي

ولا يلزمه دركها لو تلفت او اخذت منه قهرا نعم لو تمكن من الدفع وجب ولو لم يفعل ضمن ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح واخذ المال ولو انكرها فطولب باليمين ظلما جاز الحلف موريا بما يخرج به عن الكذب وهي عقد جائز من طرفيه وتبطل بموت كل منهما وجنونه واغمائه وتكون في يده امانة متن

٣٠٥ والفرق ان المالك لم يستأمنه عليها فلا يقبل قوله في حقه مع اصالة عدمه بخلاف الوديعة مع ما انضم اليه من الاحسان الموجب لنفي السبيل وهي كثيرة احدها
ما ذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان وكذا غيرها من الامانات كالمضاربة والشركة والعارية ومنها ما لو اطارت الريح ثوبا ونحوه الى داره ومنها ما لو انتزع
المغصوب من الغاصب بطريق الحسبة ومنها ما لو اخذ الوديعة من صبي او مجنون عند خوف تلفها ومنها ما يصير بيد الصبيان من الاموال التي يكتسبونها بالقمار
كالجوز والبيض مع علم الولي فانه يجب عليه رده الى مالكه او وليه ومنها ما لو استعار صندوقا ونحوه او اشتراه او غيره من الامتعة فوجد فيه شيئا فيكون امانة
شرعية وان كان المستعار مضمونا ومنها اللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك وضابطه ما كان وضع اليد عليها بغير اذن المالك مع الاذن فيه شرعا
قوله ويحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها اه لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة من قبل الشارع كان المرجع فيه الى العرف فما عد فيه حفظا لمثل
تلك الوديعة كان هو الواجب ولم يتعقبه ضمان لو فرض تلفها معه وما ذكره من الامثلة يدل عليه العرف واشار بقوله وما يجري مجرى ذلك الى ان ذلك
بخصوصه غير متعين بل يقوم مقامه ما ساواه في المعنى او زاد عليه كما لو وضع الدابة في بيت السكنى او الشاة في داره المضبوطة ونحو ذلك ولا فرق في
وجوب الحفظ بما جرت العادة به بين علم المودع بان المستودع قادر على تحصيل الحرز المعتبر وعدمه فلو اودعه دابة مع علمه بانه لا اصطبل له او مالا
لا مع علمه بانه لا صندوق له ونحو ذلك لم يكن عذرا واعلم انه ليس مطلق الصندوق كافيا في الحفظ بل لا بد معه كونه محرزا من غيره اما بان لا يشاركه
في البيت الذي فيه الصندوق يد اخرى مع كون البيت محرزا بالقفل ونحوها او كون الصندوق محرزا بالقفل كذلك وكونه كبيرا لا ينقل عادة بحيث
يمكن سرقته كذلك مقفلا وهكذا القول في الاصطبل والمراح وغيرها قوله ويلزمه سقي الدابة اه لما كانت الدابة من الاموال المحترمة التي لا يسوغ اتلافها
بغير الوجه المأذون فيه شرعا وجب على المستودع علفها وسقيها بما جرت العادة به لامثالها وينبغي ان يراد بالدابة هنا مطلق الحيوان المحترم او يكون
ذكرها على وجه المثال والحكم في غيرها كذلك واولى منه ما لو كان ادميا كالعبد ولو اخل به كان من جملة التفريط فيلزمه ضمانها ان تلفت او نقصها ان
نقصت ولو لم يحصل واحد منهما استحق ضمانا وخرج عن كونه امينا وان عاد الى القيام بذلك كما لو تعدى بغيره ثم رجع الى الحفظ ويحصل التفريط بتركه ذلك
مرة واحدة او بعضها اذا تقرر ذلك فنقول اذا اودعه الحيوان المفتقر الى النفقة فلا يخلو اما ان يامره بالانفاق عليه او ينهاه او يطلق فان امره انفق و
رجع عليه بما غرم والامر فيه واضح وان اطلق توصل الى اذنه او اذن وكيله فيه فان تعذر رفع امره الى الحاكم ليامره بما شاء او يستدين له عليه
او يبيع بعضه للنفقة او ينصب امينا عليه فان تعذر الحاكم انفق هو واشهد عليه ورجع مع نيته وكذا لو رفع امره الى الحاكم الى اخر ما ذكر مع نهي المالك
له عنه ولو تعذر الاشهاد اقتصر على نية الرجوع والكلام في اعتبار الاشهاد في جواز الرجوع وعدمه ما تقدم في باب اللقطة وغيرها وفي حكم الحيوان
الشجر الذي يفتقر الى السقي ونحوه من الخدمة وفي حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر اليه من الدواء لمرض وجب ... مع عدم الاشهاد اما لتعذره او لعدم
اشتراطه واختلفا في قدره فالقول قوله مع يمينه ولو اختلفا في مدة الانفاق فالقول قول المودع عملا بالاصل في الموضعين قوله ويجوز ان يسقيها
بنفسه وبغلامه اتباعا للعادة مقتضى العادة جواز تولي الغلام ذلك سواء كان المستودع حاضرا عنده ام غائبا وسواء كان الغلام امينا ام لا وليس
كل ذلك جائزا هنا بل انما يجوز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ليطلع على قيامه بما يجب او مع كونه امينا والا ضمن ولا فرق في ذلك بين وقوع
الفعل في المنزل وخارجه فلو توقف سقيها على نقلها ولم يكن امينا فلا بد من صاحبته في الطريق وانما تظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام لذلك وكذا
لا فرق في ذلك كله بين الغلام وغيره ممن يستنيبه المستودع وعبارة المص لا تنافي ما قيدناه لانه لم يجوز الا تولي السقي وهو اعم من كونها مع ذلك في يد
المستودع وعدمه والعام لا يدل على الخاص فيمكن تخصيصه اذا دل عليه الدليل وهو هنا موجود بما اطبقوا عليه من عدم جواز ايداع الودعي مع الامكان و
هذا في معناه وربما قيل بان ذلك فيمن يمكن مباشرته لذلك الفعل عادة اما من لا يكون كذلك فيجوز له التولية كيف كان وهو ضعيف قوله ولا يجوز اخراجها
من منزله اه ولا فرق في المنع من اخراجها لذلك بين كون الطريق امنا وعدمه لان النقل تصرف فيها وهو غير جائز مع امكان تركه ولا بين كون العادة مطردة
بالاخراج لذلك وعدمه لما ذكر ولا بين كونه متوليا لذلك بنفسه وغلامه مع صحبته له وعدمه لاتحاد العلة في الجميع واستقرب في كره عدم الضمان لو اخرجها
مع امن الطريق وان امكن سقيها في موضعها محتجا باطراد العادة بذلك وهو حسن مع اطراد العادة بذلك لان الحكم فيه على العرف لعدم اطراد العادة
بذلك في بعض الاماكن وحيث جاز الاخراج فالحكم في مباشرة الغلام او غيره ما ذكرناه سابقا واعلم ان اطلاق كلامه يقتضي عدم الفرق في جواز اخراجها
لذلك مع عدم امكان فعله في موضعها بين كون الطريق امنا وعدمه ووجهه ان ذلك الفعل من ضرورات الحيوان لا يعيش بدونه فالضرر اللاحق بتركه
اقوى من خطر الطريق الذي يمكن وقوعه وعدمه ولكن يشكل في بعض الصور كما اذا كان التاخير الى وقت اخر اقل ضررا وخطر اخراجها حين الحاجة ونحو ذلك
فينبغي مع اشتراكهما في الضرر مراعاة اقل الضررين قوله ولو قال المالك لا تعلفها اه انما لم يجز ترك العلف والسقي مع النهي عنهما لانه حق الله تعالى كما انه حق
للمالك فلا يسقط حق الله تعالى باسقاط المالك حقه ولان اتلاف المال منهي عنه ولا اشكال في وجوبهما مع النهي انما الكلام في امرين احدهما الرجوع
بعوضهما عليه وقد تقدم الكلام فيه الثاني انه لو تركهما هل يضمن ام لا وقد جزم المص بعدم الضمان وان حصل الاثم اما الاثم فلتركه حق الله تعالى وايجابه
عليه ذلك واما عدم الضمان فلان المالية حق للمالك وقد اسقط عليه الضمان بنهيه وكان في ذلك كالاذن في اتلاف ماله فلا يتعقبه الضمان كما لو امره
بالقاء ماله في البحر ونحوه من ضروب الاتلاف ففعل واولى منه بعدم الضمان لو كانت الوديعة غير حيوان كشجر يحتاج الى السقي في العادة وثوب يحتاج الى النشر
ونحوه فنهاه المالك عن ذلك وهل يجب حفظه هنا كالاول يحتمله لما ذكر من اتلاف المال المنهي عنه والاقوى عدمه لان حفظ المال انما يجب على مالكه لا
على غيره وانما وجب في الحيوان لكونه ذا روح ويتالم بالنقص فيجب حقه فيجب دفع المكلف ... نعم يكره ترك اصلاحه للتضييع المذكور والوجهان افتى بهما في التذكرة
ولو عين له موضع الاحتفاظ اه اذا عين موضعا للحفظ لم يجز نقلها الى ما دونه اجماعا وذهب جماعة الى جواز نقلها الى الاحرز محتجين بالاجماع ودلالة

ويحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها كالثوب في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة في المراح وما يجري مجرى ذلك ويلزمه سقي الدابة وعلفها امر بذلك او لم يامر ويجوز ان يسقيها بنفسه وبغلامه اتباعا للعادة ولا يجوز اخراجها من منزله لذلك الا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها او علفها في منزله او شبه ذلك من الاعذار ولو قال المالك لا تعلفها ولا تسقها لم يجز القبول بل يجب سقيها وعلفها نعم لو اخل بذلك والحال هذه اثم ولم يضمن لان المالك اسقط الضمان بنهيه كما لو امره بالقاء ماله في البحر ولو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه فلو نقلها ضمن الا الى احرز او مثله على قول ولا يجوز نقلها الى ما دونه ولو كان احرز الا مع الخوف من ابقائها متن

فيه

مفهوم الموافقة عليه واختلفوا في المساوي فجوزه بعضهم وهو القول الذي نقله المصنف الى ان التعيين افاد الاذن في حفظه فيما كان في تلك المرتبة كما في تعيين
نوع الزرع والراكب في الاجارة فانهم جوزوا التخطي الى المساوي لتوافق المتشابين في الضرر والنفع المأذون فيه والاقوى المنع لعدم الدليل على جواز تخطي ما
عينه والحاق مشابه بقياس محض باطل فقوي بذلك في النقل الى الاحرز ايضا عملا بمقتضى التعيين ومنع دلالة مفهوم الموافقة هنا فان الاغراض تختلف في
مواضع الحفظ اختلافا كثيرا من غير التفات الى كون بعضها احفظ من بعض والاجماع على جوازه ثم نقل جماعة من الاصحاب منع التخطي مطلقا ويمكن ان يكون القول
المحكي في العبارة متعلقا بالامرين معا ودونه منها عبارة عدا الان شرايعها المتقدمين صرحوا بان الخلاف في المساوي خاصة وفي حواشي الشهيد
عليها ما يدل على تناول الخلاف للاحرز ايضا وهو ممن اختار عدم جوازه اذا تقرر ذلك فلو نقلها الى الاحرز او المساوي فتلفت ضمن على القولين بل الجواز
الا مع الخوف عليها فيه فانه يجوز نقلها الى غير المعين مراعيا للاصلح او المساوي مع الامكان فان تعذر فالادون وانما جاز المساوي هنا لسقوط حكم
المعين بتعذره فينتقل الى ما في حكمه والمساوي فما فوقه وعلى هذا يجب تقييد قول المص الا مع الخوف مع ابقائها فيه فانه يشمل جواز نقلها الى الادون
مع الخوف في المعين مطلقا وليس كذلك وعلى القول بجواز النقل الى الاحرز او المساوي ينبغي ان لا يترتب عليه ضمان حيث انه فعل ما ذون فيه كما لا يترتب الضمان
لو نقلها الى الادون مع الخوف لكن من حكم بجواز النقل اليهما مع الاطلاق والضمان مع تلفها فيهما وربما فرق ايضا بين تلفها بانهدامه او بغيره فيضمن في الاول
دون الثاني وفيهما معا نظر والاقوى الضمان مطلقا وعدمه كذلك على القول بالجواز قوله ولو قال لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل اه اذا نهاه عن نقلها عن
المعين لم يجز نقلها الى غيره وان كان احرز اجماعا الا ان يخاف عليها في المعين فانه يجوز حينئذ نقلها الى المساوي والاحرز مع الامكان والا الى الادون بل
يجب لان الحفظ عليه واجب ولا يتم الا بالنقل وللنهي عن اضاعة المال فلا يسقط عن اضاعة المال فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك وان صرح بقوله و
ان تلفت لكن هنا لو ترك نقلها اثم ولا ضمان لاسقاط المالك له عنه كاملا واعلم انه لو نقلها الى غير المعين وتوقف النقل على اجرة فقد قال في التذكرة
انه لا يرجع بها على المالك لانه متبرع بها وهو حسن مع احتمال الرجوع مع نيته لان اذن الشارع له في ذلك فيقدم على اذن المالك ولان فيه جمعا بين
الحقين مع رعاية حق الله تعالى في امتثال امره بحفظ المال قوله ولا يصح وديعة الطفل اه والمجنون لا شبهة في عدم جواز قبول الوديعة منهما لعدم اهليتهما للاذن
فيكون وضع يد المستودع على المال بغير حق فيضمن ولا فرق في ذلك بين ان يكون المال لهما او لغيرهما وان ادعيا اذن المالك لهما في الايداع واطلاق حكم
المص بالضمان يشمل ما لو علم تلفهما في ايديهما وعدمه والاولى انه لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بنية الحسبة في الحفظ لم يضمن لانه محسن وما على المحسنين
من سبيل لكن يجب عليه مراجعة الولي في ذلك فان تعذر قبضها ومن يثبت الحكم واما عدم البراءة برده اليهما على التقديرين فواضح للحجر عليهما في ذلك وشبهه
فلا يبرأ الا برده على وليهما الخاص او العام مع تعذره قوله ولو استودع لم يضمنا اه اي بسبب التلف حيث اودعهم لا يكلف بحفظه وهذه علة تقريبية
فان من دفع ماله الى مكلف بعلم انه يتلفه يكون متلفا لماله من قابضه بضمنه والاولى في التعليل ان الضمان باسبابه اهمالهما انما يثبت حيث يجب الحفظ
والوجوب لا يتعلق بهما لانه من خطاب الشرع المختص بالمكلفين ولا يعارضه قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي لان على ظاهرة في وجوب الدفع والتكليف
بالرد فيكون مختصا بالمكلف وبهم من قوله لم يضمنا بالاهمال انها لو تلفت بغيره بان تعديا فيها فتلفت انهما يضمنان وهو كذلك على الاقوى لان الاتلاف
للمال الغير سبب في ضمانه اذا وقع بغير اذنه والاسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير والكبير ومثله القول في كل ما يتلفانه من مال الغير بلا اذنه
فانهما يضمنانه وان لم يكن لهما حين الاتلاف مال لان تعلق الحق بالذمة لا يتوقف عليه نعم ايجاب التخلص عليهما يتوقف على التكليف كامر فقبله يكون المخاطب بالدفع
من مالهما الولي ان كان لهما مال والا كان دينا عليهما يجب عليهما قضاؤه بعد التكليف ولو فرض موتهما قبله ولا مال لهما او لهما مال ولم يعلم الولي بالحال لم
يؤاخذا به في الاخرة بخلاف المكلف واعلم ان في مسئلة ايداعهما ومباشرتهما الاتلاف وجهين اخرين احدهما عدم الضمان لعدم التكليف وتسليط ما لكهما
لهما عليها فكان سببا قويا والمباشر ضعيف وجوابه يظهر مما سبق والثاني الفرق بين المميز وغيره فيضمن المميز خاصة لعدم قصد غيره الى الاتلاف فكان
كالدابة وفيه نظر لان المقتضي للضمان وهو الاتلاف موجود والمانع غير صالح للمانعية اما القصد فلانه لا مدخل له في الضمان وعدمه كما يعلم من نظائره واما
تسليط المالك فانه انما وقع على الحفظ لا على الاتلاف فغاية ما في الباب انه عرض ماله للتلف بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ وهو غير كاف في سقوط الضمان عنهما
لو باشراه بخلاف ما اذا تركا الحفظ والاقوى الضمان مط قوله واذا ظهر للمودع امارات الموت وجب الاشهاد بها لما كان حفظ الوديعة واجبا مطلقا وجب
كل ما يتوقف عليه ومن جملته الاشهاد عليها اذا حصل له امارة الموت بمرض مخوف او حبس للقتل ونحو ذلك وهل يعتبر في الاشهاد الواجب شاهدان يحصل
بهما اثباتها حيث ينكر الوارث او يكونون او بعضهم صغارا لئلا يمنع الوصي من تسليمها الى مالكها بدون الاثبات ام يكفي واحد بحيث يحصل وصيا في ايصالها
المتبادر من الاشهاد الاول وليتحقق الغاية المطلوبة ويحتمل الاكتفاء بالثاني وهو الظاهر من عبارات العلامة حيث جعل الواجب هو الايصاء بها ويتحقق
بهذا الاشهاد وعلى التقديرين فلو اخل بذلك ضمن للتفريط ولكن لا يستقر الضمان الى ان يموت فيعلم التفريط في اول زمان ظهر فيه امارة الموت سواء
كان ذلك في ابتداء المرض ام في اثنائه والظاهر ان الاشهاد او الايصاء كاف وان قدر على ايصالها الى مالكها او من يقوم مقامه لانه لم يخرج بذلك عن اهلية
الامانة فيستصحب وجوب الاشهاد لا ينافيه لانه من وجوب الحفظ الواجب عليه وربما قيل بوجوب الرد على المالك او وكيله او الحاكم عند تعذرهما
او ايداعها عند الثقة بتعذره فان عجز عن ذلك كله اشهد عليها وهو الذي اختاره في كره او لا ثم رجع عنه الى الاكتفاء بالوصية ولو فرض موته فجاءة
لم يضمنها وان تلفت اذ لا يعد مفرطا والا لوجب الاشهاد عليها على كل ودعي لامكان ذلك في حقه وهو منتف اتفاقا وحيث يكتفي بالوصية
يعتبر في الوصي العدالة ولا فرق فيه بين الوارث والاجنبي والمراد ان يعلمه بها ويأمره بردها على تقدير الموت لا ان يسلمها اليه لانه ايداع لا يصح ابتداء
نعم لو تعذر الوصول الى المالك او من يقوم مقامه واضطر الى ذلك جاز تسليمها له كما يجوز ايداع الثقة عند الضرورة ولو اوصى الى غير الثقة فهو كما لو لم يوص

اذا تقرر ذلك فنقول يجب على الودعي على تقدير الاشهاد والايصاء تعيين الوديعة وتمييزها بيان جنسها ووصفها الرافعين للجهالة عنها فلو اقتصر على قوله
عندي وديعة او لفلان اوذكر الجنس وابهم الوصف كما لو قال عندي ثوب لفلان فهو كما لو لم يوص ثم على تقدير المقتضي ذكرخاصة اما ان لا يوجد في تركته ذلك الجنس
او يوجد متعددا او متحدا ففي الاول لا يحكم للموصى له بشيء ويضمن الودعي اما على تقدير عدم وجوده فظ لتقصيره بترك البيان واما على تقدير وجوده لتعدد
فهو بمنزلة خلطها بماله بحيث لا يتميز فيكون تفريطا يوجب الضمان ولا يكون الموصى له شريكا في الثياب الموجودة لاصالة عدم استحقاقه شيئا في تركة الودعي
وان كان ضمانا للحقه فيرجع الى المثل او القيمة ويحتمل كونه شريكا لاصالة البقاء وان حكم بالضمان كالو مزجها بماله ولو وجد ثوب واحد ففي الحكم به للمالك
وجهان ما خذهما اصالة بقائه حفظا للثابت بالاقرار فيستصحب الى ان يعلم التلف وحملا لاطلاقه على الموجود لاصالة عدم غيره وان الموجود محكوم به
تركة ظاهرا ويقتصره في التبيين اقتضى ضمانها اما كونها الموجود فلا ولاحتمال ان لا يكون هو الوديعة فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال وترك العمل بظاهر اليد وعلى تقدير
عدم الحكم له به هل يحكم بضمان وديعته قيل لا لجواز تلفها بغير تفريط قبل الموت والاقرار بها لا ينافيه وقيل نعم لاصالة البقاء والحق ان الحكم مبني على ان
الاجمال المذكور هل يعد تقصيرا يوجب الضمان كما هو الظاهر من كلامهم ام لا فان قلنا به ضمن قطعا للتفريط وان قلنا بالثاني فلا لاصالة عدمه وبراءة الذمة
واما اصالة بقائه فلا يقتضي الضمان بل هي اعم منه فلا يدل عليه قد مضى مثله وسيأتي الكلام على نظيره قوله ولو لم يشهد اه هذا الحكم واضح لاصالة
عدم الوديعة كما لو انكرها المورث وكل من يدعي عليه وانما لا يجب عليهم اليمين لان الدعوى متعلقة بمورثهم لا بهم كما لو ادعى عليه بدين الا ان يدعي عليهم
العلم بذلك فيلزمهم على نفي العلم لا على البت لان ذلك ضابطة الحلف على نفي فعل الغير ومثله ما لو اقر الورثة بالوديعة ولكن لم يوجد في التركة وادعى
المستودع انه فرط في الاشهاد وقال الورثة لعلها تلفت قبل ان ينسب الى التفصير فالقول قولهم عملا بظاهر براءة الذمة ولا يمين ايضا الا مع دعواه عليهم
بالتقصير ويمكن ان يريد المص بمسئلة هذا القسم بان يكون المراد بانكار الورثة انكارهم وجودها في التركة حيث لم يشهد وحملوا ترك الاشهاد على تلفها
قبل حصول ما يوجب الاشهاد وادعى المالك بقاءها وتقصيره في الاشهاد والحكم في المسئلتين واحد قوله ويجب اعادة الوديعة على المودع مع المطالبة
اذا طلب المالك الوديعة وهي باقية وجب على الودعي ردها عليه في اول اوقات الامكان لا بمعنى مباشرة الرد وتحمل مؤنته كما يظهر من العبارة بل بمعنى رفع
يده عنها والتخلية بين المالك وبينها فان كانت في صندوق مقفل فتحه عليه وان كان في بيت محرز فكذلك وهكذا والمراد بالامكان ما يعم الشرعي و
العقلي والعادي فلو كان في صلوة واجبة اتمها او بينه وبينها حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتى يزول او في قضاء حاجة فالى ان ينقضي الضرورة منها ولا يجب
في الذهاب مجرى العادة ولا يجب الزيادة في المشي وان امكن وهل يعد اكمال الطعام والحمام وصلوة النافلة وانقطاع المطر غير المانع عذرا وجهان و
في كون العدم مع حكمه في باب الوكالة بانها اعذار في رد العين اذا طلبها الموكل وينبغي ان يكون هنا اولى وهل التاخير ليشهد عليه عذر قيل نعم ليدفع
عن نفسه النزاع واليمين لو انكر الرد وقيل لا لان قوله في الرد مقبول فلا حاجة الى البينة ولان الوديعة مبنية على الاخفاء غالبا وفصل اخرون جيدا
فقالوا ان كان المالك وقت الدفع قد اشهد عليه بالايداع فله مثله ليدفع عن نفسه التهمة وان لم يكن اشهد عليه عنده لم يكن له ذلك وحيث يؤخر
الرد مع امكانه يكون ضامنا لانه من اسباب التقصير ولو كان لعذر وجب المبادرة في اول اوقات زواله قوله ولو كان كافرا يشمل اطلاقه الكافر الحربي و
غيره من انواع الكفار ممن يجوز اخذ ماله فان الوديعة مستثناة من ذلك عملا بموجب الامانة وقد قال الله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى
اهلها ولرواية الفضيل عن الرضا عليه السلام في النحبة والثناء قال سئلته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمة والرجل الذي عليه المال
رجل من العرب يقدر على ان لا يعطيه شيئا والمستودع رجل خارجي شيطان فلم ادع شيئا فقال قل له يرده عليه فانه ائتمنه عليه بامانة الله وقال الحسين
الشيخ الصادق عليه السلام ان رجلا من مواليك يستحل مال بني امية ودماءهم وانه وقع لهم عنده وديعة فقال ادوا الامانات الى اهلها وان كان مجوسيا
فان ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا فيحل ويحرم وفي معناها اخبار كثيرة وقال ابو الصلاح اذا كان المودع حربيا وجب على المودع ان يحمل ما اودعه الى
سلطان الاسلام والمشهور بين الاصحاب هو الاول ولا نعلم فيه مخالفا غيره قوله الا ان يكون المودع غاصبا الى قوله صلحها هذا هو المشهور بين الاصحاب
ومستنده رواية حفص بن غياث عن الصادق والطريق ضعيف ولكنه عندهم مجبور بالشهرة واوجب ابن ادريس ردها الى امام المسلمين فان تعذر ابقاها
امانة ثم يوصي بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق وقواه في لف وهو حسن وان كان القول بجواز التصدق بها بعد الياس والتعريف متوجها ايضا كما في كل
مال يجهل صاحبه لان فيه جمعا بين مصلحتي الدنيا والاخرة بالنسبة الى مالكها فانه لو ظهر غرم له ان لم يرض بالصدقة فلا ضرر عليه وذهب المفيد
الى انه يخرج خمسها للمستحقين والباقي يتصدق به ولم يذكر التعريف وتبعه سلار والاجود التخيير بين الصدقة بها وابقائها امانة وليس له التملك بعد
التعريف هنا وان جاز في اللقطة وربما احتمل جوازه بناء على الرواية فانه جعلها فيها كاللقطة وهو ضعيف ويمكن ان يريد انها منزلة منزلة اللقطة
في وجوب التعريف لا مط ولم يذكر من عمل بالرواية جواز التملك وكما يجب انكارها على الوارث يجب على المودع ايضا لاستوائهما في عدم الاستحقاق
وتخصيص المص بالوارث لا وجه له وانما يجب منع الغاصب منها مع امكانه فلو لم يقدر على ذلك سلمها اليه وفي الضمان نظر والذي يقتضيه قواعد
الغصب ان للمالك الرجوع على ايهما شاء وان كان قرار الضمان على الغاصب قوله ولو كان الغاصب ممتزجا بماله اه هكذا اطلق المص وجماعة من الاصحاب
ووجه ان منعه منها يقتضي منعه من ماله لان الفرض عدم التميز وهو غير جائز ويشكل بان في الرد تسليطا للغاصب على مال الغير بغير حق وهو غير جائز ايضا
والاولى رده على الحاكم ان امكن ليقسمه ويرد على الغاصب ماله فان تعذر وكان مثليا وقدر حق الغاصب معلوما احتمل قويا جواز تولي الودعي القسمة
جمعا بين الحقين والقسمة هنا اجبارية للضرورة تنزيلا للودعي منزلة المالك حيث قد تعلق به ضمانه والحسبة ولو لم يكن كذلك بان امتزج على وجه لا
يعلم القدر اصلا ففيه اشكال ويتوجه ما اطلقه الاصحاب ان لم يكن مدافعة الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق ويحتمل عدم جواز الرد

مطلع

٣٠٨ مطع امكانه الى ان يعرف الغاصب بعينه او يقاسم لاستحالة ترجيح حقه على المغصوب منه مع تعلق الودعي بالحقين ولم يبلغ كلام الاصحاب هنا شيئا منقحا قوله ويتحقق موجبا الضمان ويتضمنها ضمان التفريط والتعدي الفرق بينهما ان التفريط امر عدمي هو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه والتعدي امر وجودي هو فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه قوله فكان يطرحها فيما ليس بحرز اى يطرحها فيه ويذهب عنها اما لو بقي مراعيا لها بنظره لم يعد تفريطا لان العين حرز الا ان يكون المحل غير صالح لوضعها فيه بحسب حالها وهو نوع اخص من التفريط قوله او يترك نشر الثوب الذي يفتقر الى النشر كما يجب عند الاطلاق سقي الدابة وعلفها وغيره مما فيه بقاؤها كذا يجب في كل وديعة فعل ما يقتضي بقاءها ودفع ما يوجب فسادها كنشر الثوب وطيه وتعريضه للهواء في كل وقت يفتقر اليه بحسب جنسه عادة حتى لبسه لو لم يندفع ضرره فلو اهمل ذلك ضمن سواء اذن المالك فيه ام سكت لان الحفظ واجب مطلقا فيجب كل ما يتوقف عليه اذا كان متعلقا ثم لو نهاه المالك عن ذلك لم يلزمه الضمان وان جاز له فعله حفظا للمال وقد تقدم مثله في نفقة الدابة ولو افتقر فعل ذلك الى اجرة فالحكم فيها كما من وجوب مراجعة المالك او الحاكم ثم تولي ذلك بنفسه والرجوع به مع نيته الى اخر ما تقدم قوله او يودعها من غير ضرورة ولا اذن لا فرق في عدم جواز ايداعها من دون اذن مالكها وعدم الضرورة بين ان يودعها الزوجة وولده وعبده وغيرهم ولا بين الثقة وغيره ولا بين ان يجعل ذلك الغير مستقلا بها او شريكا في الحفظ بحيث يغيب عن نظره وهو موضع وفاق ولانه تصرف في مال الغير بغير اذنه لان المالك لم يرض بيد غيره وامانته وفي حكم مشاركة غيره في الوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظ في سائر الاوقات سواء كان خارجا عن داره ام غير خارج نعم لو كان عند مفارقته لضرورة انه يستحفظ من يثق به ويلاحظ المحرز في عوده اتجه جواز ذلك لاعتياده لقضاء العادة به ولانه ايداع عند الحاجة يتوقف الحفظ على الغير لا لضرورة ما وانما كره او لم يحرز عنه ضمن واشترط المصنف في الضمان بالايداع شرطين احدهما عدم الضرورة فلو حصل ضرورة الى الايداع بان خاف عليها من حرق او سرق او نهب او اراد سفرا او تعذر ردها الى المالك او وكيله دفعها الى الحاكم ولا يسمى ذلك ايداعا فان تعذر اودعها العدل وهذا هو خارج بالقيد فلا يجوز ايداعها للضرورة ابتداء بل على الوجه الذي فصلناه وسيأتي في كلامه التنبيه عليه الثاني اذن المالك في الايداع فيجوز على حسب ما يأذن رتبة ووصفا ولا ضمان مع الايداع كما نص الا اذا خالف المعين مطلقا او الوصف الى غيره الى ما دونه قوله او يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وامنه من جملة اسباب التفريط السفر بالوديعة من غير ضرورة ولا اذن المالك سواء كان الطريق امنا ام مخوفا فاذا اراد السفر وجب عليه ردها على المالك او وكيله كما مر فان تعذر اودعها العدل فان فقد فلا يخلو اما ان يخاف عليها مع ابقائها في البلد او لا فان خاف جاز السفر بها كما سيأتي وهو الموافق لمفهوم العبارة هنا وان لم يخف عليها فمفهوم قوله كذلك اي كالسابق وهو عدم الضرورة والاذن انه لا يجوز السفر بها وهو كذلك لان الاذن مع الاطلاق انما يتناول الحفظ في الحضر عملا بالعادة وان السفر لا يخلو من خطر في الجملة وللخبر ولا فرق في الضرورة بين تعلقها بالوديعة كما لو خوف عليها وبالودعي كما لو اضطر الى السفر فانه يجوز ان يسافر بها مع تعذر ايصالها الى من ذكر سابقا وقد ادعى في التذكرة الاجماع على جواز السفر بها والمعتبر في تعذر الوصول الى المالك او وكيله والحاكم المشقة الكثيرة وهو المعبر عنه بالتعذر عرفا لا العقلي لما في الزامه بتحمل ما يزيد على ذلك من الحرج والضرر المنفيين واما السفر فالاولى حمله على العرفي ايضا لا الشرعي فعلى هذا يجوز استصحابها في تردده في حوائجه الى حدود البلد وما قاربها من القرى التي لا يعد الانتقال اليها سفرا مع امن الطريق فلا يجوز ايداعها في مثل ذلك مع امكان استصحابها كما لا يجب ردها على المالك ويفهم من كونه انه لو سافر بغير ضرورة يجوز استصحابها مع التزامه الضمان وعجزه عن ايصالها الى المالك ومن بحكمه ومن مفهوم عدم ايداعها الثقة والاجود المنع واستثنى من عدم جواز السفر بها اختيارا ما لو اودعه حال السفر او كان المستودع منتجعا فانه يجوز السفر بها من غير ضمان لقدوم المالك على ذلك ميثاقا ودعه قوله على تلك الحالة ولم يعرف على المستودع حينئذ ترك السفر لاجلها وكان هذا معنى الاذن في السفر بها لا التزام بحمالته قوله او طرح الاقمشة في المواضع التي تعفنها اى طرحها كذلك مدة يمكن فيها تعفنها اما لو وضعها فيها مدة ينقطع فيها بعدم الضرر فلا يعد ذلك تفريطا ومثله وضع الكتب في المواضع التي تفسدها بالنداوة وغيرها والمرجع في ذلك كله الى كون مثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفا بحسب المدة التي يبقيها فيها ولكن اعتبار كونه حرزا لها مطلقا فلا يجوز وضع الثوب في موضع يعفنه وان عزم على نقله قبل الفساد نظرا الى انه ليس حرزا له عادة قوله وكذا لو ترك سقي الدابة او علفها مدة لا تصبر عليها في العادة فماتت به احترز بموتها بها عما لو ماتت بغيره فانه لا يضمنها وكذا لو كان بها جوع سابق وعطش ولا يعلم بها فماتت بها بحيث لولا التفصيل لماتت ولو كان جاهلا فوجهان وجزم في التذكرة بالضمان ولو لم تمت بل نقصت خاسة ضمن النقص ولو لم ينقص دخلت في ضمانه بسبب التفريط واعلم ان الواجب علفها وسقيها بحسب العادة لامثالها فالنقصان عنه يعد تفريطا سواء صبرت عليه ام لا ومتى عد تفريطا صار ضامنا لها وان ماتت بغيره فهذا هو الذي يقتضيه قواعد الوديعة فتعليق الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدة لا تصبر عليها عادة ان اريد به هذا المعنى فلا اشكال او هذه الحيثية لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها مع كونها قد صارت مضمونة بالتفريط ومن شان المضمون ان لا يفرق الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره وسيأتي له نظائر كثيرة من كلام المصنف وغيره وان اراد به معنى اخر اخص مما ذكرناه كما هو الظاهر اشكل الحكم السابق ومن يتوقف الضمان على ترك ذلك هذه المدة مع ان الواجب القيام بالمعتاد منه وتركه يتحقق التفريط وفي عبارة التذكرة ما هو ابلغ مما هنا فانه قال في التذكرة لو امتنع المستودع من ذلك وعين ما اعلفت الشيء حتى مضت مدة يموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظر ان ماتت ضمنها وان لم تمت دخلت في ضمانه وان نقصت ضمن النقصان فان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها هذه عبارته وقد علق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدة يموت فيها عادة لا الى جزء زيادة من المعتاد ولا زيادة على ما يصبر عليه عادة قوله في التعدي مثل ان يلبس الثوب او يركب الدابة المراد انه لبسه للانتفاع به او من غير قصد اما لو توقف حفظه على لبسه كالبس ثوب الصوف ليدفع عنه الدود حيث لا يندفع بنشره

وعرضه على البرد والهواء لم يكن متعديا بل يكون واجبا يضمن بدونه وكذا القول في ركوب الدابة كما لو توقف نقلها الى الحرز او سقيها ونحوه على ركوبها فانه يجب
٣٠٥ فضلا عن الجواز وفي حكم لبس الثوب الموجب للضمان النظر في كتاب المودع لم وكذا النسخ منه بطريق اولى قوله ولو طلبت منه وامتنع من الرد مع القدرة ضمن قد تقدم ان المراد بالرد الواجب عليه رفع يده عنها وتمكين مالكها منها بفتح القفل والباب ونحو ذلك لا مباشرة الرد وان المراد بالقدرة ما يشمل القدرة شرعا الى ان يفرغ التحريم وقطعها ولا تعذر في التعقيب المعتاد ولا في اكمال النافلة ولا في الليل الى ان يصبح الا ان يكون في محل يشق اخراجها منه فيه عادة ونحو ذلك قوله وكذا لو جحدها ثم قامت عليه بينة او اعترف بها انما كان الجحود نفسه موجبا للضمان لانه خيانة حيث انه بانكاره يزعم ان يده عليها ليست نيابة عن المالك فلا يكون امينه ويعتبر في تحقق الضمان بامور الاول ان يكون بعد طلب المالك لها منه فلو جحدها ابتداء او عند سؤال الغير لم يضمن لان الوديعة مبنية على الاخفاء فانكارها بغير طلب يرجع الى الحفظ ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها او قال لي عندك وديعة فانكر ففي الضمان قولان احدهما العدم اختاره في التذكرة لانه لم يمسكها لنفسه ولم يعد يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها ومجرد السؤال لا يبطل الوديعة ولا يرفع الامانة بخلاف الطلب والثاني ثبوته لان جحوده يقتضي كون يده ليست عن المالك لان نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه فلا يكون امينا عنه فيضمن واختاره المحقق الشيخ علي وهو متجه الثاني ان لا يظهر لجحوده عذرا من نسيان او غلط ونحوهما فانه لا يضمن ان صدقه المالك على العذر والا فقولان الضمان وعدمه وبيانا والمستقرب في التذكرة الضمان ووجهه يعلم مما سلف وان كان عدم الضمان لا يخلو من وجه الثالث ان لا يكون الجحود لمصلحة الوديعة بان يقصد به دفع ظالم او متغلب على المالك ونحو ذلك لانه محسن وما على المحسنين من سبيل قوله ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز لا فرق بين خلطها بالاجود والمساوي والارد لاشتراك الجميع في العدوان الناشئ من التصرف في الوديعة تصرفا غير مشروع وتعيبها بالخلط المقتضي للشركة المفضية الى المعاوضة على بعض ماله عند القسمة بغير رضا ولان الشركة عيب فكان عليه الضمان ويفهم من قوله خلطها بماله انه لو خلطها بمال المالك لم يضمن وليس كذلك بل يضمن على التقديرين ولا فرق هنا ايضا بين ان يكون المالان عنده وديعة فيمزج احدهما بالاخر وكون الاخر امانة او وديعة بغير وعصبا لصدق التصرف المنهي عنه في ذلك كله وربما كان للمالك غرض في الامتياز ويمكن ان يكون الضمير في ماله عائدا الى المودع والمستودع والحكم فيهما صحيح الا انه في عوده الى كل واحد اخلالا بالاخر واستعماله فيهما على وجه الاشتراك بحيث يشملهما معا يحتاج الى تكلف وتجوز والاولى عوده الى المستودع خاصة كما ذكرناه اولا لان خلطه بمال المودع سيأتي الكلام فيه في العبارة في مادة مخصوصة وهو كونهما معا وديعة ولا فرق في الحكم بين الوديعة وغيرها ويفهم من قيد الحيثية بعدم التميز انه لو تميز المالان لا يضمن والحكم فيه كذلك ان لم يستلزم المزج تصرفا اخر غير المزج منهيا عنه كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك فالضمان المنفي على تقدير الامتياز من حيث المزج وان اوجب الضمان من جهة اخرى قوله وكذا لو اودعه مالا في كيس مختوم ففتح ختمه لا فرق في فتح الختم بين ان ياخذ شيئا من الكيس وعدمه ولا في الختم بين ان يكون مشتملا على علامة للمالك وعدمه لاشتراك الجميع في هتك الحرز والتصرف المنهي عنه ومثله الصندوق المقفل وكذا ما اشبه الختم مما يدل على قصد المالك الاخفاء به كالربط والشد لا ما يقصد به مجرد المنع من الانتشار كما في الخيط والربط الذي يشد به راس كيس الثياب اللازمة منهما والفارق بين الامرين القرائن وفي حكم الفعل والختم الدفن فلو اودعه شيئا مدفونا فنبشه ضمن وتنبيه بقوله في كيس مختوم على ان الختم المانع من تصرف المستودع هو ختم المالك فلو كان من المستودع لم يضمن لانه لا هتك فيه ولا نقصا عما فعله المالك هذا اذا لم يكن الختم منه بامر المالك والا كان كختم المالك وحيث يضمن بالفتح يصير ضامنا للمظروف وفي ضمانه للظرف وجهان اجودهما ذلك للتصرف فيه المنهي عنه والمستقرب في التذكرة العدم لانه لم يقصد الخيانة في الظرف ويضعف بان قصد الخيانة لا دخل له في الضمان بل التصرف وقد استشكل فيهما حكم ما لو عد الدراهم غير المختومة او وزنها او ذرع الثوب مع ان مقتضى تعليله عدم الضمان ولو لم يفتح الكيس المختوم لكن خرقه تحت الختم فهو كفض الختم ويزيد ضمان الظرف ايضا ولو كان الخرق فوقه لم يضمن الا نقصان الخرق قوله وكذا لو اودعه كيسين فمزجهما لم يقيد المزج هنا بكونه على وجه لا يتميز احد المالين عن الاخر اما الاستقلال بذلك او لكون المزج في الغالب يراد به ذلك او اراد تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج لاستلزامه التصرف في المالين بغير اذن المالك حيث اقتضى اخراج احدهما من كيسه وصبه على الاخر والظاهر انه يضمن المخرج مطلقا واما الاخر فان كان مختوما ضمنه والا فلا مع بقاء التميز لانه لم يحدث فيه تصرفا ممنوعا منه مع احتمال الضمان مطلقا ومن منعه لبعض الاصحاب هذا كله اذا كان الكيسان للمودع اما لو كان للمستودع فلا ضمان مع بقاء التميز لانه لم ينقل الوديعة من محل الى غيره ولم تقرر له محل ولا تعين عليه الحفظ فيما وضع فيه الا وقد تقدم انه لا فرق في بين كون الكيسين معا وديعة او احدهما امانة غيرها او غصبا قوله وكذا لو امره باجارتها لحمل اخف الى الاشكال في الضمان هنا مع استعمال المستأجر لها في الاثقل لانه تعد محض من المستودع وهل يتحقق بمجرد العقد يحتمل ذلك لاشتماله على الانتفاع والعدوان فيخرج عن كونه امينا كما يضمن بمجرده بل بمجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان وعدمه كما لو نوى الخيانة او التفريط او قال انه يفعل ذلك ولم يفعل ولو اوقف في ذلك على شيء يعتد به والمراد من الاشق في المثالين ان الحديد اشق عند سكون الهواء والقطن اشق عند الهواء ومن ثم جمع بين المثالين ثم المضمون على تقدير المخالفة هو الجميع على التقديرين لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع مع احتمال التقسيط خصوصا في حمل الاثقل لان القدر المأذون فيه ليس بمضمون وانما تعدى في الزائد فيقسط التالف عليهما وعلى هذا فيعتبر في الاضر ما ساوى المأذون من الشيء مع احتمال ضمان الجميع هنا وان قلنا به ثم لان مجموع الحمل مغاير للمأذون بخلاف الاثقل اذا كان الثقل مستندا الى زيادة المقدار مع اتحاد الجنس كما اذا اذن له في حمل قفيز فاجرها بقفيزين وسيأتي مثل هذا الاشكال في باب الاجارة ونسبة الجميع مطلقا الى مط قوله ولو جعلها المالك في حرز مقفل الفرق بين الامرين واضح فانه في الاول تعدى بفتح حرز المقفل من المالك فيضمن الجميع كما تقدم وان لم ياخذ منه شيئا فاذا اخذ او لم واما اذا لم يكن موضوعا في حرز فلم يحصل منه تعد الا بما اخذ وكذا اذا كان في حرز للمودع فان لم يقفله في كل وقت لانه لا يعد متصرفا في مال المستودع بالكلية بل في ماله فلا يضمن من جهة الحيثية وانما يضمن من جهة الاخذ

٣١٠ مضمون على الماخوذ ويشكل عنه ما اذا شرع المستودع بامر المالك فانه يصير بمنزلة ما لو عزله المالك ولا فرق في ضمان الماخوذ بين ان يصرفه في حاجته وعدمه عندنا لان الاخراج على هذا القصد خيانة وعلى هذا فلو نوى التصرف في الوديعة عند اخذها بحيث اخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقا لانه لم يقبضها على وجه الامانة بل على سبيل الخيانة وفي تاثير النية في استدامة الاخذ كما لو نوى في ابتدائه وجهان من ثبوت اليد في الموضعين مقترنا بالنية الموجبة للضمان ومن انه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانة والشك في تاثير مجرد القصد في الضمان وتردد في كره ويتحقق ذلك في صورتها ان ينوي الاخذ ولم ياخذ او الاستعمال ولم يستعمل او ان لا يرد الوديعة بعد طلب المالك ولم يتلفظ بالجحود وغير ذلك وقد جزم المص فيما سبق بانه لو نوى الانتفاع لا يضمن بمجرد النية قوله ولو اعاد بدله لم يبرأ اه انما لم يبرأ مع اعادة البدل لانه لم يتعين ملكا للمودع اذ لا يحصل الملك الا بقبضه او قبض وكيله والمستودع ليس وكيلا له في تعيين العوض وان كان وكيلا في الحفظ فاذا مزج ما جعله بدلا بالباقي حيث لا يتميز ضمن مزج الوديعة بماله وقد تقدم في ذلك ما يوجب الضمان ولو بقي متميزا فالباقي غير مضمون اذ لم يحصل فيه تعد ولو اعاد عين الماخوذ لم يزل الضمان عنه كما لا يزول بالرجوع عن كل تفريط وتعد ولا يتعدى الى الباقي وان مزجه به بحيث لا يتميز لان الجميع مال المالك غايته ان بعضه مضمون وبعضه غير مضمون ولان هذا الاختلاط كان حاصلا قبل الاخذ وعلى هذا لو كان الجميع عشرة دراهم واخذ منها درهما ثم رده اليها وتلفت بغير تفريط لم يلزمه الا درهم ولو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم وهكذا قوله لا يجوز السفر بالوديعة اه انما يجوز السفر بها مع الخوف عليها مع تعذر ردها على المالك ووكيله والحاكم وايداعها الثقة حيث لا يكون في ايداعها خطر عليها فلو قدر على احدهم لم يكن له السفر بها وان خاف عليها ثم لو خاف عليها على تقدير ايداعها سقط وجوبه وجاز السفر بها بل يجب اخذها معه لان حفظها واجب فاذا لم يحصل الا بالسفر وجب من باب المقدمة وقد تقدم الكلام في ذلك والمص عبر بالجواز والظاهر انه اراد به معناه الاعم فلا ينافي الوجوب اذ لا يجوز تركها مع الخوف عليها الا ان يقال ان السفر لا يجب عليه لاجلها وان خاف تلفها بدونه بل ان اختار السفر وجب عليه استصحابها فلا يكون السفر واجبا وانما يجب مصاحبتها لو اختاره فيصح اطلاق جواز السفر ح وبهذا المعنى صرح بعض الاصحاب والاقوى الاول بل قال في كره انه لا نعلم فيه خلافا قوله ولا يجوز السفر مع ظهور امارة الخوف ولو سافر والحال هذه ضمن هذا من تتمة الحكم السابق ومحصله ان السفر بالوديعة حيث يسوغ لضرورته او لضرورتها انما يجوز مع امن الطريق ولو كان مخوفا ولو بظهور امارة عليه مفيدة لظن الخوف لم يجز ولو سافر والحال هذه ضمن لانه تغرير بها ولو فرض الخوف عليها في الحضر يكون قد تعارض خطران فيرجح الاقل لان السفر بنفسه خطر فاذا انضم اليه امارة الخوف زاد خطره على الحضر قوله لا يبرأ المودع الا بردها الى المالك الى قوله لم يضمن لما كانت الوديعة من العقود الجائزة جاز للمستودع ردها في كل وقت لكن مع وجود المالك او وكيله في قبضها او مطلقا يجب دفعها اليه ولا يبرأ بردها الى الحاكم لانه لا ولاية له على الحاضر الرشيد فان فقدهما واراد ردها على الحاكم وكان به حاجة الى ذلك كما لو عجز عن حفظها او عرض له خوف يفتقر معه الى السفر المنافي لرعايتها او خاف عليها من السرق والحرق والنهب ونحو ذلك من الضرورات جاز دفعها الى الحاكم لان له ولاية على الغائب على هذا الوجه فان تعذر اودعها الثقة ولا ضمان فيهما لمكان الحاجة ولو لم يكن له عذر لم يجز دفعها الى الحاكم ولا ايداعها الثقة وان كان له فسخ الوديعة لانه قد التزم الحفظ فلا يبرأ الا بدفعها الى المالك او وكيله لان المالك لم يرض بيد غيره ولا ضرورة له الى اخراجها من يده فليحفظها الى ان يجد المالك او يتجدد له عذر هكذا ذكره الاصحاب لا نعلم فيه خلافا بينهم ووافقهم جماعة من العامة واجاز بعضهم دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك مطلقا لانه بمنزلة وكيله وليس بذلك البعيد ثم على تقدير جواز دفعها الى الحاكم هل يجب عليه القبول كما اذا كان له عذر ولم يجد المالك ولا وكيله وجهان من انه نائب عن الغائب وانه منصوب للمصالح ولو لم يجب القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه ومن اصالة البراءة والاقوى الاول فالوجهان آتيان فيما لو حمل اليه المديون الدين مع غيبة المدين او الغاصب المغصوب او بدله عند تلفه وغير ذلك من الامانات التي يليها الحاكم قوله لو دفعها الى الحاكم اه سواء كان ذلك لفسخ الوديعة مع العذر ام لارادة السفر الضروري ويجب تقديم الدفع الى الحاكم على ايداع الثقة لانه وكيل عام عن المالك فكان اولى فيضمن لو خالف الترتيب كما يضمن لو دفعها الى الحاكم مع امكان دفعها الى المالك او وكيله الخاص وقد تقدم مراد قوله اذا اراد السفر اه قد عرفت انه مع ارادة السفر يجب ردها الى المالك او وكيله ثم الى الحاكم ثم يودعها الثقة على تفصيل فيه فاذا ترك ذلك واقتصر على دفنها فان كان مع وجود المالك او وكيله فالضمان ظاهر لانه لو دفعها الى الحاكم او اودعها الثقة ضمن فاذا دفنها في مكان يحتمل معه فوتها عليها واستيلاء بان يتفق موته فلا يصل مالكها اليها اولى وان تعذر الوصول الى المالك وامكنه الوصول الى الحاكم والحكمة الوصول الى الحاكم فكذلك وكذا لو تعذر ودفنها في غير حرز او في حرز ولم يعلم بها الثقة او اعلمه ولم يكن تحت يده بان يكون في منزل المستودع ولو كان الموضع في يد الامين فهو كما لو اودعه مع احتمال عدمه وهو ظاهر اطلاق العبارة لانه اعلام لا ايداع ولانه لا يلزمه حفظها بمجرد الاعلام بخلاف ما لو قبل الوديعة فانه يترتب عليه وجوب ملاحظتها ونقلها من الموضع عند الخطر ونحو ذلك من لوازم الامانة وقطع في كره بالاول وفي الثاني قوة هذا كله اذا لم يخش معاجلة السراق قبل ايصالها الى من ذكر من المالك ومن يترتب عليه والا جاز الدفن في موضع امين وقد وقعت المعاجلة في كلام المص والجماعة مطلقة وهي تحتمل امرين احدهما معاجلة السراق قبل ذلك وهو صحيح لان حفظها ح لا يكون الا بالدفن فيجب ويجزي لانه المقدور ويعتبر كونه في حرز مع الامكان لا شبهة في عدم الضمان والثاني معاجلة الرفقة اذا اراد السفر وكان ضروريا والتخلف عنها مضرا فانه يدفنها في حرز ولا ضمان عليه لمكان الحاجة قوله اذا اعاد الوديعة بعد التفريط اه انما لم يبرأ بالرد لانه قد صار بمنزلة الغاصب بتعديه فيستصحب الحكم بالضمان الى ان يحصل من المالك ما يقتضي زواله ويتحقق ذلك بامور منها ان يرده عليه ثم يجدد له الوديعة وهذا لا شبهة فيه لانه وديعة مستانفة ترتب عليها حكمها الذي من جملته كون الودعي امينا ويمكن دخوله في قول المص جدد له المالك الاستيمان ومنها ان يجدد له من غير ان يدفعها اليه بان يقول اذنت لك في حفظها او اودعتكها او استامنتك عليها ونحو ذلك وقد جزم المص بعود الامانة بذلك ووجهه ان الضمان انما كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه باحداث ما يقتضي الامانة ويمكن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا فان المستودع هنا قد صار بتعديه بمنزلته والمسئلة موضع اشكال كما تقدم

بين الوديعة

بين الوديعة والضمان كما في الرهن المذكور فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لا ينافيه ومنها انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلا في حفظها وذلك يقتضي رفع الضمان وقد سلف البحث في نظائرها في مواضع كالرهن والقراض والاقوى هنا زوال الضمان لان المستودع نائب عن المالك في الحفظ فكانت يده كيده وقبضه كقبضه فكان المال في يده بمنزلة ما اذا كان في يد المالك بخلاف الرهن ومنها ان يبرئه من الضمان وقد جزم المص ببرائته ايضا والوجه فيه ما سبق من ان الضمان كان لحق المالك وقد اسقطه بالبراءة ويشكل بان معنى الضمان ان العين لو تلفت وجب عليه بدلها والحال انها الان لم تتلف فيكون الابراء من الضمان ابراء مما لم يجب ويمكن دفعه بان الضمان المسبب عن التعدي معناه جعل ذمة الودعي متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته لا نفسه والساقط بالابراء هو الاول لا الثاني ويدل على ان المراد من الضمان هو المعنى الاول انهم يحكمون عليه بمجرد العدوان فيقولون صار ضامنا ولو قيل كذا ضمن ونحو ذلك مع ان لزوم البدل لم يحصل بذلك وانما يحصل بعد تلفه او هذا معنى يمكن زواله بالبراءة بل هو متعلق البراءة واما نفس البدل فلا يعبر عنه بالضمان والبراءة اذا تعلقت به فانما يكون من نفس المال لا من الضمان الثابت بالعدوان واعلم ان ما ذكره من تعليق الحكم على اعادتها الى الحرز بعد التفريط على سبيل المثال والا فالحكم متعلق بكل موضع يثبت فيه الضمان بل ذلك السبب بان يلبس الثوب ثم ينزعه بنية التخلص او ياخذ الدراهم لينفقها ثم يردها او ينظر في الكتاب ثم يطبقه ويرده الى الحرز وغير ذلك من اسباب التعدي والتفريط والجحود وغيرها قوله ولو اكره على دفعها الى غير المالك دفعها ولا ضمان هذا هو المشهور بين الاصحاب لضعف المباشر وقوة السبب فيختص به الضمان ولاصالة براءة الذمة ولان ترك التسليم ضرر منفي فيباح فلا يستعقب الضمان لانه ماذون فيه شرعا وخالف في ذلك ابو الصلاح فاوجب الضمان اذا سلمها بيده وان خاف التلف الا ان اخذها المكره من الحرز بنفسه محتجا بانه متلف بالتسليم فكان ضامنا ووافقه في كره وجوابه يعلم مما سبق فان الضرر والاذن الشرعي اسقط الضمان ولان الاكراه صير فعله منسوبا الى المكره ولانه محسن فلا سبيل عليه على تقدير ضمانه فقراره على المكره وانما يظهر الفائدة في جواز مطالبة المالك له بالعين او البدل قوله اذا انكر الوديعة اه الاشبه يمكن ان يرجع الى قبول قوله في الاخير وهو الرد خاصة لانه موضع الاشكال من حيث ان الاصل عدم الرد وعموم البينة على المدعي ومن حيث انه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك وامين والاصل براءة ذمته والمشهور قبول قوله فيه بيمينه هذا اذا ادعى ردها على من ائتمنه اما اذا ادعى ردها على غير من ائتمنه كالوارث فعليه البينة لان الاصل عدم الرد وهو لم يأتمنه فلا يكلف تصديقه ودعوى ردها على الوكيل كدعوى ردها على الموكل لان يده كيده واما انكار الوديعة فلا شبهة في قبول قوله فيه لانه منكر والاصل عدمها من غير معارض واما دعوى تلفها مع الاعتراف بها ابتداء فانه وان كان فيه مدعيا ومخالفا للاصل الا ان المشهور قبول قوله فيه مع يمينه لانه امين فيقبل قوله على من ائتمنه ولا فرق في ذلك بين دعواه التلف بسبب ظاهر كالحرق والغرق وخفي كالسرق لاشتراكهما في المعنى خلافا للمخالف حيث فرق فقبل قوله في الثاني دون الاول الا ان يكون معلوما بالمشاهدة او الاستفاضة عاما بحيث يمكن تناوله له هذا اذا ذكر السبب ولو اطلق قبل قوله بيمينه ايضا قال في كره بعد حكايته عن الشافعي ولا باس بهذا القول عندي وقال الصدوق ره في المقنع يقبل دعوى التلف والضياع بلا يمين وعلى هذا فيمكن عود الاشبه الى قبول قوله في التلف بيمينه مط فيكون ردا على القولين والى اثبات اليمين خاصة والى قبول قوله مط والى المجموع منهما ومن قبول قوله في الرد قوله اما لو دفعها الى غير المالك اه لانه منكر للاذن فيقدم قوله بيمينه ولاصالة عدمه ولان المدفوع اليه لم يأتمنه فلا يقبل قوله في الرد اليه كما لو ادعى الرد الى الوارث وكون المدعى الدفع اليه وكيلا ليكون يده كيده غير معلوم لان انكاره الاذن له في الدفع اليه اخرجه عن كونه وكيلا وح فاذا حلف المالك نظر ان كان من ادعى الدفع اليه مقرا بالقبض وهي باقية ردت الى المالك وان تعذر ارتجاعها منه لغيبة او غيرها تخير المالك بين الرجوع عليه وعلى الودعي فان رجع على الودعي رجع على المدفوع اليه ان كانت العين باقية فاذا استرجعها ردها على المالك واخذ البدل الذي دفعه وان كانت تالفة لم يكن له الرجوع عليه لانه زعم ظلم المالك له في اخذ البدل فلا يرجع على غير من ظلمه وان كان منكرا للقبض الذي ادعاه المستودع قدم قوله بيمينه مع عدم البينة فيختص الغرم بالمستودع قوله ولو صدقه على الاذن لم يضمن وان ترك الاشهاد على الاشبه اختلف الاصحاب في ان من امر غيره بدفع الوديعة الى غير المالك او بقضاء دينه ففعل ولم يشهد فانكر المدفوع اليه هل يضمن الدافع ام لا فقيل يضمن فيهما لان اطلاق الاذن يقتضي دفعا ثابتا يمكن الرجوع اليه عند الحاجة فاذا ترك الاشهاد فقد قصر خصوصا في الدين فان الغرض منه براءة الذمة ولا يظهر الا بالاشهاد لان الغريم اذا انكر فالقول قوله وقيل لا يجب الاشهاد فيهما ولا ضمان بتركه لان المامور به هو الدفع وقد امتثله والمتوقف عليه امر اخر لا يدل عليه اطلاق الامر وانما هو مطلوب من الامر والى هذا القول مال في لف وقيل يجب الاشهاد في قضاء الدين دون الوديعة اما الدين فلما ذكر واما الوديعة فلانها امانة وقول المستودع مقبول في الرد والتلف فلا معنى للاشهاد ولان الوديعة حقها الاخفاء بخلاف قضاء الدين واختار هذا القول في كره وكثير من كتبه ولم يختر المص هنا عدم وجوب الاشهاد على اداء الوديعة وقال في الوكالة اختار التفصيل على تردد فيه والتفصيل حسن قوله اذا اقام المالك البينة على الوديعة اه وجه عدم السماع انه بانكاره السابق مكذب لدعواه اللاحقة فلا تسمع لتناقض كلاميه فلا يتوجه بها يمين عليه ولا على المدعي عليه وكذا لا تسمع بينته بطريق اولى لانه مكذب لها ووجه ما حسنه المص من سماعها عموم الخبر وجواز استناد جحوده الى النسيان فيعذر وهو خيرة كره وفي لف منع من قبول بينته وسماع دعواه بمعنى قبول قوله بيمينه لكن قال ان له احلاف الغريم وهو نوع من سماع دعواه وفي عد منهما احتمالا للعلامة في المسئلة قول رابع وهو انه ان اظهر لانكاره تاويلا كقوله ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها او ضمانها ونحو ذلك قبلت وسمعت بينته وان لم يظهر له تاويلا لم تقبل واختاره الشهيد ره وهو حسن هذا كله اذا كان الجحود بانكار اصل الايداع اما لو كانت صورته لا يلزمني شيء او لا يلزمني تسليم شيء اليك او ما لك عندي وديعة او ليس لك عندي شيء فقامت البينة بها فادعى التلف او الرد سمعت دعواه وبينته لعدم التناقض بين كلاميه وح قلنا يقبل بينته ان شهدت

٣١١

بتلفها قبل الجحود برئ من الضمان وان شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ومنع المالك عنها قوله اذا عين له حرزا ابتدأ عنده اه لما كان الواجب على المستودع
وضع الوديعة في حرز مع الاطلاق وفي المعين منه مع تعيينه وذلك شامل لجميع اجزاء الزمان الذي يكون فيه مستودعا لزم وجوب المبادرة الى وضعها
في الحرز فلو امره بوضعها في البيت وكان خارجا عنه او في الصندوق وكان لم يصل ابقاؤها معه الى ان يصل اليه كيف شاء بل يجب عليه المبادرة بحسب العادة
الى ايداعها ذلك المحل المعين فان اخر عن المبادرة وان قل ضمن مع التمكن منها وينبغي ان يراد بالتمكن هنا ما يعم الشرعي والعقلي فلو كان في وقت فريضة قد
ضاق بحيث يستلزم المبادرة فواتها ونحو ذلك عذر ويمكن الان يتم الواجب المضيق اما قضاء الوطر من الاكل والحمام وقضاء الحاجة الى البيت
ضرورية فلا تعد عذرا على ما سبق من احتماله والكلام في ابقاء الضمان مع عدم المبادرة وان وضعها بعد ذلك في المعين كما سبق في التقصير ويتفرع على
ذلك انه لو كان المعين البيت وله بيوت متعددة فوضعها في احدها جاز نقلها الى الاخر ان لم يكن فاصل بعد خارج عنهما وان كان من توابع الدار
لان المراد بهذه العدد الخارج عنها الخروج عن مقتضى الامر غير ضرورة ولو كان في البيت صناديق جاز نقلها من بعض الصناديق الى بعض
لانها غير خارجة من البيت المعين ولو كان المعين الصندوق ضمن باخراجها الى غيره لما ذكرناه من التعليل في نقلها من بيت الى اخر هذا اذا لم يكن
التعيين متعينا والا فحكم الضمان اوضح كل ذلك مع الاختيار اما مع الخوف او الحاجة الى النقل فلا ضمان قوله ولو سلمها الى زوجته لتحرزها ضمن فقد
ان المستودع لا يجوز له الايداع اختيارا ولا مشاركة غيره في الاحراز ولا فرق في ذلك بين الزوجة وغيرها عندنا بل يضمن مع عدم احرازها عنها وان لم يسلمها اليها
لجماعتنا ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جوز له ايداع زوجته ولغيره حيث جوز الاستعانة بها وبالخادم وثالث حيث جوز ايداع من عليه
نفقته قياسا على ماله وهو فاسد منقوض بالاجنبي قوله اذا اعترف بالوديعة ثم مات اه هذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان اعترافه بالوديعة
في حياته اوجب ثبوت يده عليها والزامه بها الى ان يردها الى مالكها فاذا لم يعلم كان ضامنا لها لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولانه بتركه
تعيينها مفرط فيها فيضمن ولان الاصل بقاؤها في يده الى الموت وبعده تكون في جملة التركة فاذا تعذر الوصول الى عينها وجب البدل فيكون بمنزلة
الدين فيحاص الغرماء والمصنف تردد في هذا الحكم وتردده يحتمل امرين احدهما ان يكون في اصل الضمان فان اعترافه بها في حياته انما يقتضي وجوب الحفظ
والامانة بريئة من ضمانها اذا مات ولم يعلم احتمل تلفها قبل الموت بغير تفريط او ردها الى المالك والاصل براءة ذمته من الضمان وكون التلف
على خلاف الاصل معارض بهذا الاصل وبعد امتنا فيمن حي يقينا فظاهر انه لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمة والثاني ان يكون التردد في كيفية الضمان
فان اصالة بقائها اقتضى كونها في جملة التركة فاثباتها ان عينها مجهولة فيكون مالكها بمنزلة الشريك وكون الشركة قهرية لا يقدح في الحكم كمن امتزج
ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات احدهما فان الشركة تتحقق ويقدم الشريك بالحصة على غيره من الغرماء والانتقال الى البدل انما يتحقق مع العين
انما يكون مع عدم العلم بوجودها في جملة المال والا فمعنا البدل واصالة البقاء قد اوجبت ذلك والاولى انه ان علم بقاء عينها الى بعد الموت ولم
يتميز قدم مالكها على الغرماء وكان بمنزلة الشريك وان علم تلفها بتفريط فهو اسوة الغرماء والا فلا ضمان اصلا لاصالة براءة الذمة واصالة بقائها الى
الان لو سلمت لا تقتضي تعلقها بالذمة وقد سبق مثل هذا البحث في الرهن والقراض قوله اذا كان في يده وديعة فادعاها اثنان اه اذا ادعى كل من الشخصين
على ثالث بان ما في يده من المال المخصوص وديعة له عنده فاما ان لا يقر لاحدهما او لهما معا او يكذبهما على وجه القطع او يقول لا ادري لايكما هي مع
قطعه باختصاصها باحدهما او يقول لا ادري لمن هي فان اقر لاحدهما بعينه حكم بها للمقر له ويحلف للاخر فان حلف له سقطت دعواه عنه وبقيت منازعته مع
صاحبه فله احلافه ايضا فان حلف سقطت دعواه ايضا واستقر ملك المقر له على العين ولو نكل الودعي عن اليمين احلف المدعي على استحقاقها ان لم
يقض بالنكول واغرم الودعي له المثل او القيمة للحيلولة بينه وبينها باقراره الاول تنزيلا لليمين المردودة منزلة اقرار المنكر اذ لو اقر بها ثانيا للاخر يغرم
له فكذا اذا حصل ما هو بحكم الاقرار ولو جعلناه كالبينة من المدعي فهو مساو له للاخر وانتزاع العين من يد المقر له وجهان من سبق استحقاقه باقراره من هي
في يده فلا تزال اليمين الاخرى لاصالة بقاء الحق وامكان الجمع بتغريم المقر البدل ومن اقتضاء البينة كونها لمن تشهد له والاول اقوى لانها انما تكون كالبينة
بالنسبة الى المتداعيين لا في حق غيرهما وكونها كالبينة في حق المدعى عليه يقتضي غرمه له عوضها للحيلولة بينه وبينها باقراره واليمين منهما هنا على البت
لانها ترجع الى الاستحقاق ونفيه ولو اقر بها لهما معا على سبيل الاشتراك فقد كذب كل واحد في دعوى الجميع وصدقه في البعض فيقسم بينهما ويكون حكم
التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة الى الودعي وبالنسبة اليهما يبقى النزاع بينهما في النصف فان حلفا او نكلا قسم بينهما وان حلف احدهما
خاصة قضي له به ولا خصومة للناكل مع المستودع وان اكذبهما معا انتفت دعواهما الان اليد له ولكل منهما احلافه على البت ايضا فان نكل عن اليمين ردت
عليهما وصارا في الدعوى سواء لان يدهما خارجة فان حلفا او نكلا قسمت بينهما وان حلف احدهما خاصة اختص بها وان قال هي لاحدكما ولا ادري
من هو على التعيين فان صدقاه على عدم العلم فلا خصومة لهما معه ويبقى الخصومة بينهما والحكم كالسابق لكن هنا يحتمل جعلهما بمنزلة ذي اليد لا الخارج
بخلاف الاول والفرق انه في الاول لا يد لاحدهما ولا اعتراف لذي اليد لاحدهما ايضا فهما خارجان عنها على التقديرين بخلاف ما هنا فان ذا اليد يعترف بان اليد
لاحدهما وليس احدهما اولى من الاخر على تقدير الاشتباه ويحتمل مساواته للاول لعدم ثبوت اليد لاحدهما ويظهر فائدة اليد وعدمها عند تعارض
البينات على ما سيأتي ان شاء الله وان كذباه في عدم العلم فادعى كل واحد منهما علمه بانه المالك فالقول قوله مع يمينه لكن الحلف هنا على عدم العلم ويكفي يمين
واحدة على الاقوى لان المدعى شيء واحد وهو علمه بكون المال لمعين بخلاف السابق لانه ينفي استحقاق كل واحد فيحلف له وقيل يحلف لكل منهما يمينا
لان كلا منهما مدع فيدخل في عموم الحديث السابق فاذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما واختلف هنا فقيل يقرع بينهما فمن خرج اسمه وحلف سلمت اليه
وقيل يوقف حتى يصطلحا والقولان للشيخ والاقوى انهما يتحالفان ويقسم بينهما لتكافؤ الدعويين وثبوت يدهما في الجملة وهو يقتضي القسمة كذلك فلا يكون

الثامنة اذا امره بحرز ... وجب المبادرة ... اليه بحسب العادة ... التمكن ضمن ... الى زوجته ... التاسعة اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها قيل ... يخرج من اصل التركة ... الغرماء ... العاشرة اذا كان في يده وديعة فادعاها اثنان فان صدق احدهما ... وان اكذبهما ... وان قال لا ادري اقرت في يده حتى يثبت لها مالك وان ادعيا او احدهما علمه ... الدعوى كان عليه اليمين

الاستشكال

الاشكال والايقاف حتى يصطلحا ضرر والاصطلاح غير لازم ولو نكل عن اليمين وحلفا على علمه اغرم القيمة يجعل مع العين في ايديهما لان يمينهما اقتضت ان ٣١٣
يكون عالما بالعين لكل واحد بخصوصه وبانكاره حصلت الحيلولة بين المستحق وحقه فيجب ان يغرم القيمة ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لاحدهما رجحان على
الاخر فجعل العين والقيمة معا في ايديهما وهل تقسم بينهما بحلفهما كما لو توقف حتى يصطلحا القولان ويمكن ان يرجح هنا بان القسمة بينهما تتوقف على
حلفهما ثانيا بالاستحقاق لان اليمين الاول لم يتناوله وانما اثبت غرم القيمة لهما ولو كان حلفهما ابتداء على الاستحقاق قسمت العين بينهما فقط وان
قال لا ادري اهي لكما او لاحدكما او لغيركما وادعيا علمه فالقول قوله في نفيه كما مر فاذا حلف تركت في يده الى ان يقوم البينة وليس لاحدهما تحليف
الاخر لانه لم يثبت لهما ولا لواحد منهما عليها يد ولا استحقاق بخلاف الصورة السابقة ولو نكل عن اليمين ففي تسليمها اليهما مع حلفهما على الاستحقاق
وغرامة لهما القيمة لو حلفا على علمه احتمال لانحصار الحق فيهما ظاهرا اذ لا منازع لهما الان ويحتمل العدم لعدم حصر ذي اليد الحق فيهما ولم اقف في هذا
القسم على شيء يعتد به واعلم ان قول المصنف اقرت في يده يشمل القسمين المشتملين على عدم علمه بعين ما حصرها فيهما مع اشتباه التعيين وما لو ادخل في الاحتمال
معهما غيرهما واقراره في يده في الثاني جيد لان يده يد الامانة ولم يتعين لها مالك يجب الدفع اليه والحق ليس منحصرا فيهما بل يوم سقوط امانته بمطالبتهما
واما اقرار يده في القسم الاول فقيل انه كذلك لما ذكرناه من كونها يد امانة ولم يتعين المالك وقيل انها تنتزع من يده لانحصار الحق فيهما ومطالبتهما
اياه ويضعف بان المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجب معها التسليم وهنا ليس كذلك فلا يترتب عليه زوال الامانة والقولان للشيخ ومن لحق رجح اطلقه
واستوجه في لف رد الامر الى الحاكم وهو في القسم الاول حسن قوله اذا فرط واختلفا في القيمة اه القول الاول للشيخ محتجا بانه بالتفريط خرج عن الامانة
فلا يكون قوله مسموعا وقيل انه رواية ويضعف بانا لا نقبل قوله من جهة كونه امينا بل من حيث انه منكر للزائد فيكون القول قوله كان المالك مدع
فيكون عليه البينة عملا بعموم الخبر وهذا حكم لا يختص بالامين بل الحق يتعداه الى كل من شاركه في هذا المعنى وان كان غاصبا والخبر لم يثبت على وجه
يحصل به الحجة فما اختاره المصنف قوي وهو اختيار الاكثر قوله اذا مات المودع سلمت الوديعة الى الوارث اه المراد بمن يقوم مقامهم وكيلهم اجمع او وليهم
او وصي مورثهم ولو كانوا اطفالا او الحاكم مع غيبتهم او عدم وجود ولي خاص لهم ويجب المبادرة الى التسليم المذكور لانها بموت المودع صارت امانة
شرعية ولا فرق في وجوب المبادرة بين علم الورثة بالوديعة وعدمه عندنا وقال بعض الشافعية انه مع علمهم لا يجب الدفع الا بعد الطلب لنفي صنعه في كونه
البأس وهو وجيه الا انه لم يتحقق به قائل منا وان كان القول به ممكنا لعدم تحقق الاجماع

كتاب العارية

هي بتشديد الياء كانها منسوبة
الى العار لان طلبها عار وعيب ذكره الجوهري وابن الاثير في نهايته وقيل منسوبة الى العارة وهي مصدر من قولك اعرته اعارة وعارة كما يقال اجبته اجابة وجابة
واطقته اطاقة وطاقة وقيل ماخوذة من عار يعير اذا جاء وذهب ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته فسميت عارية لتحولها من يد الى يد وقيل ماخوذة
من التعاور والاعتوار وهو ان يتداول القوم الشيء بينهم وقال الخطابي في غريبه ان اللغة الغالبة العارية وقد تخفف قوله وهي عقد ثمرته التبرع بالمنفعة
العقد اسم للايجاب والقبول وتعليق الثمرة عليه يقتضي ان للقبول مدخلا فيها مع ان التبرع بالمنفعة يتحقق بالايجاب خاصة لان المتبرع انما هو باذل العين
لا المنتفع بها ويمكن الجواب بان القبول لما كان شرطا في صحة العارية لم يتحقق الثمرة بدونه وان بذلها المعير فانه لو تبرع بالعين واوقع الايجاب فرده
الاخر لم يحصل الثمرة وان حصل التبرع بالمنفعة فالمترتب على العقد هو التبرع على وجه تمامه وذلك لا يتم بدون القبول وينتقض في طرده بالسكنى والعمرى
والحبس والوصية بالمنفعة فان هذه كلها عقود واجبة بالمنافع تؤدي معنى العارية وان كانت لازمة وغايته انقسام العارية الى جائزة ولازمة كالاعارة
للرهن وفيه نظر لان هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والصيغ فادخال بعضها في بعض بمجرد المشاركة في بعض الخواص اصطلاح
مردود ولو اضيف الى ذلك قيد الجواز فقيل ثمرته التبرع بالمنفعة مع بقاء الجواز ونحوه خرجت هذه العقود وبقيت السكنى المطلقة فانه يجوز الرجوع
فيها متى شاء المسكن كما سيجيء وقد يلتزم فيها بانها عارية لتحقق المعنى فيها مطلقا ولا يقدح الصيغة لان العارية لا تختص بلفظ بل كل ما دل على تسويغ الانتفاع
بالعين تبرعا والسكنى المطلقة تقتضي ذلك لكن يبقى ان العارية اللازمة خارجة فيحتاج ادخالها الى قيد اخر والتزام جواز الرجوع فيها بالنسبة الى المستعير وان
لم يؤثر بالنسبة الى المرتهن وتظهر الفائدة في وجوب السعي على الراهن في تخليصها بما امكن ووجوب المبادرة الى ردها عند الفك على الفور بالمطالبة
ولو قلنا انه لا اثر لها وانها لازمة من طرفه مطلقا انتفت هذه اللوازم والاول ليس ببعيد من الصواب اذ لا دليل على لزومها بهذا المعنى واعلم ان جعلها عقدا
يقتضي اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين لان ذلك هو المفهوم من العقد وان لم ينحصر في لفظ كما هو شأن العقود الجائزة وقد يتجوز في القبول فيطلق على
ما يكفي فيه القبول الفعلي كما ذكروه في الوديعة والوكالة ونحوهما لكن يبقى الايجاب لا يتحقق العقد بدون التلفظ به وهذا هو الظاهر من عبارة كثير
من الاصحاب لكن صرح في كره بانه لا يشترط فيها اللفظ لا في الايجاب ولا في القبول بل يكفي ما يقوم مقامه من الامور الدالة على الظن بالرضا محتجا بانه
عقد ضعيف لانه يثمر اباحة الانتفاع قال وهي قد تحصل بغير عقد كما لو حسن ظنه بصديقه كفى في الانتفاع عن العقد وكما في الضيف بخلاف العقود
اللازمة فانها موقوفة على الفاظ خاصة اعتبرها الشرع انتهى وهو حسن حيث يحصل دلالة على الرضا بغير اللفظ كالكتابة والاشارة اما مجرد حسن
الظن فيكفي في الصديق كما ذكره لا مطلقا ويمكن الاكتفاء به فيمن تناوله اية الاكل من البيوت حيث يكون المنفعة اقل من الاكل للمادون فيه لدلالته
بطريق اولى حيث ان الاكل يستدعي اتلاف العين والانتفاع بالمكان فهو عارية وزيادة الا انها محدودة بمدة يسيرة عرفية والاتلاف عين مخصوصة
فلا يدخل فيها الاماكن اضعف منها لا يدخل من حيث المفهوم وما خرج من ذلك يدخل في عموم النهي عن تناول مال الغير والانتفاع به والمرجع في
الصديق الى العرف ولا بد مع ذلك من عدم قرينة الكراهة والا فقد يتحقق الكراهة لكثير مع تحقق الصداقة وقال في كره في موضع اخر الاقرب عندي
انه لا يفتقر العارية الى لفظ بل يكفي قرينة الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الاعارة ولا الاستعارة لا من طرف المعير ولا من طرف المستعير كما

الحادية عشرة اذا فرط واختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه وقيل القول قول الغارم وهو اشبه
الثانية عشرة اذا مات المودع سلمت الوديعة الى الوارث فان كانوا جماعة سلمت الى الكل او الى من يقوم مقامهم ولو سلمها الى البعض من غير اذن ضمن حصص الباقين

كتاب العارية
كتاب العارية وهي عقد ثمرته التبرع بالمنفعة ... يقع بكل لفظ يشتمل على الاذن في الانتفاع

٣١٤ كما لو رآه عاريا فدفع اليه قميصا فلبسه تمت العارية وكذا لو فرش لضيفه فراشا او بساطا او مصلى او حصيرا او القى اليه وسادة فجلس عليها او مخدة
فاتكأ عليها كان ذلك اعارة بخلاف ما لو دخل فجلس على الفرش المبسوطة لانه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه قضاء بالظاهر وقد قال المحقق نفى
بالظاهر ثم نقل عن بعض الشافعية الافتقار الى اللفظ قال والاقرب ما تقدم وقد جرت العادة بالانتفاع بظرف الهدية المبعوث اليه واستعماله
كاكل الطعام من القصعة المبعوث فيها فانه يكون عارية لانه منتفع بملك الغير باذنه وان لم يوجد لفظ يدل عليها بل شاهد الحال قوله وليس بلازم لا
المتعاقدين آه كون العارية من العقود الجائزة لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء موضع وفاق لكن يستثنى منه مواضع الاول الاعارة للرهن بعد تقومه
وقد تقدم الكلام فيه الثاني اعارة الارض لدفن ميت مسلم ومن بحكمه فانه لا يصح الرجوع بعد الطم لتحريم نبشه وهتك حرمته الى ان يندرس عظامه وهو موضع وفاق
اية نقل في كره اما لو رجع قبل الحفر او بعده قبل وضع الميت وكذا بعد وضعه وقبل مواراته على الاقوى قال في كره ومؤنة الحفر اذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن
لازمة لولي الميت ويشكل فيما لو لم يمكنه الدفن الا كذا لانه لا تقصير منه فينبغي كونه من مال الميت ولا يلزم ولي الميت الطم لان الحفر ماذون فيه الثالث اذا
حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يستدرك كما لو اعاره لوحا رقع به السفينة ثم لجج في البحر فانه لا يجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت في البحر لما فيه من
الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال او تلف النفس ويحتمل جوازه ويثبت له المثل او القيمة مع تعذر المثل لما فيه من الجمع بين المصلحتين او يقال بجواز الرجوع
وان لم يجب تعجيل التسليم اليه ويظهر الفائدة في وجوب المبادرة بالرد بعد زوال الضرر من غير مطالبة جديدة كما تقدم في الاستعارة للرهن ولو لم
يدخل السفينة البحر او خرجت جاز الرجوع قطعا ولو كانت داخلة لكن امكن رجوعها الى الشاطئ وجب اذا لم يوجب على صاحبها ضررا الرابع اذا اعاره حائطا
ليضع عليه اطراف خشبه مع كون الطرف الآخر مثبتا في ملك المستعير فانه اذا بنى وادى الرجوع الى خراب ما بناه المستعير لم يجز عند الشيخ وان دفع الارش
لانه يؤدي الى قلع جذوعه من ملكه مجبرا وهو غير جائز الخامس ان يعيره الارض للزرع فزرع فليس له الرجوع فيها قبل ادراكه وان دفع له الارش لان له وقتا
ينتهي اليه وقد اقدم عليه ابتداء الاعارة عند الشيخ وابن ادريس السادس ان يعيره الارض فيبني فيها او يغرس مدة معلومة فانه لا يجوز الرجوع فيها
قبل المدة ولو كانت غير موقتة فله الرجوع ذهب الى ذلك ابن الجنيد والاقوى في هذه الثلاثة جواز الرجوع مط مع دفع الارش وانما يستثنى من القاعدة
الثلاثة الاول خاصة وسيأتي ذكر بعضها في كلام المص وكانه ترك الاستثناء هنا اتكالا عليه قوله فلا تصح اعارة الصبي فقد تقدم في البيع ان عقد الصبي
لا عبرة به وان اذن له الولي وانما جاز هنا لان العارية لما كانت جائزة ولا تختص بلفظ بل كل ما دل على رضاء المعير وهو هنا الولي كان اذنه للصبي بمنزلة
الايجاب فالعبرة باذنه لا بعبارة الصبي وعلى هذا فلا فرق بين المميز وغيره وينبغي ان يكون المجنون كذلك لاشتراكهما في الحجر فلا وجه لتخصيص الصبي بعد
ذكرهما والمراد بالمعار هنا مال الصبي كما يدل عليه اعتبار المصلحة ويتحقق المصلحة بكون يد المستعير احفظ من يد الولي في ذلك الوقت لخوف ونحوه او
لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد على المنفعة او لكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها تركه ونحو ذلك قوله وكما لا يليها عن نفسه كذا لا يليها
عن غيره هذا اذا لم يعلم المستعير بكون المالك قد اذن للصبي في الاعارة والا فينبغي جوازه ولا يليه عن غيره على حد ما سبق بمعنى ان العبرة باذن المالك
فلا وجه لفصل الحكمين المتقاربين وان كان اطلاق منع توليته عن غيره جيدا من حيث انه متولي قوله وله الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع
بالمعار المرجع في العادة الى نوع الانتفاع وقدره وصفته فلو اعاره بساطا اقتضى الاطلاق فرشه ونحوه من الوجوه المعتادة او لحافا اقتضى جعله
غطاء فلا يجوز فرشه لعدم جريان العادة بذلك او حيوانا للحمل اقتضى تحميله قدر ما جرت العادة بكونه يحمله فلا يجوز الزيادة او فرسا من شأنها الركوب
فلا يجوز تحميلها وعلى هذا القياس ولو تعددت منفعة العين فان عين نوعا تعين وان عمم جاز الانتفاع بجميع وجوهها وان اطلق فالاقوى انه كذلك قوله
ولو نقص من العين شيء آه لما كان اطلاق الاذن او تعميمه يقتضي الانتفاع بالعين من غير تقييد بالقليل والكثير اقتضى ذلك جواز استعمالها وان نقصت
كالثوب يبلى والدابة تضعف على وجه لا يمنع منه فاذا وقع حصول نقص في العين او تلف لم يكن ذلك مضمونا لاستناد التلف الى ماذون فيه ولو من جهة
الاطلاق وما قطع به المص هو اصح القولين في المسألة وفيه وجه آخر وهو ضمان المنافي في آخر حالات التقويم لان الظاهر عدم تناول الاذن لاستعمال المتلف
وان كان داخلا في الاطلاق نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن وسيأتي الكلام فيه قوله ولا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيدا لانه ليس له امساكه
ولو امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه لا شبهة في عدم جواز استعارة المحرم الصيد من المحل والمحرم لما ذكره المص من تحريم امساكه عليه فلو استعاره بعقد العارية
فهل يقع العقد فاسدا لتحمله النهي وعدمه لان المعاملات لا يبطلها النهي الا بدليل خارج وعبارة المص وغيره لا يدل على احد الامرين صريحا لان عدم الجواز
اعم من الفساد كما ذكرناه فعلى تقدير قبضه له ان رده على المالك لزمه الفداء لله تع وبرئ من حق المالك وان تلف في يده فلا شبهة في ضمانه الفداء لله تع
لانه ثابت عليه بمجرد الامساك كما في الصيد الذي ليس بمملوك حتى لو كان المعير محرما ايضا فعلى كل واحد منهما فداء ومقتضى عبارة المص وجماعة انه يضمنه
مع التلف للمالك ايضا بالقيمة لانهم جعلوه من العواري المضمونة وان لم يشترط فيها الضمان ودليله غير واضح اذ مجرد تحريم استعارته لا يدل على الضمان
سواء قلنا بفساد العقد ام بصحته اما مع صحته فالاصل في العارية عندنا ان يكون غير مضمونة الا ان يدل دليل عليه ولم يذكروا هنا دليلا يعتمد عليه
واما مع فسادها فلان حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه كما اسلفناه في مواضع واعزه كليته ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا باطلاق
النصوص ان المحرم لو اتلف صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكه فيدخل فيه صورة النزاع وفيه نظر لمعارضته بالنص الصحيح الدال على ان العارية غير
مضمونة فكما يمكن تخصيص الاول بالصيد الماخوذ بغير اذن المالك يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد فالترجيح غير واضح وزاد في كره ان المحرم اذا
قبضه من المالك وجب عليه ارساله وضمن للمالك قيمته وانه ان رده على المالك ضمن لله تع الفداء وسقط عنه القيمة للمالك ووجه الحكم الاول انه
صيد وحكمه بالنسبة الى المحرم وجوب الارسال لكن ذلك في المملوك موضع اشكال لتعارض حق الله تع فيه وحق الآدمي والقاعدة المعروفة في ذلك

وليس بلازم لاحد المتعاقدين والكلام في فصول اربعة الاول ... الثاني في المعير ولا بد ان يكون مكلفا جائز التصرف فلا تصح اعارة الصبي ولا المجنون ولو اذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة وكما لا يليها عن نفسه كذا لا يليها عن غيره ... وله الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار ولو نقص من العين شيء بالاستعمال لم يضمنه الا ان يشترط ذلك في العارية ولا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيدا لانه ليس له امساكه ولو امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه

تقديم حق الآدمي فينبغي رده على المالك وضمان الفداء لله تع كما ذكره ثانيا قوله ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل آه اذا حكم بزوال ملك المحرم عن ٣١٥
الصيد صار فيه بمنزلة الاجنبي فاطلاق الجواز على اعارته يشكل من ثلثة وجوه الاول ان الاعارة شرطها كون المعار ملكا للمعير وهو هنا منتف لما ذكر من
زوال ملكه عنه الثاني ان تسليمه للمحل اعانة على الصيد واثبات سلطنة المعير عليه وهو محرم على المحرم فلا يناسبه اثبات الجواز الثالث ان تسليمه اذا كان
محرما على المحرم يحرم قبوله من المحل لاعانته له على الاثم والعدوان المنهي عنه في القرآن وان كان للمحل تناول الصيد لولا ذلك والاقوى الحكم بتحريم الافعال
المذكورة اعني اثبات صورتها وان كان الملك غير متحقق ويحرم اخذ المحل له من يده للاعانة على المحرم لكن لو فعل ذلك لم يلزم المحل سوى الاثم ولا شيء
للمحرم عليه لزوال ملكه وعلى المحرم الفداء لو تلف في يد المحل لتعديه بالاعارة فانه كان يجب عليه الارسال ففي اعارته تساهل في اللفظ واشكال
في الحكم قوله ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان الضمان على الغاصب وللمالك الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع على الغاصب لانه اذنه الغاصب بضمان كما في
كل من ترتبت يده على يده سواء كان عالما بالغصب ام جاهلا على اصح القولين في المسألة لكن مع جهل المستعير له الرجوع بما اغرمه المالك لدخوله على ان تكون
العين والمنفعة غير مضمونة ويستثنى منه ما اذا كانت العارية مضمونة فانه لا يرجع على الغاصب بالقيمة لو تلفت في يده ويرجع باجرة المنفعة اذا
اخذها منه المالك وكذا يرجع بعوض النقصان قبل التلف لانه غير مضمون عليه وان كانت غير مضمونة كما تقدم ووجه ما اختاره المص من اختصاص الضمان
بالغاصب حيث لا تكون العارية مضمونة ان المستعير مغرور فضعف مباشرته فكان السبب الغار اقوى والمشهور الاول والحاصل ان المالك مخير في الرجوع
على كل منهما فان رجع على المستعير يرجع على الغاصب ان لم تكن العارية مضمونة والا رجع عليه بغير ما تقدم على ضمانه وربما احتمل هنا تضعيفا رجوعه مط
لان استحقاق العين اوجب فساد العارية فلا تكون مضمونة وهو مغرور مع الغصب فيرجع على من غره ويضعف بان غروره في الغصب لا مدخل له في الضمان
لانا لم نضمنه من حيث الغصب بل من حيث كونها عارية مضمونة ودخوله على ذلك فاذا تبين فسادها الحق حكم الفاسد بالصحيح كما سلف من القاعدة وان
رجع المالك على الغاصب لم يرجع على المستعير ان لم تكن مضمونة والا رجع عليه بما كان يضمنه لو كانت صحيحة ولا فرق في ذلك كله بين المنفعة والاجزاء
والعين واطلاق المص رجوع المستعير على الغاصب واختصاص الضمان به غير جيد بل كان عليه ان يستثني العارية المضمونة قوله اما لو كان عالما كان
ضامنا آه اذا كان المستعير من الغاصب عالما بالغصب فهو بمنزلة الغاصب في جميع الاحكام ومن حكم ترتب ايدي الغاصبين على المال ان المالك مخير في
الرجوع على ايهما شاء ويستقر الضمان على من تلفت العين في يده هذا اذا تساوت قيمتها في ايديهما او زادت في يد المستعير اما لو اختص الغاصب بزيادة
فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزيادة لاختصاصه بغصبه فلا يرجع بها المالك على المستعير ولا يرجع بها الغاصب عليه لو رجع المالك عليه
ابتداء قوله وهي كما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه آه هذا الحكم بحسب الاصل والغالب والا ففي جواز اعارة المنحة والمستثنى منها اعتبار الانتفاع كالصوف
والشعر واللبن قوله ويقتصر المستعير آه هذه المسألة لم يذكرها في كتب اجمع فيها خلافا وفي لف لم يذكرها وقطع بجواز الانتفاع بالادون ضررا
والمساوي وما اختاره المص وجه وقوفا مع الاذن لان الاصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه فخرج عنه ما اذن فيبقى الباقي وكون الادون اولى
بالاذن فيدخل من باب مفهوم الموافقة ممنوع لجواز تعلق غرض المالك بالنوع الخاص فالاولوية ممنوعة نعم لو علم انتفاء الغرض في التخصيص تتجه جواز
التخطي الى الاقل كما انه لو نهى عن التخطي لم يجز الى المساوي والاقل قطعا وكذا لو دلت القرائن على تعلق الغرض بالمعين آه فلو تعدى ذلك فلو عدل الى الاضر
مع النهي او الاطلاق او الى المساوي والادون مع النهي او الاطلاق على ما اختاره المص فهل يلزمه الاجرة لمجموع الزرع او يسقط منها مقدار اجرة الماذون فيه
ويثبت الزائد خاصة وجهان من انه تصرف في ملك الغير بغير اذنه وهو يستلزم ثبوت الاجرة كلا ومن انه قد اباحه المنفعة المخصوصة فلا يجب لها عوض فاذا تخطى الى
غيرها كان مقدار منفعة الماذون مباحا له فيضمن الزائد ان كان وعلى هذا لا يحصل في المساوي والاقل ضررا الا الاثم خاصة والاقوى الاول لان
المنفعة الماذون فيها لم يستوفها فسقط حقه منها وما استوفاه وقع بغير اذن المالك فيضمن اجرته كلا لانه عدوان محض والعلامة فرق بين النهي عن التخطي وبين
الاطلاق فاوجب الاجرة كلا مع النهي واسقط التفاوت مع الاطلاق والفرق غير واضح لان التخطي في الحالين غير ماذون فيه غايته ان في احدهما نص على
المنع وفي الآخر جاء المنع من اصل الشرع بواسطة عدم الاذن وذلك لا يوجب اختلاف الحكم المذكور نعم لو كان الماذون فيه داخلا في ضمن المنهي عنه كما لو اذن
له ان يحمل الدابة قدرا معينا فزاد عليه او في ركوبها بنفسه فاردف غيره تحقق اسقاط قدر الماذون قطعا لان الماذون فيه بعض المنفعة التي استوفاها
فلا اجرة له بخلاف النوع المخالف ومثله ما لو زرع الماذون فيه وغيره قوله والمملوكة وان كان المستعير اجنبيا منها لا خلاف عندنا في جواز اعارة الجارية
للخدمة سواء كانت حسنة ام قبيحة وسواء كان المستعير اجنبيا ام محرما لكن تكره اعارتها للاجنبي وتتاكد الكراهة اذا كانت حسناء بها خوف الفتنة
وخالف في ذلك الشافعي فحرم اعارتها الا ان تكون صغيرة لا تشتهى او كبيرة كذلك ويتجه المنع فله وجهان واما استعارتها للاستمتاع فغير جائز اجماعا
قوله ويجوز استعارة الشاة للحلب وهي المنحة الحلب بفتح العين مصدر قولك حلبت الشاة والناقة احلبها حلبا والمنحة بالكسر الشاة المستعارة لذلك
واصلها العطية وجواز اعارة الشاة لذلك ثابت بالنص على خلاف الاصل لان اللبن المقصود من الاعارة عين لا منفعة وعدى الحكم الى غير الشاة مما
يتخذ للحلب من الانعام وغيرها وفي كره يجوز اعارة الغنم للانتفاع بلبنها او صوفها وفي تعدي الحكم عن موضع الوفاق ان كان وهو اعارة الغنم للبن
نظر لعدم الدليل مع وجود المانع وهو ان الاعارة مختصة في الاصل بالاعيان ليستوفى منها المنافع والنص من طرقنا غير واضح ومن طرق العامة لا يدل
على غير الشاة قوله وتصح الاعارة مطلقة ومدة معينة وللمالك الرجوع الحكم بجواز الرجوع متعلق بما اذا عين المدة ونبه عليه مع دخوله سابقا في كون
العارية من العقود الجائزة من الطرفين على خلاف ابن الجنيد حيث حكم بلزومها من طرف المعير اذا عين لها مدة لكنه خص الحكم باعارة الارض البراح للغرس
والبناء واما تعلق الحكم بالقسمين معا اعني الاطلاق وتعيين المدة فلا نكتة فيه بعد ذكر الجواز مط ووجه جواز الرجوع مط انه تسلط هو مقتضى

ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل جاز لان ملك المحرم زال عنه بالاحرام ... ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان الضمان على الغاصب وللمالك الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع على الغاصب لانه اذن له في استيفائها بغير عوض والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب وكذا لو تلفت العين في يد المستعير اما لو كان عالما كان ضامنا ولم يرجع على الغاصب الثالث في العين المعارة وهي كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه كالثوب والدابة ويصح استعارة الارض للزرع والغرس والبناء ويقتصر المستعير على القدر الماذون فيه وقيل يجوز ان يستبيح ما دونه في الضرر كان يستعير ارضا للغرس فيزرع والاول اشبه وكما يجوز استعارة كل ما له منفعة كالفحل للضراب والكلب والسنور والعبد للخدمة والمملوكة وان كان المستعير اجنبيا منها ويجوز استعارة الشاة للحلب وهي المنحة ولا يستباح وطء الامة بالعارية وفي استباحتها بلفظ الاباحة تردد والاشبه الجواز وتصح الاعارة مطلقة ومدة معينة وللمالك الرجوع متى

٣١٦ العارية فلزومها في بعض الافراد يحتاج الى دليل صالح وتعيين المدة لم يخرجها عن كونها عارية جائزة ثم يشكل تقييدها بعدم جواز تصرف المستعير بعدها
كما يفيد تعيين المدة للغراس ذلك مع جواز تصرفه فيها لكل منهما قوله ولو اذن له في البناء او الغرس اه انما فصل الزرع عنهما لان الخلاف فيه دونهما لان الامر
انما بامد وقد تقدمت الاشارة منه الى حكمه والمخالف فيه الشيخ حيث اوجب على المعير الوفاء بالعارية الى حين ادراكه لان له وقتا ينتهي اليه
بخلاف الغرس والبناء وتبعه ابن ادريس ويمكن ان يكون الاشبه تنبيها على قول ابن الجنيد ايضا ويكون متعلقا بحكم الغرس والبناء من حيث الاطلاق فانه
نقل ما ذكرناه لهما معه الا ان الاول اظهر واشبه بفصل الزرع عنهما وعطفه عليهما بعد الفراغ من حكمهما وكيف كان فالاقوى ما اختاره المص من جواز
الرجوع مط لان بناء العارية على الجواز الا ما اخرجه الدليل وهو منتف هنا وحديث الضرر والاضرار مشترك بين المعير والمستعير فيسقط اعتباره للتعارض
ويرجع الى الاصل مع انه يمكن الجمع بين المصلحتين واندفاع الضررين بدفع المعير الارش قوله وعلى الاذن الارش وليس له المطالبة بالازالة من دون الارش
اي ارش الزرع والغرس والبناء وهو تفاوت ما بين كونه منزوعا من الارض وثابتا وهل يعتبر فيه كونه مجانا او باجرة كلام الشيخ في ط صريح في الاول وهو الظ
من كلام المص والجماعة مع احتمال اعتبار الثاني لان الرجوع في العارية يقتضي كون الارض غير مشغولة بملك غيره بغير اذنه فلا بد من اعتبار الاجرة في ابقائه ويمكن
دفعه بان وضعه في الارض لما كان بحق صادرا عن اذن المالك تبرعا اقتضى ذلك بقاؤه تبرعا كذلك وانما صير الى جواز القلع بالارش جمعا بين الحقين فيقوم ثابتا
بغير اجرة مراعاة لحق المستعير ويقلع مراعاة لحق المعير وفيه ان جواز الرجوع في العارية لا معنى له الا ان تكون منفعة الارض ملكا لصاحبها لا حق لغيره فيها
وح فلا يستحق الابقاء فيها الا برضاه بالاجرة وحق المستعير يجبر بالارش كما ان حق المعير يجبر بالتسلط على القلع وباخذ الاجرة لو اتفقا على ابقائه بها وهذا
هو الاقوى واختاره في كره في غير محله استطرادا ولما كان المراد من الارش هو التفاوت بين الحالين فحيث ينتفي التفاوت كما اذا كان الرجوع بعد ادراك
الزرع لا ارش فاطلاق حكم المص بالارش في جميع ما تقدم الذي من جملته قوله وكذا في الزرع ولو قبل ادراكه فان لو الوصلية تقتضي جواز الرجوع بعد ادراكه
بطريق اولى فصار من جملة الصور المعقبة بثبوت الارش على الاذن والحال ان هنا لا ارش لعدم الاختلاف واثبات الارش انما يكون في صورة اختلاف
حالتي القلع والبقاء وهو باقي الصور واشار بقوله وليس له المطالبة الى ان دفع الارش شرط في جواز المطالبة فلا يجب اجابته الى القلع قبله
وان بذله لاحتمال تعذر الرجوع عليه بالارش لاعسار او غيبة ونحوهما فيضيع حق المستعير ويلزم الضرر بخلاف ما لو دفع اولا فان غايته ان يهرب المستعير او يتعذر
مباشرته للقلع بوجه فيباشره المعير باذن الحاكم مع امكانه او لا معه مع تعذره وبغير اذن المالك فلا يحصل الضرر لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة
ومن شانها انها مع الاختلاف يجبران على التقابض معا من غير ان يسبق احدهما الاخر وانما حكم هنا بسبق دفع الارش لان المعية غير ممكنة وفي ضبط الدفع
على الاجزاء حرج وعسر والضرر عن الدافع مندفع بخلاف التعكيس فلذلك حكم بتقدمه واعلم ان المعير لو بذل قيمة الغرس والزرع والبناء لم يجب اجابته
المستعير لو بذل قيمة الارض او الاجرة لان تملك مال الغير ولسيما بما فيه منفعة ما له موقوف على رضاه خلافا للشيخ في الاول فانه اوجب على المستعير
الاجابة محتجا بانتفاء الضرر عليه ولا يخفى ضعفه فان مجرد انتفاء الضرر على المالك غير كاف في جواز تملك ما له بغير رضاه قوله ولو اعاره ارضا للدفن لم
يكن له اجباره على قلع الميت المراد بالميت هنا المسلم او من في حكمه كولده الصغير والمجنون واللقيط بشرطه اذ لا حرمة لغيره وانما لزمت الاعارة هنا لما في
النبش من هتك حرمته الثابتة له بعد الوفاة كالحيوة وهو موضع وفاق وغاية المنع من الرجوع اندراس عظام الميت وصيرورتها ترابا والمرجع في ذلك
الى الظن الغالب بحسب الترب والاهوية وانما اطلق المص المنع لانه علقه على القلع ولا يتحقق الا مع بقاء شيء من اجزائه فاذا بلي لم يتحقق القلع فارتفع المنع قوله
وللمستعير ان يدخل الارض ويستظل بشجرها اذا استعار الارض للغرس وغرس بها جاز لكل من المعير والمستعير دخول الارض اما المعير فلان الارض ملكه
فله الدخول اليها في كل وقت وله ان يستظل بشجرها وان كان ملكا لغيره لو جلس في غير ملكه واتفق له التظلل بشجر غيره او في المباح كك
والضابط انه يجوز له الانتفاع منها بكل ما لا يستلزم التصرف في الغرس ومثله البناء واما المستعير فلان الشجر ملكه فله الدخول لاجل ان
يسقيه ويحرسه ويهذبه ونحو ذلك وليس له ان يدخل لغرض اخر غير ما يتعلق بمصلحة الشجر والثمرة كالتفرج لان الاستعارة وقعت لمنفعة معينة فلا يتعداها
واعلم ان الموجود في عبارة الاصحاب وغيرهم في هذه المسئلة ان المعير له الدخول والاستظلال بالشجر معللين بما ذكرناه من انه جالس على ملكه فلا يمنع
منه واما المستعير فلم يذكر احد جواز جلوسه للاستظلال وانما شرطوا في دخوله ما ذكرناه من متعلقات الشجر وعبارة المص هنا وقعت فيما وجدناه من
النسخ ان للمستعير الدخول والاستظلال وحقه ان للمعير الدخول للاستظلال على ما وجدته في سائر كتب الفقه الذي تعرضوا فيها لهذه المسئلة من كتبنا
وكتب غيرنا والنكتة في الاستظلال بالنسبة الى المعير واضحة كما ذكرناه واما المستعير فعلى تقدير جواز استظلاله لا نكتة في تخصيصه من بين الوجوه
التي ينتفع بها قال في كره يجوز للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر لانه جالس على ملكه وليس له الانتفاع بشيء من الشجر
بثمر ولا غصن ولا ورق ولا غير ذلك ولا يضرب وتدا في الحائط ولا التسقيف عليه وليس للمستعير دخول الارض للتفرج الا باذن المعير لانه تصرف في غير
ما اذن فيه نعم يجوز له الدخول لسقي الشجر ومرمة الجدار وحراسة الملك عن التلف والضياع وقال في التحرير للمعير الدخول الى ارضه والاستظلال بالـ
شجر دون الانتفاع به من شد دابة به ونحوه واما المستعير فليس له الدخول لغير حاجة قطعا وفي دخوله لحاجة سقي الغرس وجهان وفي عد يجوز للمعير
دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر وكل ما لا يضر بالبناء والغرس وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمة البناء دون التفرج
وباقي عبارات القوم قريبة من ذلك نعم ذكر الشهيد رحمه الله في اللمعة جواز استظلال كل منهما بالشجر وهو احسن من الاقتصار على المستعير الا ان نكتة
الاقتصار عليه بيان الفرد الاخفى بخلافه يعلم من قولهم ان المستعير ليس له الدخول للتفرج انه لا يجوز لاحد الدخول الى ارض غيره للتفرج بطريق اولى
الا باذن المالك نعم لو كان صديقا وتحقق الجواز مع عدم قرينة الكراهة كما تقدم في صدر العارية قوله ولو اعاره حائطا لطرح خشبه اه هذا الحكم

ذلك الحكم

٣١٧ ذكره جماعة منهم ابن ادريس ووجهه ما اشار اليه المص من ان رجوع المعير مستلزم للتصرف في ملك الغير وتخريب بنائه الواقع في ملكه فيمنع منه لان الثابت له شرعا
انما هو تفريغ ملكه من ملك الغير لا تخريب ملك الغير ووجه تردد المص فيه مما ذكر ومن انه عارية من لوازمها جواز الرجوع فيها وما ذكر لا يصلح للمنع لان تفريغ
مال المستعير مع المطالبة واجب فاذا توقف على تخريب ملكه كان من باب المقدمة التي لا يتم الواجب الا بها فيجب من هذه الحيثية والمستعير ادخل الضرر على نفسه
ببنائه في ملكه بناء معرضا للزوال بالرجوع في العارية التي هي مبنية على الجواز والاقوى الجواز مع الارش كما مر وهو جابر لضرر المستعير قوله ولو اذن في غرس
شجرة فانقلعت جاز ان يغرس غيرها اه وجه الاول ان الاذن قائم ما لم يرجع ووجه ضعفه بانه قائم فيما دل عليه لا في غيره فعدم الجواز كما اختاره المص الا بإذن
جديد اقوى ومثله الزرع ووضع الجذع قال في كره اما لو انقلع الفسيل المأذون له في دفعه في غير وقته المعتاد او سقط الجذع كك وقصد الزمان تجديدا
فالاولى انه ان يعيده بغير تجديد الاذن قوله ولا يجوز اعارة العين المستعارة الا باذن المالك اه اي لان شرط المعار ان يكون مالكا للمنفعة ولان الاصل
عصمة مال الغير وصيانته عن التصرف فيه والاعارة انما تناولت المستعير نعم يجوز للمستعير ان يستوفي المنفعة بنفسه وبوكيله ولا يعد ذلك اعارة لان المنفعة
عائدة الى المستعير لا الى الوكيل وهذا موضع وفاق وخالف فيه بعض العامة فجوزه قياسا على اجارة المستاجر والفرق واضح وحيث يعير المستعير فللمالك
الرجوع باجرة المثل عن مدة الاعارة الثانية على من شاء منهما وببدل العين لو تلفت فان رجع على المعير لم يرجع على المستعير الجاهل بالحال الا ان تكون
العارية مضمونة فيرجع عليه ببدل العين خاصة ولو كان عالما استقر الضمان عليه كالغاصب وان رجع على المستعير رجع على المعير بما لا يرجع عليه به لو رجع
لغروره هذا هو مقتضى القواعد وقد تقدم مثله في المستعير من الغاصب وفي كره وعد استشكل رجوع المستعير على المعير لو رجع المالك عليه مط وفي رجوع
المعير على المستعير الجاهل مع حكمه في المستعير من الغاصب بمثل ما سلف في مثله القول في الاجارة بل اولى لان الاعارة جائزة فاذا رجع على المعير امكن المستعير
الرجوع في اعارته وقد يتوهم جواز على ذلك ويجعل المستعير كالوكيل بخلاف الاجارة للزومها وعلى تقدير صحتها احتمال في الاعارة قوله العارية امانة لا
تضمن اه اجمع اصحابنا واكثر العامة على ان العارية امانة لا تضمن بالتلف والنصوص على ذلك من طرقنا كثيرة واستثني منه مواضع الاول التعدي
والتفريط في الحفظ وقد كان يستغنى عن استثنائه لان معنى عدم ضمان الامانة في كل موضع انها لو تلفت بدونهما لم تضمن والامر سهل الثاني اعارة
من غير المالك والكلام في استثنائها كما مر فانها غصب في الحقيقة لا عارية ولكنها بصورة العارية فاجرى عليها اللفظ الثالث عارية الصيد للمحرم
فان امساكه حرام فيكون متعديا باوضاعها وهذا ظاهر بالنسبة الى حق الله تع واما بالنسبة الى حق المالك فقد يشكل بما مر الرابع عارية الذهب والفضة
الا ان يشترط سقوطه وسيأتي الكلام فيه الخامس اذا اشترط ضمانها وهو صحيح بالنص والاجماع السادس عارية الحيوان فان ابن الجنيد حكم بكونه مضمونا استنادا
الى رواية يمنع ضعفها من العمل بها والاقوى انه كغيره ما لا يضمن الا بالشرط وقد اتضح بذلك انه لا يستثنى الا ما استثناه المص اذا تقرر ذلك فالعارية
بالنسبة الى الضمان وعدمه مع الشرط وعدمه اربعة اقسام احدها ما يضمن وان اشترط عدم الضمان وهو الثلاثة الاول من الصور المستثناة ويحتمل قويا سقوطه
في الاول لانه في قوة اذن المالك له في الاتلاف مجانا فلا يستعقب الضمان اما الاخريان فالامر فيهما واضح لان اسقاط غير المالك الضمان لمال الغير لا عبرة
به وكذا اسقاط الضمان عن المحرم لانه ثابت عليه من عند الله تع باعتبار كونه صيدا لا باعتبار كونه مملوكا وثانيها ما لا يكون مضمونا وان اشترط الضمان
وهو استعارة المحل الصيد من المحرم وقد تقدم تمشية المص له استعا وثالثها ما يكون مضمونا الا ان يشترط عدم الضمان وهو استعارة الذهب والفضة
ورابعها ما لا يكون مضمونا الا ان يشترط الضمان وهو باقي اقسامها قوله ويضمن اذا كانت ذهبا او فضة اه هذه احدى الصور التي يضمن فيها العارية
من غير شرط بل هي الفرد الاظهر كما تقرر ومستند الحكم النصوص الواردة عن اهل البيت ع كرواية زرارة عن الصادق ع قال قلت له العارية مضمونة فقال
جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا ان يشترط انه متى توى لزمك تواه وكذلك جميع ما استعرت
واشترط عليك لزمك والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك وروى ابن مسكان في الصحيح عنه ع لا تضمن العارية الا ان يكون اشترط
فيها ضمانا الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمانا وفي حسنة عبد الملك مثلها الا ان الاستثناء فيها الدراهم وقد علم من ذلك ان
عارية الدراهم والدنانير مضمونة ولا خلاف في ضمانها عندنا انما الخلاف في غيرهما من الذهب والفضة كالحلي المصوغ فان مقتضى الخبر الاول ونحوه
دخولها ومقتضى تخصيص الثاني بالدراهم والدنانير خروجها فمن الاصحاب من نظر الى ان الذهب والفضة مخصصان من عدم الضمان مط ولا منافاة
بينهما وبين الدراهم والدنانير لانهما بعض افرادهما فيستثنى الجميع ويثبت الضمان في مطلق الجنسين ومنهم من التفت الى ان الذهب والفضة مطلقان
او عامان بحسب افادة الجنس المعرف العموم وعدمه والدراهم والدنانير مقيدان او مخصصان فيجمع بين النصوص بحمل المطلق على المقيد او العام على
الخاص والتحقيق في ذلك ان نقول ان هنا نصوصا على ثلثة اضرب احدها عام في عدم الضمان من غير تقييد كصحيحة الحلبي عن الصادق ع ليس على مستعير عارية ضمان
وصاحب العارية والوديعة مؤتمن وقريب منها صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ع وثانيها بحكمها الا انه استثنى مطلق الذهب والفضة وثالثها كحكمها
الا انه استثنى الدنانير او الدراهم وح فلا بد من الجمع فاخراج الدراهم والدنانير لازم لخروجهما على الوجهين الاخيرين فاذا خرجا من العموم بقي ما
عداهما بحاله وقد عارضه التخصيص بمطلق الجنسين فلا بد من الجمع بحمل العام على الخاص فان قيل لما كان الدراهم والدنانير اخص من الذهب والفضة
وهي مخصصة لها عملا بالقاعدة فلا يبقى المعارضة الا بين العام الاول والخاص الاخير قلنا لا شك ان كلا منهما مخصص لذلك العام لان كلا منهما
مستثنى وليس هنا الا ان احد المخصصين اعم من الاخر مط وذلك غير مانع فيخص العام الاول بكل منهما او يقيد مطلقه لان احدهما مخصص الاخر
لعدم المنافاة بين اخراج الذهب والفضة في لفظ والدراهم والدنانير في لفظ حتى يوجب الجمع بينهما بالتخصيص والتقييد وايضا فان العمل بالخبرين
الاخصين لا يمكن لان احدهما لم يخص الا الدنانير وابقى الباقي على حكم عدم الضمان صريحا والاخر لم يستثن الا الدراهم وابقى الباقي على حكم عدم الضمان

٢١٨ كك قوله انهما قاصرة والعمل بظاهر كل منهما لم يقل بها احد بخلاف الخبر المختص بالذهب والفضة فان قيل التخصيص انما جعلناه بهما معا لا بكل واحد منهما فلا يقتضي
عدم دلالة احدهما على الحكم المطلوب منه قلنا هذا ايضا لا يمنع خروج كل واحد منهما من الدلالة لان كل واحد مع قطع النظر عن صاحبه قاصر وفرد ففاق روجين
في حالتين مختلفتين فيظهر ان ارادة الحصر من كل منها غير مقصودة وانما المستثنى منهما من جملة الافراد المستثناة وعلى تقدير الجمع بينهما بجعل المستثنى مجموع
ما استثني منهما لا يخرج عن القصور في الدلالة على المطلوب اذ لا يعلم منها الا ان الاستثناء ليس مقصورا على ما ذكر في كل واحد فان قيل اخراج الدراهم والدنانير
خاصة ينافي اخراج جملة الذهب والفضة فلا بد من الجمع بينهما بحمل الذهب والفضة على الدراهم والدنانير كما يجب الجمع بين عدم الضمان لمطلق العارية
والضمان لهذين النوعين لتحقق المنافاة قلنا نمنع المنافاة بين الامرين فان استثناء الدراهم والدنانير اقتضى بقاء العموم في حكم عدم الضمان وقد عارضه
الاستثناء الاخر فوجب تخصيصه به ايضا فلا وجه لتخصيص احد المخصصين بالاخر وايضا فان حمل العام على الخاص استعمال مجازي وابقاؤه على عمومه حقيقة
ولا يجوز العدول الى المجاز مع امكان الاستعمال على وجه الحقيقة وهو هنا ممكن في عموم الذهب والفضة فيتعين وانما صرنا الى التخصيص في الاول لتعينه
على كل تقدير فان قيل اذا كان التخصيص يوجب المجاز وجب تقليله ما امكن لان كل فرد يخرج يوجب زيادة المجاز في الاستعمال حيث كان حقيقة في تناوله
على جميع الافراد وح فنقول قد تعارض هنا مجازان احدهما في تخصيص الذهب والفضة بالدراهم والدنانير والثاني في زيادة تخصيص العام الاول
بمطلق الذهب والفضة على تقدير عدم تخصيصهما بالدنانير والدراهم فترجيح احد المجازين على الاخر ترجيح من غير مرجح بل يمكن ترجيح تخصيص الذهب والفضة
لانه قد راعاه قوانين التعارض بينه وبين ما هو اخص منه قلنا لا نسلم التعارض بين الامرين لان استعمال العام الاول على الوجه المجازي حاصل على
كل تقدير اجماعا وزيادة التجوز في الاستعمال لا يعارض به اصل التجوز في المعنى الاخر فان ابقاء الذهب والفضة على عمومهما استعمال حقيقي فكيف
يكافيه مجرد تقليل التجوز مع ثبوت اصله وبذلك يظهر بطلان الترجيح بغير مرجح لان المرجح حاصل في جانب الحقيقة هذا ما يقتضيه الحال من الكلام
على هذين الوجهين وبقي فيه مواضع يحتاج الى تنقيح والمعتمد في الحكم تضمينهما في الجملة على النصوص واما تعليل الضمان فيهما بان المنفعة فيهما ضعيفة
لا يعتد بها في نظر الشرع والمقصود فيها الانفاق فكانت مضمونة علما بالغاية الذاتية وان هذه الحكمة تقوى في المصوغ لكثرة منفعته بدون انفاقها
فيختص حكم الضمان بالدنانير والدراهم فهو ضعيف لا يصلح لتاسيس الحكم الشرعي فان اعارتهما انما تصح لينتفع بهما على تقدير بقائهما لانه شرط صحة
الاعارة وضعف المنفعة وقوتها لا مدخل له في اختلاف الحكم كما لا يختلف حكم استعارة البعير وقطعة من حصير قوله اذا رد العارية الى المالك او
ردها الى حرز المالك من غير ان يوصلها الى يده او ما في حكمها كما لو رد الدابة الى اصطبله او رد آلة الدار اليها وعدم برائته بذلك واضح لانه لم يسلمها الى
المالك وعلى اليد ما اخذت حتى تؤدي بل لو لم يكن العارية مضمونة صارت مضمونة بذلك لتفريطه بوضعها في موضع لم ياذن المالك بالرد اليه
كالوديعة لو دفعها في دار صاحبها او الدابة المودعة في الاصطبل فتلفت قبل ان يتسلمها المالك وهذا الاختلاف فيه عندنا وانما نبه به على خلاف ابي
حنيفة حيث ذهب الى ان ردها الى ملك المالك كردها اليه لان رد العواري في العادة يكون الى املاك اصحابها وفساده واضح واطراد العادة
بذلك ممنوع قوله ولو استعار الدابة الى مسافة فجاوزها ضمن آه مبدء الضمان من حين الاخذ في تجاوز المأذون ويستمر الى ان يردها الى المالك او
ضمان المنفعة وهو الاجرة فيثبت في المسافة المتجاوزة ذهابا وعودا الى المأذون فيه خاصة لانه فيها غاصب ولم تبطل الاعارة بذلك فيكون استعمالها
بعد عوده الى المأذون فيه الى ان يردها على الوجه المأذون جايزا وان كان الاصل مضمونا بالتعدي السابق ولو كانت العارية مضمونة في اصلها ضمنها
من حين اخذها الى ان ياخذ في تجاوز المأذون ضمان العارية وهو ضمان العين دون المنفعة على ما سبق وفي المتجاوز ضمان الغصب الى ان يعود الى
المأذون ومنه الى ان يصل الى المالك ضمان العارية ايضا عندنا قوله يجوز للمستعير بيع غرسه وبنائه آه الخلاف في بيعه لغير المعير وجه المنع انه في معرض
الهدم والنقض وان ملكه عليه غير مستقر لان المعير سبيل من ملكه والاقوى الجواز لانه مملوك له في حال بيعه غير ممنوع من التصرف فيه وكونه متزلزلا
لا يمنع من جواز بيعه كما يجوز بيع الحيوان المشرف على التلف وهو في معرض الهلاك ومستحق القتل قصاصا كك على تقدير ان كان المشتري جاهلا بالحال
فله الفسخ لان ذلك عيب ان كان عالما به نزل منزلة المستعير ولو اتفقا على بيع ملكيهما معا بثمن واحد صح على خلاف ما تقدم في باب الشركة ويوزع
الثمن عليهما فيوزع على ارض مشغولة بالغرس او البناء على وجه الاعارة مستحق القلع مع الارش او الابقاء مع الاجرة او التملك بالقيمة مع التراضي وعلى
ما فيها من بناء او غرس مستحق للقلع على احد الوجوه الثلاثة فحصة الارض للمعير وحصة ما فيها للمستعير قوله اذا حملت الاهوية او السيول حبا الى ملك
انسان آه اذا حملت السيول وشبهها حبا الى ارض اخر فلا يخ اما ان يكون مما يعرض عنه مالكه او لا وعلى التقديرين اما ان يعلم المالك او يجهل محصورا
في جماعة منحصرين او لا وعلى التقادير الستة اما ان يكون متمولا او قليلا غير متمول كالحبة الواحدة فالصور اثنتا عشر فان اعرض عنها المالك وطرحها
وان كانت كثيرة فلمالك الارض تملكها وله طرحها من ارضه كما يجوز تناول ما اعرض مالكه عنه من الثمار والسنبل ونحوها ويجوز للمالك الرجوع فيها
ما دامت عينها باقية لان ذلك بمنزلة الاباحة وان لم يكن اعرض عنها وكانت معلومة فهي باقية على ملكه ولصاحب الارض مطالبته بالازالة فيجب عليه
لان ملكه قد شغل ارض غيره بغير حق فيجب تخليصه منها وهل يجب عليه الاجرة للمدة التي كان باقيا فيها اما بعد المطالبة والتمكن من ازالته فالاجرة
واضح لانه ح بمنزلة الغاصب مختارا واما قبل ذلك فالظاهر انه لا اجرة عليه اذ لم يقتض القلع ولا حصل في الارض بتفريطه فاذا قلعه وجب عليه تسوية
الارض وطم الحفر لانها حدثت بفعله للتخليص لكه منها فان امتنع اجبر عليه وجاز لصاحب الارض نقه منها كما لو سرت اغصان شجرة الى ملكه ولو اشتبه
المالك في قوم منحصرين وجب عليهم اجمع التخلص بالصلح او التمليك ونحوه ويجب على مالك الارض ايضا مراجعتهم فيما يرجع فيه المالك المعين ولو
لم ينحصر المالك كان بمنزلة اللقطة يجوز تملكه ان كان دون الدرهم حين التملك فلو تركه من غير نية التملك حتى بلغه وجب تعريفه كاللقطة ويحتمل

كتنهال

٢١٩ كونه كالمجهول المالك في جواز التصدق به عنه من غير تعريف ولو كان قليلا لا يتمول كنواة ولحبة وحبة واحدة فنقل يحتمل كونه لمالك الارض ان
قلنا الاباحة مثله على ما ذكر لانتفاء حقيقة المالية فيه ولان التقويم انما حصل في ارضه والاقوى عدم جواز تملكه مط فيكون حكمه كما تقدم ولو حمل
السيل ارضا بشجرها او بدونها الى ملك غيره يجبر على ازالتها كما مر وفي جميع ذلك لو تركه المالك لصاحب الارض التي انتقل اليها فان قبله فلا كلام والا
ففي وجوب ازالته على المالك وجهان وقطع في كره بانه يستحلف عنه مؤنة نقله واجرته لانه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكان الخيار لصاحب الارض المشغول
ان شاء اخذه لنفسه وان شاء قلعه قوله ولو نقصت بالاستعمال ثم تلفت وقد شرط ضمانها آه اذا شرط ضمان المستعار فقد شرط ضمان عينه على
تقدير التلف وضمان نقصانها على تقديرها وضمانها على تقديرهما وقد ينطوي اشتراط الضمان ولا شبهة في اتباع مقتضى شرطه في الثلاثة الاولى من
العين خاصة في الاول والنقصان خاصة في الثاني الى المنفرج الات تقويمه باقيا وضمانهما معا في الثالث وانما الكلام عند اطلاق اشتراط
الضمان وهو مسئلة الكتاب والمص ره جزم بان الاطلاق منزل على ضمان العين خاصة فيضمن قيمتها يوم التلف لان النقص حصل بفعل ماذون
فيه فلا يكون مضمونا لانها لو لم تتلف وردها على تلك الحال لم يجب شيء فاذا تلفت وجب ما ساويها في تلك الحال ويمكن الفرق بين
تلفها لا جزاء الموجب للنقص بالاستعمال وغيره فيضمن على الثاني دون الاول لان تلفها بامر ماذون فيه فلا يستعقب ضمانا وقد يمنع اصل هذا
الوجه ويحكم بضمان النقص وان ردها فان ذلك من مواضع النزاع اذ لا مانع ان يمنع من كون النقص غير مضمون في المضمونة سواء تلفت ام ردها
لان مقتضى تضمين العين تضمين اجزائها لانها مركبة منها والاذن في اصل الاستعمال لا ينافي الضمان والحال انه مشروط اذ ليس من لوازم اصل
الاستعمال النقص فيجوز ان يكون الاستعمال ماذونا فيه والنقص مضمونا وفي هذا استشكل الحكم وفي كره وافق على ما ذكره المص فالقول بالضمان
لا يخ من قوة فان قلنا به ضمن اعلى القيم من حين القبض الى حين التلف ان كان اختلافها من حيث الاجزاء كالثوب يلبس وينمحي على التدريج ولو
كان الاختلاف من حيث قيمة السوق لم يضمن الزائد بسببه لان ذلك ليس من مدلول ضمان العين خصوصا ان لم نوجبه على الغاصب وان قلنا بعدم
الضمان ضمن قيمة اخر اوقات التقويم واحترز بقوله وقد شرط ضمانها عما لو كان موجب الضمان التفريط او التعدي فانه يوجب ضمان الاجزاء المتاخرة عن
وقت الضمان دون ما ذهبت قبله بالاستعمال ونحوه من الوجوه التي هي غير مضمونة وفي عد مساواته بين الامرين في الحكم بالضمان وعدمه في الاجزاء المتقدمة
على التفريط والمتاخرة عنه ولبس بجيد قوله اذا قال الراكب اعرتنيها آه القول الاول للشيخ ره في ف ووجهه انهما يتفقان على ان تلف المنافع
وقع على ملك المستعير لان المالك يزعم انه ملكها بالاجارة والمستعير يزعم انه ملكها بالاستيفاء المستند الى الاعارة لان المستعير يملك بذلك الاستيفاء
فيه شرعا على القولين ثم المالك يدعي عليه عوض ما استوفاه من ملكه وهو منكر استحقاقه والاصل يقتضي عدم وجوبه وبرائة ذمة الراكب فيكون
القول قوله والمالك يدعي شغلها فيحتاج الى البينة ويشكل بان المنافع امر كالاعيان فهي بالاصالة لمالك العين فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض
على خلاف الاصل واصالة برائة ذمته انما تصح من خصوص ما ادعاه المالك لا من مطلق الحق بعد العلم باستيفائه المنفعة التي من جملة اموال المالك وحقوقه
والاصل يقتضي عدم خروجها عن ملكه مجانا فمن ثم ذهب المص وقبله ابن ادريس ره الى تقديم قول المالك في عدم العارية وان لم يقبل قوله فيما يدعيه من الاجارة
لانه مدع ايض فيحتاج الى البينة كما ان الراكب مدع للعارية فلا يقبل قوله فيها فاذا حلف المالك على نفي العارية لم يثبت الاجارة ولكن يثبت كون الراكب
تصرف في ملكه بغير تبرع منه فيثبت عليه اجرة المثل ويشكل بما لو كان ما يدعيه من الاجرة اقل من اجرة المثل لاعترافه بنفي الزائد فينبغي ان يثبت له بيمينه
~~اقل الامرين مما يدعيه واجرة المثل لان الاقل ان كان ما يدعيه من الاجرة اقل من اجرة المثل لاعترافه بنفي الزائد فينبغي ان يثبت بيمينه اقل الامرين مما يدعيه~~
من الاجرة فهو يعترف بعدم استحقاقه سواه وان كان الاقل اجرة المثل فلم يثبت بيمينه سواها اذ لم يثبت الاجارة وانما لزم تصرف الراكب في ماله بغير اذن
المالك على وجه التبرع وهذا هو الذي اختاره من في عد وهو اجود من السابق الا انه يشكل بان المالك يدعي الزائد من الاجرة عن اجرة المثل على تقدير كون
المسمى اكثر والراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه وحلفه على نفي العارية لم يدل على نفي الاجارة كما لم يدل على اثباتها واثبات اقل الامرين باليمين
مسلم لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره فلا بد مع الاحلاف الراكب على نفي الاجارة او نكوله فيحلف المالك على الاجارة وياخذ الزيادة ومن ثم ذهب من
في ف والشهيد في بعض تحقيقاته وتبعهما جماعة الى انهما يتحالفان لان كلا منهما مدع ومدعى عليه فيحلف المالك على نفي ما يدعيه الراكب من الاعارة
ويحلف الراكب على نفي ما يدعيه المالك من الاجارة وح يثبت اقل من الامرين لانتفاء الزائد من المسمى بيمين المستعير وانتفاء الزائد من اجرة المثل باعتراف
المالك وهذا هو الاقوى وللشيخ قول خامس وهو القرعة بناء على انه امر مشتبه ويضعف بانه لا اشتباه مع القاعدة المتفق عليها من حكم المدعي والمنكر
هذا كله اذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة يدعي المالك كونها مدة الاجارة او مضي مدة لها اجرة عادة اما لو وقع الاختلاف قبل ذلك فحكمه ما
سنذكره ولا فرق بين ان يكون هذا النزاع مع بقاء العين وتلفها لانها ان كانت باقية ردها بعد التحالف الى المالك ويثبت الاقل من الاجرتين
او من اجرة المثل وقسط المسمى لو كان في اثناء المدة وبطلت الاجارة في الباقي ان كان ولو اكتفينا بحلف المالك على نفي الاعارة ففي انتزاع العين
نظر من انكار المستعير الاجارة واذن المالك على وجه التبرع قد انتفى بانكاره فيرجع ومن اعتراف المالك بعدم استحقاقه ارتجاعها الى ان ينقضي المدة
التي يدعيها وهذا مما يؤيد القول بالتحالف لان هذا نزاع اخر لم يتحرر من يمين المالك كالنزاع في الزائد من المسمى وان كانت العين تالفة فحكم الاجرة
ما ذكر واما العين فان كانت امانة كما لو كانت الاعارة التي يدعيها الراكب غير مضمونة فلا شيء على الراكب لاتفاقهما على كونها في يده امانة اما بالاجارة او الاعارة وان كانت مضمونة فمدعي الاعارة يعترف بثبوت القيمة في ذمته والمالك ينكره لعدم اقتضاء الاجارة الضمان فيتوقف الى ان
يتفقا عليه قوله ولو كان الاختلاف عقيب العقد آه هذا التقييد اب بالاطلاق في الاول فلا بد من اقترانه بامر اخر وهو ان المالك لا يدعي على مدعي

الاجارة

الاعارة بشيء من المنافع وانما ادعى ثبوت الاجارة ووجوب الاجرة في ذمته وان كان قبل الاستيفاء والاخر ينكرهما فيقدم قوله لاصالة برائة ذمته من تعلق الاجارة وما يلزمها بها فالدعوى هنا متمحضة للمالك فيقدم قول مدعي الاعارة ويسترد العين قوله اذا استعار شيئا اه وجه الضمان ظاهر لتعديه في حيث انتفع بها بغير المأذون فيلزمه اجرة مثل ذلك العمل لو وقع بغير اذن المالك ولا يسقط منه مقدار تفاوت المأذون لانه لم يستوف تلك المنفعة فكأنه اسقط حقه مما يملكه وانتفع بما لا يملك ولا فرق بين كون المنفعة التي استوفاها اشق من المأذون فيها ومساوية وادنى اذا كانت مخالفة لها في الجنس ولو اتفقا في الجنس كانواع الزرع ففيه ما مر من الاشكال قوله اذا جحد العارية بطل استيمانه اه القول في جحود العارية كالقول في جحود الوديعة حكما وتفريعا فراجعه ثم ووجه الضمان الجحود لانه بمنزلة التعدي قوله اذا ادعى التلف اه اما الاول فلانه وان كان مدعيا ما يخالف الاصل الا انه يمكن صدقه فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس وقد تقدم نظيره وما يرد عليه في ابواب الامانات واما الثاني فلان الاصل عدم الرد فيكون القول قول منكره وهو المالك ولان المستعير قبض لمصلحة نفسه وبذلك فارق الودعي لانه انما قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض وما على المحسنين من سبيل واعلم ان هذه العلة يجري في كثير من ابواب تنازع المستامنين الا انها تقتضي قبول قول الوكيل في الرد لو كان بغير جعل وهو مشكل لمخالفته للاصل وكون هذه العلة ليست منصوصة وانما هي مناسبة قوله لو فرط في العارية كان عليه قيمتها اه وجه الاول انه لو وجب على المستعير مع بقاء العين ردها دون القيمة وانما ينتقل اليها مع التلف صح فالمعتبر القيمة وقت التلف وهذا هو الاقوى ووجه الثاني ان العين لما كانت مضمونة فكل واحدة من القيم المتعددة في وقت كونها مضمونة اذ معنى ضمان العين كونها لو تلفت ضمن قيمتها وهو حاصل في جميع الوقت فيضمن اعلى القيم لدخول الباقي فيها وموضع الخلاف ما لو كان الاختلاف بسبب السوق اما لو كانت بسبب نقص في العين فلا اشكال في ضمانه لان ضمان العين يقتضي ضمان اجزائها وفي المسئلة قول ثالث وهو ان المعتبر قيمتها وقت الضمان لتعلقها بالذمة على تقدير التلف وقد تقدم الكلام في هذه المسئلة غير مرة قوله ولو اختلفا في القيمة اه اي اختلفا في قيمة المستعار على تقدير تلفه بتفريط او كونه مضمونا بامر اخر فالقول قول المستعير لانه منكر للزائد فيدخل في عموم الخبر وقال الشيخ وجماعة قول المالك لخروج المستعير عن الامانة خصوصا على تقدير التفريط فلا يقبل قوله والاقوى الاول لان قبول قوله من حيث كونه منكرا لا من حيث كونه امينا

كتاب الاجارة

الاجارة من الالفاظ المنقولة شرعا عن موضوعها لغة لانها في الشرع عبارة عن تمليك المنفعة خاصة بعوض معلوم لانه ماهيتها او العقد المفيد لذلك تجوزا تسمية للمسبب باسم السبب وهي في اللغة اسم للاجرة وهي كرى الاجير لا مصدر اجر يأجر فان مصدره الاجر بخلاف باقي العقود فانه يعبر عنه بمصدر الفعل او باسم المصدر فلا يتغير عن موضوعه الا بشروط زائدة وتغيير سهل والمطابق لغيرها التعبير بالايجار لكنها قد اشتهرت في هذا اللفظ على وجه لا يرتاب في تحقق النقل اذ لا يتبادر غيره وقوله في العقد وثمرته تمليك المنفعة بعوض معلوم عدل عن تعريف الاجارة بذكر ما يفيد فائدة التعريف مع سلامته مما يرد على التعريف لو قال هي عقد ثمرته تمليك المنفعة اه كما عرفه به بعضهم لانتقاضه في طرده بالصلح والهبة مع شرط العوض واما جعل المص ذلك ثمرة هذا العقد فلا ينافي كونه ثمرة عقد اخر لكن يبقى فيه ان تمليك المنفعة المذكورة ليس ثمرة العقد بل ثمرة الايجاب لان الموجب هو المالك لا المستاجر فان التمليك مصدر ملك بالتشديد لا ملك او تملك لان مصدرهما الملك والتملك ويمكن اندفاعه بان الايجاب لما كان جزء السبب المصحح للتمليك نسبت الثمرة اليهما فان التمليك وان وقع من الموجب خاصة الا انه لا يتم ثمرته بانفراده بل لا بد من مصاحبته لبقية الشرائط وغيرها مما يتوقف عليه الصحة قوله وعبارته الصريحة عن الايجاب اجرتك اه لما كانت الاجارة من العقود اللازمة وجب انحصار لفظها في الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة والصريح منها في الايجاب اجرتك واكريتك اما الاولى فقد تقدم الكلام فيها واما الثانية فهي من الالفاظ المستعملة ايضا لغة وشرعا في الاجارة يقال اكريت الدار فهي مكراة وتقول اكتريت واستكريت وتكاريت بمعنى ومنه اخذ المكاري لانه يكري دابته ونفسه واما التمليك فيفيد نقل ما تعلق به فاذا اورده على الاعيان افاد نقل ملكها وليس ذلك بمورد الاجارة لان العين تبقى على ملك الموجر بل اذا اراد اقامته مقام الاجارة تعين اضافته الى المنافع لان المملك في الاجارة بالعوض انما هو المنفعة لا العين ولا يصح من فرع الايجاب ابتداء بلفظ كان يقول ملكتك منفعة هذه الدار مدة كذا مثلا بكذا اما لو عبر في الايجاب بلفظ اجرت واكريت فانهما انما يردان على العين فلو اوردهما على المنفعة بان قال اجرتك منفعة هذه الدار مثلا اه لم يصح بخلاف ملكتك واما القبول فضابطه كل لفظ يدل على الرضا بالايجاب كقبلت واستاجرت واكتريت واستكريت كما سبق ولو تقدم القبول على الايجاب صح فيما عدا الاول قوله وكذا اعرتك لتحقق القصد الى المنفعة المشبه سابقا المشار اليه بذا هو الحكم بالصحة اذا قال ملكتك سكناها سنة او كذا يصح لو قال اعرتك هذه الدار سنة بكذا ووجه الصحة ما اشار اليه بقوله لتحقق القصد الى المنفعة و المراد ان الاعارة لما كانت لا تقتضي ملك المستعير للعين وانما تفيد تسلطه على المنفعة وملكه لاستيفائها كان اطلاقها بمنزلة تمليك المنفعة فيصح اقامتها مقام الاجارة كما يصح ذلك بلفظ الملك والجواز العارية انما تقتضي اباحة المنفعة لا تمليكها والعوض لا يدخل في ماهيتها بخلاف التمليك فانه يجامع العوض ولا يخفى ان التجوز بمثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة قوله ولو قال بعتك هذه الدار ونوى الاجارة لم يصح وكذا اه وجه المنع ما ذكره من ان البيع موضوع لنقل الاعيان والمنافع تابعة لها فلا يثمر الملك لو تجوز به في نقل المنافع منفردة وان نوى الاجارة وظاهره ان ذلك اجماعي لانه نسبه الى علمائنا ولعل المص تردد وفي بحث المنع قرب ووجه تردده ما ذكره من انه بالتصريح بارادة نقل المنفعة مع ان البيع يفيد نقلها ايضا مع الاعيان وان كان بالتبع ناسب ان يقوم مقام الاجارة اذا قصدها والاصح المنع قوله والاجارة عقد لازم اه لزوم عقد الاجارة موضع وفاق وعموم الامر بالوفاء بالعقود يتناوله ودخول الاقالة كغيره من عقود المعاوضات واما الاسباب المقتضية للفسخ فستاتي مفصلة انشاء الله قوله ولا تبطل بالبيع لعدم المنافاة فان الاجارة تتعلق بالمنافع والبيع بالعين والمنافع تابعة لكن ان كان المشتري عالما

بالاجارة تعين عليه الصبر الى انقضاء المدة فان كان جاهلا تخير بين فسخ البيع وامضائه مجانا مسلوب المنفعة الى اخر المدة لان اطلاق العقد وقع على اعتقاد التسليم والانتفاع نظرا الى الغالب ولو فسخ المستاجر بعد البيع لحدوث عيب ونحوه عادت المنفعة الى البايع لا الى المشتري ولو كان المشتري هو المستاجر صح البيع وفي انفساخ الاجارة وجهان اجودهما بقاؤها فيجتمع عليه الثمن والاجرة والثاني الانفساخ لان ملك العين يستدعي ملك المنافع لانها نماء الملك ويضعف بان العين انما تستتبع المنافع اذا لم يسبق ملكها بسبب اخر قوله ولا بالعذر مهما كان الانتفاع ممكنا اي الانتفاع الذي تضمنه عقد الاجارة بالتعيين او الاطلاق فلا عبرة بامكان الانتفاع بغير المعين كما لو استاجر الارض للزراعة فغرقت وامكن الانتفاع بها بغيرها فان ذلك كتلف العين وعدم منع العذر الانتفاع اعم من بقاء جميع المنفعة المشروطة وبعضها وعدم البطلان حاصل على التقديرين لكن مع حصول الانتفاع ناقصا يتخير المستاجر بين الفسخ والامساك بتمام الاجرة قوله وهل تبطل بالموت المشهور بين الاصحاب نعم وقيل اه القولان الاولان للشيخ و الاقوى ما اختاره المص وعليه المتاخرون اجمع لان الاجارة من العقود اللازمة ومن شأنها ان لا تبطل بالموت ولعموم الامر بالوفاء بالعقود وللاستصحاب نعم يستثنى منه مواضع يبطل فيها الاجارة بالموت احدها ما لو شرط على المستاجر استيفاء المنفعة بنفسه فانها تبطل بموته وثانيها ان يكون الموجر موقوفا عليه فيوجر ثم يموت قبل انتهاء المدة فانها تبطل بموته ايضا الا ان يكون ناظرا على الوقف واجره لمصلحة الوقف العين او النسبة الى البطون او الى الجميع فلا تبطل بموته لكن الصحيح ليس من حيث انه موقوف عليه بل من حيث انه ناظر وثالثها الموصى له بالمنفعة مدة حياته لو اجرها مدة ومات في اثنائها فانها تبطل ايضا لانتهاء استحقاقه قوله وكلما صح اعارته صح اجارته اي ما صح اعارته بحسب الاصل لئلا يرد المنحة فانها تصح اعارتها ولا تصح اجارتها لكن حكمها ثابتا بحسب الاصل اي القاعدة المعروفة فانها تقتضي ان المستعار ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه وهي ليست كذلك فحكمها مخالف للاصل او اراد الكلية بحسب الغالب قوله واجارة المشاع جائزة كالمقسوم اذ لا مانع منه باعتبار عدم القسمة لامكان تسليمه واستيفاء منفعته بموافقة الشريك ولا فرق بين ان يؤجره من شريكه وغيره وهو موضع وفاق وخالف فيه بعض العامة فمنع من اجارته بغير الشريك قوله والعين المستاجرة امانة لا يضمنها المستاجر الا بتعد او تفريط لا فرق في ذلك بين مدة الاجارة وبعدها قبل طلب المالك لها وبعده في اثناء الرد بحيث لم يؤخره اما كونها امانة في المدة فلانها مقبوضة باذن المالك بحق القابض واما بعده فلانه لا يجب على المستاجر رد العين الى الموجر ولا مؤنة ذلك وانما يجب عليه التخلية بين المالك وبينها كالوديعة لاصالة برائة ذمته من وجوب الرد ولانها امانة قبل انقضاء المدة فيستصحب ولا يجب ردها الا بعد المطالبة والواجب بعدها تمكينه منها كغيرها من الامانات وخالف في ذلك جماعة منهم الشيخ ره وابن الجنيد ره لان ما بعد المدة غير مأذون فيه فيضمنها ويجب عليه مؤنة الرد وتردد في بعض وجزم في غيره بعدم الضمان وعدم وجوب الرد قوله وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد اظهره المنع اي اشتراط ضمانها مع التلف من غير تعد ولا تفريط ففي صحة الشرط والعقد تردد من عموم المؤمنون عند شروطهم ومن مخالفته لمقتضى الاجارة فيفسد ثم على تقدير فساده هل يبطل العقد في الفساد وقد تقدم نظيرها في مواضع والاقوى بطلانهما معا لفساد الشرط ولا رضى بالعقد الا به قوله وليس في الاجارة خيار المجلس اه لان خيار المجلس مختص بالبيع عندنا فلا يثبت فيها مع الاطلاق ولو شرطا ففي صحته قولان احدهما انه اختاره في ط لعموم المؤمنون عند شروطهم ويشكل بانه شرط مجهول لان المجلس يختلف بالزيادة والنقصان وانما لم يقدح في البيع لانه ثابت فيه بالنص نعم لو ضبطه بمدة صح الا انه يخرج عن وضع خيار المجلس ويصير خيار الشرط مقيدا بالمجلس ولا شبهة في جوازه لعموم الخبر سواء شرطاه لهما ام لاحدهما ام لاجنبي وسواء كانت معينة كان يستاجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كبناء حائط ونحوه الخبر في البيع ونبه بقوله سواء كانت معينة اه كلامه على خلاف بعض العامة حيث جوز خيار الشرط في المطلقة لا المعينة وهو تحكم قوله وكذا المبرا الا ان ياذن وليه وفيه تردد قد تقدم الكلام في نظير هذه وان الاقوى البطلان مط لان عبارته مسلوبة بالاصل فلا يصححها الاذن ولا الاجازة لرفع القلم وهو يقتضي عدم الاعتداد بعبارته شرعا في حال واذن الولي لا يصير الناقص كاملا لانه يؤثر في الكامل المحجور عليه بسبب عرضي كالسفه قوله ان يكون الاجرة معلومة بالوزن او الكيل اه قوله وهو حسن وجه الحسن انتفاء معظم الغرر بالمشاهدة واصالة الصحة وهو اختيار جماعة منهم الشيخ والمرتضى والاقوى المنع لانها معاوضة لازمة مبنية على المغابنة والمكايسة فلا بد فيها من نفي الغرر عن العوضين وقد ثبت من الشارع اعتبار الكيل والوزن في المكيل و الموزون في البيع وعدم الكفاية بالمشاهدة وكذا في الاجارة لاتحاد طريق المسئلتين ولنهي النبي ص عن الغرر مط وهو متحقق ولصورة النزاع ومثله القول في المعدود قوله ويملك الاجرة بنفس العقد لان المعاوضة اذا صحت اقتضت نقل الملك في كل من العوضين الى الاخر والاجارة من العقود اللازمة فيحصل انتقال الملك في العوضين بمجرد العقد كالبيع لكن لا يجب تسليم الاجرة الا بتسليم العين الموجرة او بالعمل ان كانت الاجارة على عمل حتى لو كان المستاجر وصيا او وكيلا لم يجز له التسليم قبله الا مع الاذن صريحا او شاهد الحال ولو فرض توقف الفعل على الاجرة كالحج وامتنع المستاجر من التسليم فالظاهر جواز فسخ الاجير قوله ويجب تعجيلها مع الاطلاق ومع اشتراط التعجيل المراد بتعجيلها مع الاطلاق في اول اوقات وجوب دفعها وهو تمام العمل وتسليم العين الموجرة لان تسليم احد العوضين يسلط على المطالبة بالاخر بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك واما مع اشتراط التعجيل فاولى وفائدة الشرط مع ان الاطلاق يقتضيه مجرد التاكيد وقد تفيد فائدة اخرى هو تسلط الموجر على الفسخ لو شرط التعجيل في مدة مضبوطة فاخل به وكذا لو شرطا القبض قبل العمل او قبل تسليم العين الموجرة صح ووجب الوفاء لعموم الخبر قوله ولو شرط التاجيل صح بشرط ان يكون معلوما وكذا لو شرطها في نجوم اذا شرط المستاجر تاجيل الاجرة الى امد بحيث لا يطالب بها وان تسلم العين الموجرة الى تلك الامد او شرط ذلك على الموجر لعمل وان عمله صح لعموم الخبر لكن يشترط كون الاجل مضبوطا بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الاجال ولا فرق بين المتحد كشهر والمتعدد بان يجعلها نجوما فيقسطها ويجعل لكل اجل قسطا معلوما منها وكذا لا فرق في ذلك بين الاجارة الواردة على معين شخصي والمطلقة الواردة على الذمة لعدم المانع عندنا خلافا

لبعض العامة حيث منع من التأجيل في الثاني قياسا على السلم الذي يجب فيه قبض العوض وفساده واضح وتعليله فاضح قوله واذا وجد الموجر
الى قوله او الارش انما يجوز الفسخ في المطلقة مع تعذر العوض لان الاطلاق انما يحمل على الصحيح وهو امر كلي لا ينحصر في المدفوع اليه فلا يجوز الفسخ ابتداء
نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ ولو رضي بالمعيب فيطالب بالارش عوض الفائت بالعيب لتعين المدفوع اليه لانه يكون عوضا بتعذر غيره واما المعينة
فيتخير مع ظهور عيبه كما ذكر لاقتضاء الاطلاق السليم وتعيينه مانع من البدل كالبيع قوله ولا يجوز ان يوجر المسكن الى قوله باكثرها هذا قول اكثر
الاصحاب استنادا الى روايات حملها على الكراهة طريق الجمع بينها وبين غيرها وفي بعضها تصريح بها والاقوى الجواز في الجميع واما تعليل المنع بانه يستلزم
الربا كما ذكره بعضهم ففساده واضح قوله ولو استاجره ليحمل له متاعا الى قوله اجرة المثل هذا قول الاكثر ومستنده روايتان صحيحة وموثقة عن محمد بن مسلم
والحلبي عن الباقر ع ويشكل بعدم تعيين الاجرة لاختلافها على التقديرين كما لو باعه بثمنين على تقديرين ومن ثم ذهب جماعة الى البطلان ويمكن
حمل الاخبار على الجعالة ومن حكم بالبطلان تثبت اجرة المثل الا ان يشترط اسقاط الجميع فلا شيء مع عدم الاتيان به في المعين ولو اتى به فيه وكغيره
ويمكن القول بصحة الاجارة على تقدير الثاني وهو شرط سقوط الاجرة مع الاخلال بالمعين لانه لا يجعله احد شقي المستاجر عليه لخلوه عن الاجرة بل بيانا
لمقتضى الاجارة فانها اذا عينت بوقت فاخل الاجير بالعمل فيه بطلت فاذا فعله في غيره لم يستحق شيئا فيكون التعرض لذلك بيانا لمقتضى الاجارة
فلا ينافيها وح فيثبت المسمى ان جاء به في المعين ولا شيء في غيره للاخلال بمقتضاها وهذا مما نبه عليه الشهيد ره في اللمعة قوله واذا قال اجرتك كل شهر
بكذا صح الى قوله والاول اشبه وجه الاشبهية ان الشهر معلوم وكذا الاجرة فلا مانع من الصحة فيه نعم يبطل الزائد لعدم انحصاره في وجه معين والاجرة تابعة له
والاولى البطلان مط للجهالة المقتضية للغرر اذ لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء معلوم من العوض كون مجموع العوضين معلومين فان العوض هنا
المجموع وهو مجهول قوله لو قال ان خطته فارسيا الى قوله اظهره الجواز وجه الصحة فيهما ان كلا من الفعلين معلوم واجرته معلومة والواقع لا يخرج عنهما واصالة
الجواز ويشكل بمنع معلوميته اذ ليس المستاجر عليه المجموع ولا كل واحد والا لوجبا فيكون واحدا غير معين وذلك غرر مبطل للاجارة كالبيع بثمنين نقدا
ونسيئة او الى اجلين فالاجود البطلان نعم لو وقع ذلك جعالة صح وفاقا لابن ادريس ره وعدده في ... لان الجعالة ايضا تغتفر الى تعيين الجعل ومنه ان ضمن
الجعالة على الجهالة في العمل والجعل كمن رد عبدي فله نصفه ومن رد عبدي فله كذا ومحله غير معلوم وكذا من رد عبدي من موضع كذا فله كذا مع الجهالة فيها و
وقدر الرومي مما كان بعدد ذنب(؟) والفارسي مما كان بعدد واحد قوله ويستحق الاجير الاجرة بنفس العمل اه قد تقدم ان الاجير يملك الاجرة بالعقد فالمراد
باستحقاقها هنا استحقاق المطالبة بها بعد العمل ووجه ما اختاره المص من عدم توقف استحقاق المطالبة بها على تسليم العين مط ان العمل انما هو
في ملك المستاجر او ما يجري مجراه فيكون ذلك كافيا عن التسليم وان كان موضع العمل ملكا للاجير ويضعف بان المعاوضة لا يجب على احد المتعاوضين
فيها التسليم الا مع تسليم الاخر فالاجود توقف المطالبة بها على تسليم العين وان كان العمل في ملك المستاجر وما نقله من الفرق قول ثالث فانه ان كان
في ملك المستاجر لم يتوقف على تسليمه لانه بيده تبعا للملك ولانه غير مسلم للاجير في الحقيقة وانما استعانه في شغله كما يستعين بالوكيل وان كان في ملك
الاجير توقف وهو وسط وجه من اطلاق المص والاوسط الذي اخترناه اوجه قوله وكل موضع يبطل فيه عقد الاجارة اه انما كان الثابت مع الفساد
اجرة المثل لان مقتضاه رجوع كل عوض الى مالكه ومع استيفاء المنفعة يمتنع ردها فيرجع الى بدلها وهو اجرة مثلها واستثنى الشهيد ره عليه من ذلك
ما لو كان الفساد باشتراط عدم الاجرة في العقد او متضمنا له كما لو لم يذكر اجرة فانه يقوى عدم وجوب الاجرة لدخول العامل على ذلك وهو حسن وربما
استشكل الحكم فيما لو كانت الاجارة متعلقة بمنفعة عين كدار مثلا فاستوفاها المستاجر بنفسه فان اشتراط عدم العوض انما كان في العقد الفاسد
والذي لا اثر له لما تضمنه من التراضي فيحقق وجوب اجرة المثل كما لو باعه على ان لا ثمن عليه واما لو كان مورد الاجارة منفعة الاجير فعمل بنفسه مع فسادها
فيتجه عدم استحقاقه شيئا ظاهرا لانه متبرع بالعمل وهو المباشر لاتلاف المنفعة ويندفع الاشكال فيهما بانه مع اشتراط عدم الاجرة يكون اللفظ الوارد
في ذلك دالا على اعارة العين الموجرة فان الاعارة لا تختص بلفظ مخصوص بل ولا على لفظ مط كما تقدم ولا شك ان اشتراط عدم الاجرة صريح في الاذن
في الانتفاع من غير عوض باللفظ فضلا عن القرينة فلا يترتب عليه ثبوت اجرة ويرد على القسم الثاني الذي اعتبر فيه بعدم ثبوت اجرة وهو ما لو عمل
الاجير بنفسه انه قد لا يكون متبرعا كما لو امره المستاجر فان مقتضى الفساد عدم تاثير ما وقع من اللفظ وح فلا يتحقق التبرع الا مع عمل الاجير من غير سؤال
والامر ينبغي مع عدم ذكر الاجرة ثبوت اجرة المثل كما هو شان الامر لغيره بعمل من غير عقد فان قلت اي فائدة في تسميته عقدا فاسدا مع ثبوت هذه
الاحكام واقامته مقام العارية قلت فساده بالنسبة الى الاجارة بمعنى عدم ترتب احكامها اللازمة لصحيح عقدها كوجوب العمل على الاجير ونحوه لا
مطلق الاثر قوله ويكره ان يستعمل الاجير قبل ان يقاطعه على الاجرة لما روي عن الص ع من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يستعمل اجيرا حتى يعلمه ما اجره
وفي حديث طويل عن الرضا عليه السلام الا ... والثناء يتضمن النهي عن ذلك وانه ما من احد يعمل لك شيئا بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلثة
اضعاف على اجرته الا ظن انه قد نقصته اجرته فاذا قاطعته ثم اعطيته اجرته حمدك على الوفاء فان زدته حبة عرف ذلك ورأى انك قد زدته
قوله وان يضمن الا مع التهمة فيه تفسيرات الاول ان يشهد شاهدان على تفريطه فانه يكره تضمينه للمثل اذا لم يكن متهما الثاني لو لم يقم عليه بينة
وتوجه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذا الثالث لو نكل عن اليمين المذكورة وقضينا بالنكول كره تضمينه كذلك الرابع على تقدير ضمانه
وان لم يفرط كما اذا كان صانعا على ما سبق يكره تضمينه مع عدم تهمته بالتقصير الخامس ان يكره له ان يشترط عليه الضمان بدون التفريط على
القول بجواز الشرط السادس لو اقام المستاجر شاهدا عليه بالتفريط كره له ان يحلف معه ليضمنه مع عدم التهمة السابع لو لم يقض بالنكول
يكره له ان يحلف ليضمنه كذلك والاربعة الاول اسد به والخامس مبني على صحة الشرط وقد بينا فساده وفساد العقد به والاخيران فيهما

ان المستاجر

واذا وجد الموجر بالاجرة عيبا فان كانت مضمونة كان له المطالبة بالعوض وان كانت معينة كان له الرد او الارش ولا يجوز ان يوجر المسكن ولا الخان ولا الاجير باكثر مما استاجره الا ان يوجر بغير جنس الاجرة او يحدث ما يقابل التفاوت وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز ان يوجر الباقي بزيادة عن الاجرة والجنس واحد ويجوز باكثرها ولو استاجره ليحمل له متاعا الى موضع معين باجرة في وقت معين فان قصر عنه نقص من اجرته شيئا جاز ولو شرط سقوط الاجرة ان لم يوصله فيه لم يجز وكان له اجرة المثل واذا قال اجرتك كل شهر بكذا صح في شهر وله في الزائد اجرة المثل ان سكن وقيل تبطل والاول اشبه ولو قال ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان صح ولو قال ان عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان وفي غد درهم فيه تردد اظهره الجواز ويستحق الاجير الاجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه او ملك المستاجر ومنهم من فرق ولا يتوقف تسليم احدهما على الاخر وكل موضع يبطل فيه عقد الاجارة يجب فيه اجرة المثل مع استيفاء المنفعة او بعضها سواء زادت عن المسمى او نقصت ويكره ان يستعمل الاجير قبل ان يقاطعه على الاجرة وان يضمن الا مع التهمة الثالث ان تكون المنفعة مملوكة اما تبعا لملك العين او منفردة متن

ان المستاجر لا يمكنه الحلف الا مع العلم بالسبب الذي يوجب الضمان ومع فرضه لا يكره تضمينه لاختصاص الكراهة بعدم تهمته فكيف ينفي ضمانه قوله وللمستاجر
ان يوجر الا ان يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه هذا من جملة صور ملك المنفعة منفردة وحيث يجوز له الايجار يتوقف تسليم العين على اذن المالك
اذ لا يلزم من استحقاقه استيفاء المنفعة والاذن له في التسليم جواز تسليمها لغيره فلو سلمها بغير اذنه ضمن كذا ذكره مع جماعة وقوى الشهيد ره الجواز
من غير ضمان لان القبض من ضرورات الاجارة للعين وقد حكم بجوازها والاذن في الشيء اذن في لوازمه ورد بمنع كون القبض من لوازمها لامكان استيفاء
المنفعة بدونه والاقوى عدم الضمان لصحيحة علي بن جعفر عن اخيه ع في عدم ضمان الدابة المستاجرة بالتسليم الى الغير وغيرها اولى وما ذكره المص من منع
اجارة غيره اذا شرط عليه الاستيفاء بنفسه ينبغي تقييده بما اذا لم يشترط المستاجر الاول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه على جهة الوكالة اذ لو
شرط ذلك لم يقدح في صحة الاجارة لعدم منافاته لشرط الاستيفاء بنفسه فان استيفائه بنفسه اعم من استيفائه لنفسه قوله ولو شرط ذلك فسلم العين
المستاجرة الى غيره ضمنها قيد الضمان بتسليم العين لانه لا يضمن بمجرد ايجارها وان شرط عليه الاستيفاء بنفسه لعدم التعدي اذ يمكن مع ذلك ان يستوفيها
بنفسه على الوجه الذي ذكرناه سابقا ونحوه قوله ولو اجر ذلك غير المالك تبرعا اه الاشارة بذلك الى ما دل عليه الكلام السابق من العين الصالحة للاجارة
والمراد انه لو اجر غير المالك شيئا مما يصح للمالك ايجاره فضوليا هل يقع باطلا او يقف على الاجازة قولان ولا خصوصية لهما بالاجارة بل الخلاف وارد في
جميع عقود الفضولي ولكن قد يختص الاجارة عن البيع بقوة جانب البطلان من حيث ان قضية عروة البارقي مع النبي ص في شراء الشاة دلت على جواز بيع الفضولي
وشرائه فقد يدعى اختصاص الجواز بمورد النص والاقوى توقفه على الاجازة مط قوله اما بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم اه ليس التخيير في ذلك كليا بل المراد
ان كل منفعة يمكن ضبطها بالعمل او بالزمان يكفي تقديرها بايهما كان وذلك كاستيجار الادمي والدابة فانه يمكن استيجارها بالزمان كخياطة شهر و
ركوب شهر وبالعمل كخياطة هذا الثوب وركوبها الى موضع معين وما لا يمكن ضبطه الا بالزمان كالعقارات والارضاع فلا بد من تقديره به وضبطه
والضابط العلم بالمنفعة على احد الوجهين ومدار العلم على ما فصلناه وجعل في ير ضابط ما يجوز بهما ما كان له عمل كالحيوان وما يختص بالزمان ما ليس
له عمل كالدار والارض وينتقض الاول باستيجار الادمي للارضاع فانه عمل ولا ينضبط الا بالزمان قوله ولو قدره بالمدة والعمل مثل ان يستاجره اه المراد
من هذا التعليل ان استيفاء العمل في المدة المعينة على وجه التطابق بحيث يتمان معا قد لا يتفق غالبا لان هذا هو الذي علل به القائل بالبطلان
لا ما يشعر به ظاهر تعليل المص من كون المدة ظرفا للفعل بحيث يستوفى فيها فان هذا يمكن جعله متفقا اتفاقا غالبا او معلوما عادة بتكثير المدة و
تقرير وجه البطلان على الوجه المشهور ان الجمع بينهما على وجه المطابقة يستلزم الغرر فانه يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل وبالعكس فان امر بالاكمال
في الاول لزم العمل في غير المدة المشروطة والا كان تاركا للعمل الذي وقع عليه العقد وان امر في الثاني بالعمل الى ان ينتهي المدة لزم الزيادة على ما وقع عليه
العقد وان لم يعمل كان تاركا للعمل في المدة المشروطة واختار في لف الصحة محتجا بان الغرض انما يتعلق في ذلك غالبا بفراغ العمل ولا ثمرة مهمة في
تطبيقه على الزمان والفراغ امر ممكن لا غرر فيه فعلى هذا ان فرغ قبل اخر الزمان ملك الاجرة لحصول الغرض وان خرجت المدة قبله فللمستاجر الفسخ وفيه
ان ما ذكره انما يتم لو لم يقصد المطابقة وهو خلاف موضع النزاع فلو قصدها بطل كما قالوه ومع ذلك يشكل لزوم اجرة المثل مع زيادتها على المسمى
فان الاجير ربما يجعل التواني في العمل وسيلة الى الزائد فينبغي ان يكون له اقل الامرين من المسمى ان كان تم العمل وما يخصه منه على تقدير التقسيط ان لم يتم
ومن اجرة مثل ذلك العمل والاقوى البطلان الا مع ارادة الظرفية المطلقة وامكان وقوع العمل فيها قوله والاجير الخاص اه الاجير الخاص هو الذي يستاجر
للعمل بنفسه مدة معينة او عملا معينا مع تعيين اول زمانه اليوم بحيث لا يتوانى في فعله حتى يفرغ منه ثم ان كان العمل مط اقتضى استيجاره على هذا الوجه
ملك جميع منافعه في الوقت الذي جرت العادة بالعمل فيه فليس له ان يعمل لغيره فيه عملا الا باذن المستاجر وله ذلك فيما لم تجر العادة بالعمل فيه للمستاجر
كالليل اذا لم يؤد الى ضعف في العمل المستاجر عليه وهل يجوز عمله في الوقت المعين عملا لا ينافي حق المستاجر كايقاع عقد ونحوه في حال اشتغاله او تردده
في الطريق بحيث لا ينافيه وجهان من شهادة الحال بالاذن في مثل ذلك والنهي عن التصرف في ملك الغير بغير اذنه ومثله يأتي في استعمال عبد الغير بغير
اذنه على هذا الوجه وسيأتي تحقيقه في الوكالة والاولى بالجواز هنا وان كان العمل معينا فكذلك مع منافاة العمل لغير المعين اما في نفسه او في بعض اوصافه
ومع عدم المنافاة مط له العمل كايقاع العقد وتعليمه في حال الخياطة ونحوها مع احتمال المنع وسمي هذا الاجير خاصا باعتبار انحصار منفعته المخصوصة
في شخص بحيث لا يجوز له العمل لغيره على ذلك الوجه ويقابله المشترك كما سيأتي واطلاق الخصوص عليه بضرب من المجاز ولو سمي مقيدا كان اولى لانه في مقابلة
المشترك لا في مقابلة العام والمراد بالمشترك هنا المطلق كما ستعلمه اذا تقرر ذلك فنقول اذا عمل هذا الاجير لغير المستاجر عملا في الوقت المنهي عن العمل فيه
فلا يخلو اما ان يكون بعقد اجارة او جعالة او تبرعا وعلى تقدير التبرع اما ان يكون لذلك العمل اجرة عادة اولا فان كان عمله بعقد تخير المستاجر
بين فسخ عقده لفوات المنافع التي وقع عليها العقد عليه فان كان ذلك قبل ان يعمل الاجير شيئا فلا شيء عليه وان كان بعده تبعضت الاجارة ولزمه
من المسمى بالنسبة وح في لزوم الاجارة او الجعالة الثانية وجهان يلتفتان الى من باع ملك غيره ثم ملكه فان قلنا بالصحة فلا بحث والا رجع الى اجرة المثل
وبين ابقائه ويتخير في فسخ العقد الطاري واجازته اذ المنفعة مملوكة له فالعاقد عليها فضولي فان فسخ رجع الى اجرة المثل عن المدة الفائتة لانها قيمة العمل
المستحق له بعقد الاجارة وقد اتلف عليه ويتخير في الرجوع بها على الاجير لانه المباشر للاتلاف او المستاجر لانه المستوفي وان اجازه ثبت له المسمى فيه فان
كان قبل قبض الاجير له فالمطالب به المستاجر لان الاجير هنا بمنزلة فضولي باع ملك غيره فاجاز المالك فانه لا يطالب الفضولي بالثمن وان كان
بعد القبض فان كانت الاجرة معينة في العقد فالمطالب بها من هي في يده وان كانت مطلقة فان اجاز القبض ايضا فالمطالب الاجير والا فالمطالب
المستاجر ثم المستاجر يرجع على الاجير بما قبض مع جهله او علمه وبقاء العين واطلاق هذا القول بتخيير المستاجر بين مطالبة الاجير والمستاجر في جميع

هذه

وللمستاجر ان يوجر الا ان يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه فلو شرط ذلك فسلم العين المستاجر الى غيره ضمنها ولو اجر غير المالك تبرعا قيل بطلت وقيل توقف على اجازة المالك وهو حسن الرابع ان تكون المنفعة معلومة اما بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم واما بتقدير المدة كسكنى الدار او العمل على الدابة مدة معينة ولو قدرها بالمدة والعمل مثل ان يستاجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم قيل يبطل لان استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق وفيه تردد والاجير الخاص وهو الذي يستاجره مدة معينة لا يجوز له العمل لغير المستاجر الا باذنه متن

٣٢٤ هذه المواضع وهو غير واضح لان عمل بجعالة غير مع علم القصد بين الجارية فيأخذ المسمى منه او من جاعل اسقرب بما نقلم وعدمه فيرجع باجرة المثل وان عمل متبرعا فان كان العمل مما له اجرة في العادة مع عدم قصد التبرع فيحتمل ان يستحق مطالبة من شاء منهما باجرة المثل لتحقق العدوان فيهما والا فلا شيء وفي معنى التبرع عمله لنفسه فلو حاز شيئا من المباحات ونوى تملكه لنفسه ملكه وكان حكم الزمان المصروف في ذلك ما تقدم قوله ولو كان مشتركا جاز وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المدة الاجير المشترك هو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة او عن المدة مع تعيين المباشرة او مجرد عنهما فالاول كان يستأجره على تحصيل الخياطة يوما مثلا والثاني كان يستأجره ليخيط له ثوبا بنفسه من غير تعرض له وقت والثالث كان يستأجره على تحصيل خياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان وسمي مشتركا لعدم انحصار منفعته في شخص معين اذ له ان يعمل لنفسه وغيره وصدق الاشتراك عليه حقيقة بسبب تحقيقهم العمل لغير المستأجر لا لان منفعته مشتركة بالفعل بين المستأجر وشخص اخر غير الاجير ولو سماه مطلقا كما صنع الشهيد ره كان اولى لانه في مقابلة المقيد وهو الخاص وهو باعتبار انه الثلاثة مباين للخاص يقول مطلق اذ الاول مطلق بالنسبة الى المباشرة والثاني بالنسبة الى المدة والثالث فيهما معا وحكمه جواز العمل لغير المستأجر مع علم مطالبته له بالمبادرة مط ووجوب تحصيل العمل منهما بنفسه وبغيره في الاول والثالث وبنفسه في الثاني والفرق بين الاول والثالث وجوب تحصيل العمل على الاول في المدة المعينة ان كان معينا وقلنا بجوازه او مط واعلم ان الشهيد ره حكم في بعض تحقيقاته بان الاطلاق في كل الاجارات يقتضي التعجيل وانه يجب المبادرة الى ذلك العمل فان كان مجردا عن المدة خاصة فبنفسه والا تخير بينه وبين غيره ح فيقع الثاني بعينه وبين عمل اخر في صورة المباشرة وفرع عليه منع صحة الاجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع المباشرة كما منع في الاجير الخاص وما تقدم في الاجارة للحج مؤيد لذلك فانهم حكموا بعدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع نصا او حكما كما لو اطلق فيهما او عين في احدهما بالنسبة الى الاولى واطلق في الاخرى ولا ريب ان ما ذكره احوط وان كان وجهه غير ظاهر لعدم دليل يدل على الفورية وعموم الامر بالايفاء بالعقد لا يدل لا يدل بمطلقه على الفور عندهم وعند غيرهم من المحققين سلمنا لكن الامر بالشيء انما يقتضي النهي عن ضده العام وعموم الامر الكلي لا الافراد الخاصة سلمنا لكن النهي في غير العبادة لا يدل على الفساد عندهم والاستشهاد الى ما ذكر في الحج ليس حجة بمجرده ويتفرع على ذلك وجوب مبادرة اجير الصلاة الى القضاء بحسب الامكان وعدم جواز اجارته نفسه ثانيا قبل الاتمام وانما تختص الوجوب بصلاة مخصوصة وايام معينة من الجهتين ان ثبت المبادرة وان اتفقت ان قوله وتملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الاجرة به قد تقدم ان الاجرة تملك بالعقد والغرض هنا بيان كون المنفعة تملك به ايضا ووجه ما تقدم من صحة المعاوضة تقتضي انتقال كل من العوضين الى الاخر والعوض من جانب الاجير والموجر هو المنفعة فيلزم انتقالها الى المستأجر بنفس العقد وان كان انما يستوفيها على التدريج فان معنى ملكه لها كونها حقا من حقوقه فيصح له استيفاؤها ونقلها الى غيره وغير ذلك من لوازم الحقوق المالية وان لم يكن عينا ولا معنى للملك الا ذلك فان كونها مملوكة للموجر قبل الاجارة معناه ان له ان يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما اجرها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه الموجر وخالف في ذلك بعض العامة فزعم ان المستأجر لا يملك المنفعة بالعقد لانها معدومة بل يملكها على التدريج شيئا فشيئا بحسب وجودها وحدوثها على ملك الموجر وملك الاجرة تابع لملك المنفعة فلا يملكها الموجر الا تدريجا كذلك وليس بشيء قوله وهل يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد له القول بالبطلان مع الاطلاق والتصريح بعدم الاتصال للشيخ ره والاقوى الجواز مع الاطلاق ان دل العرف على اقتضائه الاتصال والا فلا واما القول بان الاطلاق يقتضي الاتصال مط ففيه انه اعم فلا يدل على الخاص الا بقرينة ونحن نسلم الحكم مع وجودها والا فلا قوله ولو عين شهرا متاخرا عن العقد قيل يبطل والوجه الجواز القول بالبطلان للشيخ ره محتجا بان الاجارة تقتضي استحقاق التسليم بالعقد وهو ممتنع في الفرض وبانه لا دليل على الصحة وجوابه منع كون مطلق الاجارة يستحق بها التسليم بالعقد فانه عين المتنازع ودليل الصحة عموم الادلة الدالة على الامر بالوفاء بالعقد وصحة هذه المعاملة وانه فان شرط الاتصال يقتضي عدمه لان كل واحد من الازمنة التي يشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليه وليس متصلا منها بالعقد سوى الجزء الاول ومتى كان اتصال باقي الاجزاء غير شرط فكذا اتصال الجميع قوله واذا سلم العين المستأجرة الى قوله وفيه تفصيل المراد بالمدة التي يمكن استيفاء المنفعة فيها ما تعينت شرعا للاستيفاء اما بالتعيين او ما في حكمه كما اذا عينا المنفعة بالعمل فان مدتها هي الزمان الذي يسعها عادة وانما قيدناها بذلك ليخرج منه ما لو سلمها قبل المدة المشروطة متاخرة عن العقد فانها لا تستقر بهذا التسليم ولا فرق في ثبوت الاجرة عليه بالتسليم بين كون الاجارة صحيحة وفاسدة لان المنافع اذا كانت مضمونة بالقبض الصحيح فكذا الفاسد التبعية له في ذلك كما سلف مرارا لكن مع الفساد يلزم اجرة المثل عما فات من المنافع في يده وفي حكم التسليم ما لو بذل العين فلم ياخذها المستأجر حتى انقضت المدة او مضت مدة يمكن الاستيفاء فتستقر الاجرة لكن هنا لابد من تقييده بالصحة واما التفصيل الذي اشار اليه المصنف فيمكن ان يشير به الى ما ذكره الشيخ ره في ط من ان الاجرة انما تستقر في المعينة لا المطلقة كما يفهم الاول من كلامه صريحا والثاني فحوى ويمكن ان يريد به ان الحكم انما يكون اذا كانت العين المستأجرة غير حر فلو كانت الاجارة على عمل الحر فسلم نفسه فتسلمه او لم يتسلمه ولكن خلي بينه وبين العمل في المدة لم تستقر لان منافع الحر لا تدخل تحت اليد بخلاف غيره ويمكن ان يكون اشارة الى الفرق بين المعينة بوقت والمتعلقة بالذمة مجردة عن الزمان فيستقر في الاول دون الثاني لان جميع الازمنة صالح لها والحق عدم الفرق في ذلك كله وان الحكم ما قررناه وبخط شيخنا الشهيد ره على شرايعه بعد ان ذكر التفصيل الاول قال والاحتمالات متكثرة في التفصيل من غير استناد الى حجة قوله ولو استاجره لقلع ضرسه الخ المراد ان الاجير سلم نفسه للعمل وامتنع المستأجر من غير عذر فان الاجرة تستقر بالتمكين المذكور ونبه بذلك على ان الاجير في هذا ونظائره بمنزلة العين المبحوث عن تسليمها سابقا وفيه رد على التفصيل بالمعنى الثاني واعلم ان المستأجر للقلع لا يجب عليه تسليم نفسه للاستيفاء بل له الامتناع منه تشهيا وان استقرت الاجرة انما سقطت الاجرة بالبرء لبطلان الاجارة من حيث تعلقها بمنفعة لا يجوز استيفاؤها

ولو كان مشتركا جاز وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المدة ويملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الاجرة به وهل يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد قيل نعم ولو اطلق بطل وقيل الاطلاق يقتضي الاتصال وهو اشبه ولو عين شهرا متاخرا عن العقد قيل يبطل والوجه الجواز واذا سلم العين المستأجرة ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة لزمت الاجرة وفيه تفصيل وكذا ان استاجره وسلم نفسه ومضت المدة ولم يكن او استاجره لقلع ضرسه فمضت المدة التي يمكن ايقاع ذلك فيها فلم يقلعه المستأجر استقرت الاجرة اما لو زال الالم عقيب العقد سقطت الاجرة متن

٣٢٥ شرعا اذ لا يجوز قلع الضرس وادخال الالم على النفس لغير ضرورة فلا يصح الاستيجار عليه كما لو استأجره لقلعه ابتداء من غير الم او القطع يده من غير سبب اما لو كانت متاكلة يخاف من سرايتها المرض فهي كالضرس الفاسد والمرجع في ذلك الى ظن اهل الخبرة او التجربة قوله ولو استاجر شيئا فتلف قبل قبضه اه المراد بالتلف تلف المعين في عقد الاجارة لاستيفاء المنفعة منه كما يرشد اليه ظاهر العبارة وبطلان الاجارة ح واضح لانه احد العوضين فاذا فات قبل قبضه بطل كالبيع والاستيفاء هنا للمنفعة بتمامها قائم مقام القبض في المبيع كما ان استيفاء البعض كقبض بعضه ولو كانت الاجارة في الذمة وتسلم عينا للاستيفاء منها فتلفت فالاجارة باقية والمراد بتلفها عقيب القبض فوره بغير فصل بحيث لم يمض زمان يمكنه استيفاء بعض المنفعة كما يرشد اليه قوله اما لو انقضى بعض المدة فان المراد بها ما هو اعم من المعينة بخصوصها وما في حكمها وحيث يبطل في البعض يقسط المسمى على جميع المدة ويثبت للماضي ما قابله منها فان كانت متساوية الاجزاء فظ والا قوم المنفعتان بتقويم اجرة مثل جميع المدة ثم يقوم الاجزاء السابقة على التلف وينسب الى المجموع ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة ولو تلف بعض العين خاصة فالحكم في التالف كما مر ويتخير في الباقي بين الفسخ لتبعض الصفقة وامساك الحصة بقسطها من الاجرة ولو لم يتلف شيء لكن نقصت المنفعة بطرو عيب بان نقص ماء الارض او الرحى او مرضت الدابة او مرض الاجير ونحو ذلك ثبت للمستأجر الفسخ قوله ولا بد من تعيين ما يحمل على الدابة اه لما كان الضابط التوصل في معرفة المجهول الى ما يرفع الجهالة لم يكف مطلق المشاهدة ولا مطلق الاعتبار باحد الامرين بل مع قيود زائدة اما في المشاهدة فلا بد معها من امتحانه باليد تخمينا للوزن ان كان في ظرف لما في الاعيان من الاختلاف في الثقل والخفة مع التفاوت في الحجم واما في المعتبر باحد الامرين فلا بد معه من ذكر جنسه للاختلاف الفاحش باختلافه فان القطن يضر من جهة انتفاخه ودخول الريح فيه فيزداد ثقله في الهواء والحديد يجتمع على موضع من الحيوان فربما عقره وتحميل بعض الاجناس اصعب من بعض والحنطة بعضها كالزجاج اصعب فلا بد من ذكر الجنس مع التقدير واعلم انه متى ذكر قدرا معينا من جنس كالحنطة فظرفه خارج عن التقدير لتخصيصه القدر بكونه من الجنس فالظرف خارج مدلول عليه بالالتزام حيث يفتقر اليه ويجيء على الاطلاق المار الاكتفاء بالكيل والوزن من غير اعتبار ذكر الجنس انه لو قدر بمائة رطل واطلق دخل الظرف فيه وعلى ما ذكرناه من الاشتراط لا يوجب الاطلاق لبطلان العقد معه قوله ولا يكفي ذكر المحمل ما لم يكن معينا لتحقق الاختلاف المحمل بكسر الميم الاخيرة كمجلس واحد المحامل وهو شقان على البعير يحمل فيهما العديلان واعتباره بالمشاهدة او الوزن مع ذكر الطول والعرض لاختلافه باختلافهما في السهولة والصعوبة وان اتفق وزنه ولو عهد اتفاق المحامل او اتفاق جنس منها كفى ذكر ذلك الجنس وكذا يعتبر معرفة مقدار وطائه وغطائه لاختلافهما واما الراكب فيعتبر بالمشاهدة او الوزن مع عدمها وفي الاكتفاء فيه بالوصف من نحافة وضخامة وطول وقصر وحركة وبطؤ ونحوهما وجهان اجودهما ذلك مع افادته للوصف التام الرافع للجهالة قوله وكذا لا يكفي ذكر الالات المحمولة ما لم يعرف قدرها او جنسها المراد بالالات هنا ما يصحبه معه المستأجر في السفر من نحو السفرة والقربة والادوات والقدر ونحوها فانه اذا شرط حملها وجب معرفتها بالمشاهدة او الوزن او الوصف الرافع للجهالة لاختلافها على وجه يحصل باجمالها الجهالة والغرر ولو لم يشترطها لم يدخل في الاطلاق الا مع جريان العادة بها بحيث لا يحصل القصد بدونها فتوجبه بطلان الاجارة لو لم يعرف قدرها لان ذلك بمنزلة الشرط المجهول قوله وكذا لا يكفي اشتراط حمل الزاد اه انما لم يكن له ابدال الزاد مع فنائه مع انه قد شرط حمل القدر المعين لان المتبادر من الزاد ما يفنى في الطريق بالاكل فيرجع فيه الى المتعارف والمراد فنائه بالاكل المعتاد فلو فني بغير ذلك كضيافة غير معتادة او اكل كثير او ذهب بسقوط او سرقة فله ابداله لانه نزل الاطلاق على المعتاد المتعارف ويكون حكم البدل حكم المبدل منه في ذلك ونعلم من ذلك انه لو شرط حمل زاد زائد على العادة فليس للزائد حكم المعتاد بل له ابداله لانه كالمحمول المطلق الا ان يريد جعل الجميع زادا توسعة ولو شرط الابدال في الجميع فلا ريب في الصحة عملا بالشرط قوله واذا استأجر دابة افتقر الى مشاهدتها او الى ذكر جنسها اذا كانت للركوب فيذكر في الوصف الجنس كالابل والنوع كالعراب والذكورة والانوثة فان الانثى اسهل والذكر اقوى اذا استأجر للركوب والاكثر يعتبر الى الحد بما ويحتمل عدم اعتبار الوصف الاخير مط لان التفاوت بينهما يسير فلم يكن معتبرا في نظر الشارع ولان احد النوعين ربما اختلف افراده ازيد مما بين النوعين وكذا يجب ذكر كل وصف يختلف السير والركوب به سواء اشار الى معين غائب ام جعل متعلقها الذمة غير مقيدة بعين شخصية قوله ويلزم موجر الدابة اه الضابط وجوب كل ما جرت العادة بالتوطئة به للركوب والاستعانة بالنسبة الى نوع الدابة المعينة فيجب السرج لذات السرج والبردعة لمن يعتاده ونحو ذلك وكذا اللجام والزمام وغيرهما من الالات وكذا يعتبر السابق والقائد مع اقتضاء العادة لهما او لاحدهما وكذا يجب اعانته على الركوب والنزول اما بعض ان كان يمكنه ذلك وهو من اهله او بروك الجمل ان كان عاجزا او قادرا ولكن لا يقتضي العادة له بذلك كالمرأة والشيخ الكبير والمريض ولو كان المستأجر قويا يتمكن من فعل ذلك بنفسه لم يجب اعانته كل ذلك مع اشتراط المستأجر على الاجير المصاحبة او قضاء العادة بها او كانت الاجارة للركوب في الذمة اما لو كانت مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها كيف شاء ولم تقتض العادة بتبعيته فجميع الافعال على الراكب قوله وفي رفع المحمل وشده تردد اظهره اللزوم هذا هو الاقوى لقضاء العادة به ولانه من تمام التهيئة والتحميل الواجب على الموجر فيجب نعم لو شرط خلافه فالمتبع شرطه قوله ولو اجرها للدولاب افتقر الى مشاهدته ولو امكن الوصف الرافع للجهالة كفى وكذا يشترط معرفة عمق البئر بالمشاهدة او الوصف ان امكن الضبط وتقدير العمل بالزمان كاليوم او بملء بركة معينة بالمشاهدة او المساحة لا بسقي البستان وان شوهد للاختلاف بقرب عهده بالماء وعدمه وحرارة الهواء وبرودته قوله وان كان لحرث جريب معلوم اه اكتفى في معرفة الارض بالوصف هو ظاهر بل ربما كان ابلغ من المشاهدة لان صاحب الارض قد يطلع من باطنها ما لا يظهر بمشاهدة ظاهرها وفي كرة اعتبر المشاهدة ولم يكتف بالوصف محتجا بانها تختلف فبعضها صلب يصعب حرثه على البقر ومستعملها وبعضها رخو سهل وبعضها فيه

ولو تلف قبل قبضه بطلت الاجارة وكذا لو تلف عقيب قبضه اما لو انقضى بعض المدة ثم تلف بطلت فيما بقي ويرجع من الاجرة بما قابل المتخلف من المدة ولا بد من تعيين ما يحمل على الدابة اما بالمشاهدة او بتقديره بالكيل او الوزن ولا بد من ذكر جنسه لاختلاف ولا يكفي ذكر المحمل ما لم يكن معينا وكذا لا يكفي ذكر الالات المحمولة ما لم يعين قدرها او جنسها ولا يكفي اشتراط حمل الزاد ما لم يعين قدره واذا فني لم يكن له ابداله واذا استاجر دابة افتقر الى مشاهدتها او وصفها وكذا ان افتقر الى ذكر جنسها وصفتها من الذكورة والانوثة اذا كانت للركوب ويسقط اعتبار ذلك للحمل ويلزم موجر الدابة كل ما يحتاج اليه في امكان الركوب من القتب والاكاف والحزام والزمام وفي رفع المحمل وشده تردد اظهره اللزوم ولو اجرها للدولاب افتقر الى مشاهدة الدولاب لاختلاف حاله في الثقل ولو اجرها للزراعة فلا بد من مشاهدة الارض او وصفها وان كان لعمل مدة كفى تعيين المدة وكذا في اجارة الدابة لحرث جريب فلا بد من مشاهدة الارض متن

حجارة

٣٢٦ جمارة بها السكة ومثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهدة دون الوصف فيه تأمل مع ان مشاهدة ظ الارض لا يفيد ذلك وانما يظهر بالعمل وهو متوقف
على صحة الاجارة ويبعد ان يريد بالمشاهدة معرفة ما يصل اليه العمل لها الذي اعتبار ذلك من الحرج ولان المراد من ذلك رفع الجهالة العادية لا الضبط الكلي
ويمكن التوصل الى ذلك باختبارها في الحفر في مواضع على وجه يرفع الغرر هذا اذا قدر بالعمل ولو قدر بالمدة لم يعتبر معرفة الارض لكن يعتبر تعيين الدابة
التي تستعمل في الحرث اما بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة ولو قدره بالارض لم يحتج الى معرفة الدابة وهل يعتبر معرفة السكة وجهان لجودها الاتحاد
فيهما وفي نزولها في الارض بالعادة قوله فلابد من تعيين وقت السير ليلا او نهارا آه انما وجب تعيين الوقت لاختلاف الناس في ذلك الموجب للجهالة
بسبب اختلافه فيجب التعيين مع عدم العادة المعينة لذلك الطريق ويشكل الحكم فيما اذا اختلف السير ولم يمكن التعيين لهما كطريق الحج فان مقتضى
تحقيق بيان السير عدم صحة الاستيجار فيها الا ان تستقر العادة بسير مخصوص في تلك السنة بحسب ما يناسبها عادة من السنين وفي كره منع الاستيجار
في الطريق التي ليس لها منازل مضبوطة اذا كانت مخوفة لا يمكن ضبطها باختيارهما قوله ويصح ان يستاجر اثنان جملا او غيره للعقبة ويرجع في التناوب
الى العادة العقبة بضم العين النوبة وهما يتعاقبان على الراحلة اذا ركب هذا تارة وهذا اخرى فان كان هناك عادة مضبوطة اما بالزمان او المسافة
حمل الاطلاق عليها والا وجب التعيين ولو اتفقا على المنضبط بالعادة على خلافها وضبطاه صح ويعتبر تعيين مبدء الركوب ومن يركب منهما اولا
واكتفى في كره بالقرعة في تعيين المبتدي ان لم يعيناه في العقد لان محلها الامر المشكل ويشكل بانه لا اشكال هنا فان عقدا لهما وصفة لا يبتني على
الجهالة المفضية الى التنازع مع امكان دفعها قوله واذا اكترى دابة الى قوله ضمن اي اسرع السير زيادة على عادة امثالها بحسب نوعها او وصفها في ذلك
فان ذلك لا يجوز فيضمن والتقييد في الضرب بالزيادة عن العادة يدل بمفهومه على انه لو ضربها بما جرت العادة به لم يضمن حملا على المتعارف فان ذلك مما
اقتضاه عقد الاجارة وان لم ياذن فيه صريحا خلافا للكره حيث حكم بالضمان بالضرب مطلقا محتجا بان الاذن مشروط بالسلامة وما اختاره المص
اجود والمراد بكبح الدابة في اللجام جذبها به لتقف قال الجوهري كبحت الدابة اذا جذبتها اليك باللجام لكي تقف ولا تجري يقال كبحتها واكبحتها وكبحتها
هذه وجدها بلا الف عن الاصمعي قوله ولا يصح اجارة العقار الا مع التعيين آه العقار بالفتح الارض والبيوت والشجر والمراد هنا ما يجوز استيجاره منه
فيجب في الارض المستاجرة للزرع او الغرس او غيرها او ما هو اعم او وصفها بما يرفع الجهالة واشترط المص في الموصوف ان يكون عينا شخصية فلا يكفي ايجارها
موصوفة في الذمة محتجا بلزوم الغرر وفيه نظر فان الوصف الرافع للجهالة كيف يجامع الغرر والفرق بينه وبين المبيع الموصوف في الذمة غير واضح نعم لو علل بعسر
تحصيل الموصوف لاختلاف العقارات في الخواص والاوصاف اختلافا كثيرا فيعسر معه الوقوف على ما عينه امكن ووافقه على هذا التفصيل في التذكرة واطلق
في عدد كره وقد الاكتفاء بالوصف قوله واذا استاجره مدة آه اي اذا استاجره لعمل من الاعمال التي يختلف فيها الصناع بالحذق والبطوء كالخياطة والكتابة
لم يصح جعله في الذمة بحيث يحصله من شاء لما في ذلك من الاختلاف الكثير الموجب للغرر بل لابد من تعيين الصانع سواء كان هو الموجر ام غيره مع امكان تحصيل
المنفعة منه للانضباط ويفهم من تقييده المنع بالمدة انه لو وقع الاستيجار على عمل معين كنسخ الكتاب المعين او خياطة الثوب المخصوص صح وان لم يعين
الصانع لان الاختلاف في الحذق والبطوء الموجب للزيادة في العمل والنقيصة غير قادح لحصول المطلوب وهو العمل المعين وهو جيد على الوجه الذي قيدنا
من ان منشا الاختلاف المانع من جهة الزيادة والنقيصة اما من حيث الظاهر العبارة ان المانع هو تفاوتهم في الصنعة الشامل للاختلاف فيها بحسب الجودة
والرداءة فلا فرق فيه بين المعين بالعمل والمدة لكن الاول اوفق بتحصيل الفرق واما ضبط الاوصاف التي يحصل باختلافها الغرض في العمل فلابد منه في صحة
الاجارة كغيره من الامور التي يعتبر ضبطها وح فيرتفع الغرر من هذه الجهة اما التقدير بالعمل المعين في المدة المعينة فلا ينضبط بل لا يصح التعرض اليه كما
سبق فلابد من تعيين الصانع على وجه يرتفع به هذا النوع من الغرر وهذه المسئلة قل من تعرض لها غير المص نعم ذكرها الشافعية في كتبهم وجعلوا في صحة
الاطلاق مع تعيين المدة وجهين قوله ولو استاجر لحفر البئر آه اطلاق التعيين يشمل المشاهدة والوصف الرافع للجهالة وقد سبق مثله في ارض
الحرث وفي كره وعد اعتبر هنا المشاهدة خاصة وفي د عكس فاعتبر المشاهدة خاصة في ارض الحرث واكتفى هنا بمطلق التعيين كما اطلق المص ويمكن
ان يريد بالتعيين المشاهدة لانها ادخل في تحققه الا ان المشاهدة لما كان المراد منها الاطلاع على ظ الارض دون باطنها اذ لا يمكن معرفة الباطن الا بالعمل
تاما لم تكن المشاهدة اضبط من الوصف بل ربما كان الوصف اضبط منها لامكان اطلاع المستاجر على الباطن بكثرة الممارسة هذا وانما يعتبر تعيين
النزول والسعة مع تقدير العمل بتعيين المحفور اما لو قدره بالمدة لم يفتقر الى ذلك مع احتمال الاختلاف العمل بذلك سهولة وصعوبة قوله ولو حفرها
فانهارت آه اي انهدمت من جميع جوانبها او بعضها وعدم وجوب ازالته ظ لامتثال الاجير ما يجب عليه وعدم تضمن عقد الاجارة لذلك وضمير
ازالته يعود الى التراب الساقط المدلول عليه بالانهيار ولو وقع من التراب المرفوع شيء وجب على الاجير ازالته لاستناده الى تقصيره في الوضع اذ
يجب نقله عن المحفور بحيث لا يرجع اليه والرجوع في قدر البعد الى العرف قوله ولو حفر بعض ما قوطع عليه الى قوله من الاجرة وفي المسئلة قول اخر مستند
الى رواية مهجورة ضمير عليه يعود الى الاجير والراجع هو المستاجر هذا هو الظ من سياق العبارة وح فضمير بنسبته يرجع الى التفاوت المستفاد من نسبة
المحفور الى ما قوطع عليه اجمع لان ذلك هو الذي يرجع المستاجر من الاجرة بنسبته لانه المتخلف من العمل وهذا مبني على انه دفع الاجرة وان المراد با
لرجوع عود ذلك القدر الى ملك المستاجر بعد ان كان قد ملكه الاجير بالعقد كما سبق ويمكن ان يكون مبنيا للمعلوم وفاعله ضمير عائد الى
الاجير المذكور مرارا وضمير عليه عائد على المستاجر المدلول عليه بالمقام وضمير بنسبته راجع الى المذكور سابقا وهو ما حفره منها والامر متقارب
من جهة التركيب اللفظي لان في كل واحد تقدير من يعود اليه الضمير من دون ان يكون ملفوظا والمراد من الاجرة اجرة المثل لانها هي المعتبرة في النسبة
والرجوع بجزء من المسمى بتلك النسبة ويجوز ان يريد بالاجرة المسمى والجار يتعلق بيرجع والتقدير انه يرجع من المسمى بنسبة ما حفره او ما بقي

الى اجرة مثل المجموع والحاصل ان الاجير المذكور اذا حفر بعض ما استوجر عليه وتعذر عليه الاكمال فله من المسمى بنسبة ما عمل الى المجموع وطريق معرفته ان ينسب ٣٢٧
اجرة مثل ما عمل الى اجرة مثل المجموع بان يقوم جميع العمل المستاجر عليه ويقوم ما عمل منفردا وينسب الى المجموع فيستحق الاجير من المسمى بتلك النسبة ويرجع
المستاجر بالباقي ولو فرض تساوي اجرة الاجزاء فله من الاجرة على قدر ما عمل فلو استاجره على حفر بئر عشرة اذرع طولا وعرضا وعمقا فحفر خمسا في الابعاد
الثلثة فهو ثمن العدد المشروط فله الثمن مع تساوي الاجرة ومع الاختلاف بالحساب وانما كان ذلك ثمنا لان مضروب العشرة في الابعاد الثلثة
الف ومضروب الخمسة في الابعاد الثلثة كذلك مائة وخمسة وعشرون وهو ثمن الالف وطريق معرفته بالاعتبار انه لم يحفر من النصف الاسفل شيئا
ولا من نصف النصف الاعلى ولا نصف من نصفه وذلك سبعة اثمان وعلى هذا الحساب قياس الباقي من الفروض والقول الاخر الذي اشار اليه المص للشيخ
في النهاية مستند الى رواية ابي شعيب المحاملي عن الرفاعي قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل قبل رجلا ان يحفر له بئرا عشر قامات بعشرة دراهم فحفر له
قامة ثم عجز قال يقسم عشرة على خمسة وخمسين جزءا فما اصاب واحدا فهو للقامة الاولى والاثنين للاثنين والثلث للثلث وهكذا الى العاشرة وفي
ذلك استيفاء الخمسة والخمسين ولكن في بلوغ العدد هذا المقدار طريقان احدهما ان يرد اقل الاعداد على اكثرها وتضرب نصف المجتمع فيها في الاكثر
ففي المثال تجمع واحدا اقل الاعداد مع عشرة وتضرب نصف المجتمع وهو خمسة ونصف في الاكثر وهو عشرة يبلغ خمسة وخمسين والثاني ان تضرب
عدد الاكثر وهو العشرة على القامات في نفسه فما بلغ زدت عليه جذره وهو عشرة ونصفته ففي المسئلة مضروب العشرة في نفسها مائة وجذر
ذلك عشرة واذا انصفتها كانت خمسة وخمسين وذلك مجموع الاعداد المقسوم عليها وهذه الرواية محمولة على ما اذا اتفقت القامات على هذا
الوجه بحيث يكون نسبة القامة الاولى الى الثانية انها بقدر نصفها في المشقة والاجرة وهكذا وهو مع ذلك حكم في واقعة معينة فلا يتعدى
مع ان الشيخ لم يذكرها في به على جهة الفتوى وانما نقلها بلفظ الرواية وفي ط ذكر الحكم كما اختاره المص والجماعة وقال وقد روى اصحابنا في مثل هذا
مقدار ما ذكرناه في به فلا يتعين لذلك قولا وعلى تقدير العمل بمضمونها لا ينعكس لما ذكرناه ولو قيل بالعكس كان المستاجر عليه خمسة قسمت على
عشر والاربعة على عشرة وهكذا عملا بما ذكرناه من الضابط وكذا في طرف الزيادة قوله ويجوز استيجار المراة للرضاع الى قوله حتى يجوز للزوجة اجارة
نفسها للارضاع وغيره مع اذن الزوج مط عندنا لانها حرة مالكة لمنافعها فجاز لها صرفها الى غيرها بعوض وغيره ولو لم ياذن الزوج فان منع شيئا من
حقوقه توقف على اجازته قطعا للمنافاة وقد سبق حقه وان لم يمنع ففي الصحة قولان احدهما وهو الذي اختاره المص الصحة لاصالتها وعموم الامر بالوفاء
بالعقد ولما ذكرناه من التعليل فانها مالكة للمنافع التي لا تعلق للزوج بها فلها نقلها الى الغير ومتى منع شيئا من حقوقه فله الفسخ لانه يقع باطلا
خلافا للعلامة في عد حيث حكم ببطلانه والقول الاخر للشيخ وجماعة المنع من دون اذنه مط محتجا بانه لا دليل على الصحة وقد عرفته وربما
احتج عليه بان الزوج مالك لمنافعها بالعقد فلا يجوز لها نقلها الى غيره وهو ضعيف لانه انما يملك منافع الاستمتاع لا مط ولو فرض تقدم
الاستيجار على النكاح فلا اعتراض للزوج قطعا لسبق حق المستاجر وله الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الارضاع وليس لولي الطفل منع الزوج
عن الوطي مع عدم تضرر الولد به ومعه له المنع لسبق حقه وكذا القول فيما لو اجر امته للارضاع ثم زوجها وكل موضع يمنع الزوج فيه من الوطي لحق
الارضاع تسقط فيه النفقة عنه في تلك المدة لعدم التمكين التام قوله ولابد من مشاهدة الصبي لاختلاف الاولاد في هذه المنفعة كبرا
وصغرا ونهمة وغيرها والوصف لا يفي بضبطه وفي حكم الصبي لصبيته ونحصصه محبة طبيعية قوله وهل يشترط ذكر الموضع آه وجه الاشتراط
اختلاف محل الارضاع في السهولة والصعوبة والنفع فان بيت المرضعة اسهل عليها وبيتها اوفق للولي ووثوقه ومن اصالة عدم الاشتراط والاولى
الاشتراط وكذا القول في كل موضع يختلف فيه الفعل واعلم ان حكم الاستيجار للارضاع ثابت على خلاف الاصل لان متعلق الاجارة الاعيان
ليستوفى منها المنافع والركن الاعظم في الرضاعة اللبن وهو عين فالقول بالارضاع فيكون المعاوضة عليه بالاجارة خارجة عن موضوعها ومثلها الاكتحال
للصبغ والبئر للاستقاء ومن ثم ذهب بعضهم الى ان المنفعة المستحقة هنا التي هي متعلق الاجارة ان ضعة من حيث حملها للولد ووضعه في حجرها
ووضع الثدي في فيه ونحو ذلك من الاعمال الصادرة عنها لا نفس اللبن ويضعف بان المقصود بالذات هو اللبن وهذه الامور كلها تابعة او مقدمة
والاجود ان المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن وجوازه مع ان بعض متعلقها عين ذاهبة للنص وهو قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن
وفعل النبي ومن بعده من الائمة ويمكن ان يقال على تقدير كون المراد المجموع ان اللبن يكون تابعا لكثرة قيمة غيره من المنافع وقلة قيمة اللبن مقصودا
من وجه اخر ويثبت للتابع من الحكم المخالف ما لا يثبت للمتبوع ومثله القول في الصبغ قوله ولو مات الصبي او المرضعة بطل العقد آه اما موت الصبي
فلا اشكال في بطلان الاجارة به لفوات ما تعلق العقد باستيفاء المنفعة واما موت المرضعة فقد اطلق المص البطلان به ووجهه فوات المنفعة
بهلاك محلها فيبطل الاجارة كما لو ماتت الدابة المستاجرة وهذا يتم مع كونها معينة للارضاع بنفسها كما هو الظ من القطع بالحكم ولو كانت مضمونة
في ذمتها فالاقوى عدم البطلان كغيرها من الاجارات المتعلقة بالذمة لان الارضاع ح في ذمتها بمنزلة الدين فينتقل الى مالها اذا فات ذمتها فيخرج
اجرة المثل لما بقي من المدة من اصل تركتها لانها قيمة الواجب في ذمتها ويدفع الى وليه ويحتمل وجوب استيجار وليها عليه من تركتها لان الواجب في ذمتها
هو الارضاع ولم يتعذر والا لانفسخت الاجارة واما موت ابيه فيبني على القولين في ان موت المستاجر هل يبطل الاجارة ام لا فقد تقدم ان الاقوى
العدم نعم لو كان الولد معسرا واستاجر الاب عليه بماله في ذمته او في ذمة الاب ولم يخلف تركة توجه جواز فسخها لا انها تبطل بذلك وفي قول المص يبنى
على القولين اشارة لطيفة الى الرد على ابن ادريس ره حيث حكم في مسئلة موت احد المتواجرين انها لا تبطل وحكم هنا انها تبطل بموت اب المرتضع محتجا
بالاجماع على ان موت المستاجر يبطلها او انهما مسئلة واحدة وفيها القولان ففصله ما ذكره تحكم او تناقض قوله ولو استاجر شيئا مدة معينة

٣٢٨ لم يجب هذه المسئلة لا تختص بنوع من الاجارات بل هي مستقلة بنفسها اتية في جميع مواردها ولا خلاف عندنا في حكمها وانما نبه بها على خلاف بعض العامة حيث اوجب تقسيط الاجرة في متن العقد على اجزاء المدة ان كانت سنتين فصاعدا وزادت من الاحتياج الى تقسيط الاجرة على المدة على تقدير لحوق الانفساخ بتلف العين وغيره وذلك مما يبقى او يبعد ويبطله الاجماع على عدم وجوب التقسيط في السنة الواحدة فما دون مع ورود ما ذكره فيه والى رده اشار بقوله سواء كانت قصيرة او طويلة لانه موضع النزاع الطويلة على الوجه المذكور واعلم انه متى قسط الاجرة على اجزاء المدة سواء تفاوتت في التقسيط ام لا فلو تلفت العين في اثناء المدة كانت اجرة ما مضى بحسب ما شرط ولو كان التلف في اثناء جزء منها بعد مضي بعض جزء ثبت ما سمى لتلك الاجزاء وقسط المسمى لذلك الجزء على اجزائه ولو لم يقسط في متن العقد قسط المسمى على جميع المدة ورجع بحصته قوله ويجوز استيجار الارض ليعمل مسجدا لانه منفعة مقصودة راجحة مباحة منفعة مقصودة فتصح الاجارة لها ثم لا يثبت لها حرمة المسجد بذلك لان شرطه ان يكون موقوفا والوقف شرطه التابيد والاجارة تنافيه المنافاة فاذا انتفيا في الحكم تنافيا في الخاصة وهي من جملة الاحكام واطلاق المسجد على الارض المذكورة بسبب اعدادها للصلوة اما بحسب المجاز لمجرد المناسبة او بجعل المسجد مشتركا بين ما الرجحان وغيرها كمسجد يتخذه الانسان في بيته ويصلون وصلوة اهله وقد تقدم في بابه قوله ويجوز استيجار الدراهم والدنانير لما كان شرط العين المؤجرة امكان الانتفاع بها مع بقاء عينها وكان الغرض الذاتي من هذين النقدين لا يتم الا بذهابهما وربما فرض لهما منافع اخر مع بقاء عينهما بان يتزين بهما ويتجمل ويدفع عن نفسه ظاهر الفقر والفاقة فان دفع ذلك غرض مطلوب شرعا كان الائمة يقرضون اموالا ويظهرونها للناس او يدفعونها الى عمال الصدقة مظهرين انها زكوة اموالهم فيظهر بذلك غناؤهم ومن جملة الاغراض المقصودة بها اتخاذها في الاعراس ونحوها ثم يجمع والضرب على سكتها ونحو ذلك فكان القول بجواز اجارتها قويا وربما اشعر كلام المصنف بتردد في ان هذه المنافع هل يعتد بها ويقوم بالمال على وجه يجوز الاجارة ام لا والتعليق للجواز على شرط تحقق المنفعة مع انها مشهورة وما ذلك الا للشك في الاكتفاء بها وقد صرح منه بالاشكال فيها في بعض كتبه وجزم بالجواز في بعضها والمنع الذي هو احد شقي الاشكال بانتفاء قصد هذه المنافع شرعا ولهذا لا تضمن منفعتها بالغصب وفيه نظر لان ضمانها بالغصب فرع تقوّمها وهو موضع النزاع فلا يحصل دليلا فان من يجوز اجارتها فقد جعل الاجرة في مقابلة هذه المنافع وهي متقومة بالمال فتضمن بالغصب وحيث جاز استيجارها لا يشترط تعيين جهة الانتفاع كغيرها من الاعيان لان المعتبر صلاحية العين للمنفعة المقصودة لا ذكرها في العقد وكذا يجوز استيجار الشمع للتزيين به والتفاح للشم والاشجار للاستظلال وان لم يعين المنفعة المقصودة والضابط جواز استيجار العين المشتملة على منفعة محللة مقابلتها بمال قوله لو استاجر

جرة لحمل عشرة اقفزة الى قوله لزمته الاجرة اذا اشترط في عقد الاجارة حمل الدابة قدرا معينا فتبين ان المحمل ازيد فلا يخلو اما ان يكون المتولي للكيل هو المؤجر او المستاجر او اجنبي ثم اما ان يكون المحمل على الدابة المؤجر او المستاجر او الاجنبي وعلى التقادير الستة اما ان يكون الزيادة في الكيل وقعت عمدا او غلطا وعلى التقادير الثمانية عشر اما ان يكون المحمل عالما بالزيادة او جاهلا ثم اما ان يكون الزيادة مما يقع التفاوت فيما بين المكاييل او ازيد من ذلك فالصور اثنان وسبعون صورة واما حكمها فنقول ان كانت الزيادة مما يتفاوت فيها المكاييل فلا عبرة بها فلا توجب ضمانا وان كانت اكثر فان كان المستاجر هو الذي كال الطعام وحمله بنفسه ضمن الدابة لتعديه وللزائد من المشروط اجرة المثل وان لم يكن حمله بل سلمه الى المؤجر حتى حمله هو فان كان جاهلا بالحال بان دلس عليه المستاجر انه غير زائد فظهر كذبه فكالاول ومثله ما لو امر اجنبيا بالحمل ولو لم يدلس عليه بل سكت ولم يخبر بشيء فتولى المؤجر حملها جاهلا ففي ضمان المستاجر وكونه غارا بذلك نظر ويمكن القول بالضمان الا ان اعداده للحمل وتسليمه بمنزلة الامر بالحمل كما في تقديم طعام الغير اليه للاكل فيأكله ولو كان المستاجر مع كيله زائدا فقد ذهب في بعض اغراضه بغير قصد فحمله المؤجر في غيبته فلا شيء على المستاجر لعدم الغرور ولامكان كون غرضه التكلم معه على الزيادة بخصوصها على وجه من الوجوه ولو كان المؤجر عالما بالزيادة فان لم يقل المستاجر شيئا وباشر المؤجر التحميل فلا شيء على المستاجر ولا فرق بين ان يضعه المستاجر على الارض فيحمله المؤجر على الدابة وبين ان يضعه على ظهرها فيسيرها المؤجر وان اثم المستاجر في الثاني مع احتمال الفرق وان قال المستاجر احمل هذه الزيادة فاجابه لزمه الاجرة لها وان كان المتولي للكيل هو المؤجر وحمله على الدابة فلا اجرة له عن الزيادة سواء كان المستاجر عالما بها ام لا لان سكوته مع علمه ليس باذن وللمستاجر هنا مطالبة المؤجر برد الزيادة الى الموضع المنقول منه وليس للمؤجر ردها بدون اذنه ولو لم يعلم المستاجر حتى عادها المؤجر الى البلد المنقول منه فله ان يطالبه بردها الى المنقول اليه ولو كان المتولي للحمل هو المستاجر فان كان عالما بالزيادة فهو كما لو كال بنفسه وضمن لانه لما علم بها كان عليه ان لا يحملها الا باذنه وان كان جاهلا فان لم يأمره المؤجر بالحمل فلا ضمان عليه وعلى المؤجر رد الزيادة للغرر وان لم يأمره ففي كون المستاجر متبرعا بفعل المؤجر التردد السابق وقوى في كره عدم الضمان وعدم الاجرة ولو كان المتولي للحمل اجنبيا غير المؤجر والمستاجر فان كان باذن من فعل الزيادة فالضمان على فاعلها مع جهل الاجنبي لا مع علمه وكذا لو كان بلا اذن كان مجرد التعهد غير وان كان المتولي للكيل اجنبيا وحمل على الدابة بغير اذن ولم يعلمها فهو متعد عليهما فيضمن الدابة واجرة الزيادة وعليه ردها الى الموضع المنقول منه ان لم يرض المالك ولو تولى الحمل بعد كيل الاجنبي احد المتعاقدين فان كان عالما فهو كالوكال بنفسه وان كان جاهلا لم يتعلق به حكم اذا تقرر ذلك فنقول على تقدير ضمان المستاجر الدابة ما الذي يضمن منها يحتمل النصف لانها تلفت بمستند الى فعلين احدهما مأذون فيه وهو غير مضمون والاخر غيره ولا ينظر الى التفاوت كما لو جرح نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة واحدة فسرى الجميع فانه يجب نصف الدية على فاعل الجراحة الواحدة ويحتمل التوزيع على الاصل والزيادة فيضمن بقسط الزيادة لان التلف مستند الى الجملة فلا ترجيح ولاستلزام الاول مساواة الزائد للناقص وهو محال والتوزيع على الجراحات لا يمكن بخلاف الجرعات ويحتمل ضمان جميع القيمة لانه متعد فيضمن كما لو انفرد باليد وظاهر حكم المص وتعليله اختياره وهذا هو الاقوى فقد تحصل جملة احكام اقسام المسئلة وقد ظهر منها ما فات العبارة قوله فلو اجره مسكنا ليحرز فيه خمرا الى قوله لم تنعقد المراد بالخمر هنا المحرمة وهي المتخذة للشرب فلو كان الاتخاذ للتخليل او طرحه قصده قبل الاجارة صحت ومثل اجارتها الدلالة لتعلم بكونه المستا

٣٢٩ يفعل بها ذلك لانه معاونة على الاثم والعدوان وقد روى الشيخ عن عبد الله ابن يسار قال سئلت ابا عبد الله ع عن الرجل يواجر بيته فيباع فيه الخمر قال حرام اجره ولا ينافي ذلك جمله على اعلم بذلك وروى ايضا عنه في مكاتبة ابن اذينة له يسأله عن الرجل يواجر سفينته ودابته ممن يحمل فيها او عليها الخمر قال لا بأس وجمع الشيخ بينهما بكون النهي الاول متوجها الى من يعلم والثاني الى من لا يعلم والحق انه لو لم يمكن للثاني معارض من الاخبار لكانت الاية مخصصة بغير العالم مع انه مكاتبة تقصر عن دلالة الاولى ان شاء اسنادا واما القول المحكي فتعليله يرد عليه لان المفروض اجاره لهذه المنفعة فلا يجوز التمسك لو صحت الاجارة قوله وهل يجوز استيجار الحائط المزوق للتنزه فيه قيل نعم وفيه تردد القول بالجواز لابن ادريس محتجا بانه يشتمل على منفعة مقصودة كتعليم الصنعة المحكمة منه كما يجوز استيجار كتاب فيه خطوط جيدة ليتعلم منه لان فيه غرضا صحيحا ومنعه الشيخ وجماعة لان ذلك يمكن استفادته بدون اذن المالك كما يجوز الاستظلال بحائط بدون اذنه وبهذا يفرق بينه وبين الكتاب وهذا الوجه انما يتم لو كان النظر اليه بطريق ظاهر للمستاجر الى مكان يملك فيه المقام فلو كان داخلا في ملك المؤجر لم يملك التوصل اليه الا باذنه فما ذكره ابن ادريس حسن مع توقف تحصيل المنفعة على الاستيجار قوله فلو اجر عبدا ابقا لم يصح ولو ضم اليه وفيه تردد وجه التردد من عدم القدرة على تسليم المنفعة ومن جواز بيعه مع الضميمة للنص وكذا الاجارة بطريق اولى لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله البيع وكذا تردد في بروكة واطلق المنع في ود وقيده في عد بعدم الضميمة ومفهومه جوازها معها وهو الذي اختاره الشهيد ره محتجا بالاولوية والاولى الاقتصار بالحكم على موضع النص والوفاق نعم لو كان المستاجر متمكنا من تحصيله جاز من غير ضميمة كالبيع وكذا القول في المغصوب لو اجره للغاصب او لمن يتمكن من قبضه وعلى القول بالجواز مع الضميمة يعتبر كونها متمولة يمكن افرادها بالمعاوضة وفي اعتبار افرادها بجنس ما يضم اليه يعني البيع بعوض بالبيع وفي الاجارة بالاجارة او يكفي كل واحد منهما في كل واحد منهما وجهان من حصول المعنى ومن ان الظاهر ضميمة كل شيء الى جنسه وقوى الشهيد ره الثاني قوله ولو منعه المؤجر منه سقطت الاجرة الظاهر ان سقوطها مشروط بالفسخ لتعذر حصول العين المطلوبة فاذا فسخ سقط المسمى ان لم يكن دفعه والا استرجعه وبهذا صرح في عد ويحتمل ضعيفا كون سقوطها غير موقوف على الفسخ تنزيلا للتعذر وتسليمها منزلة التالف فكما انه مع التلف ليس له غير الاجرة المسماة فكذا هنا واختار هذا الاحتمال في كره لكن قيده بمنع المؤجر المستاجر من العين من غير ان يستوفي المنافع وقرب ثبوت الخيار لو استوفى وما اختاره المص من التخيير حسن لان المنفعة صارت حقه وقد غصبها المؤجر فيجب عليه عوضها كالاجنبي فيتخير المستاجر بين الفسخ فيسقط المسمى ولا رجوع بالتفاوت بين المسمى واجرة المثل وبين البقاء على الاجارة واخذ عوض المنفعة وهو اجرة مثلها فيرجع بالتفاوت وهو زيادة اجرة المثل عن المسمى ان كان قوله ولو منعه ظالم قبل القبض كان له الفسخ وجه التخيير ان العين قبل القبض مضمونة على المؤجر فللمستاجر الفسخ عند تعذرها ومطالبة المؤجر بالمسمى لفوات المنفعة عليه وله الرضا بذلك ومطالبة الغاصب باجرة المثل لانه باشر الاتلاف عدوانا وهل للمستاجر مع عدم الفسخ مطالبة المؤجر بالمثل يحتمله لكونها مضمونة عليه حتى يتحقق القبض ويضعف بان الثابت عليه على تقدير ضمانه انما هو المسمى ان كان قبضه ولا يسقط هذا التخيير بعود العين الى المستاجر في اثناء المدة بل له الفسخ في الجميع واخذ المسمى لفوات المجموع من حيث هو مجموع ولاصالة بقاء الخيار السابق وله الامضاء واستيفاء باقي المنفعة ومطالبة الغاصب باجرة مثل ما فات في يده من المنافع وليس له الفسخ في الماضي خاصة والرجوع بقسطه من المسمى على المؤجر واستيفاء الباقي من المنفعة لا فيه تبعض له صفقة على المؤجر وهو خلاف مقتضى العقد بل اما ان يفسخ في الجميع او يرضى به مع احتماله لان فوات المنفعة في هذه الحالة يقتضي الرجوع الى المسمى وقد ملك البعض فاصبر فاستحق الفسخ فيه قوله ولو كان بعد القبض لم تبطل اه لان البطلان منتف على التقديرين فليس هو موضع الاستدلال وانما لو لم يكن له الفسخ لاستقرار العقد بالقبض وبرائة المؤجر فيستحق المستاجر على الغاصب اجرة مثل المنفعة الفائتة في يده لا غير ولا فرق في الغصب بعد القبض بين كونه في ابتداء المدة وفي خلالها لحصوله في الموضعين ولو كان الغاصب المؤجر فالظاهر عدم الفرق قوله واذا انهدم المسكن الى قوله وفيه تردد مقتضى ان الفسخ ان العقد لا ينفسخ بنفسه ولا بد من تقييده بامكان ازالة المانع او بقاء اصل الانتفاع فلو انتفيا معا انفسخت الاجارة لتعذر المستاجر عليه والمراد باعادة المالك المستثناة لرفع الخيار ما كانت بسرعة بحيث لا يفوت شيء من المنافع وان قل والا بقي الخيار بغير تردد ومنشأ التردد على تقدير اعادته كذلك من زوال المانع من عدم فوات شيء من المنافع ومن ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب اذ لم يدل دليل على سقوطه بالاعادة وهو قوي قوله اذا وجد المستاجر بالعين المستاجرة عيبا اه وجه التخيير مع ان العيب هو العين وحقه منها هو المنفعة ان مورد الاجارة هو العين ليستوفي بها المنفعة وهي تابعة في المالية للعين فيلزم من نقص العين نقص مالية المنفعة فيثبت العيب في المنفعة فله الفسخ وان استوفى بعضها ولا يرد انه مع استيفاء البعض يكون قد تصرف وهو يسقط خيار العيب لان المراد بالتصرف حقيقة في العوض الذي صار للمتصرف وهو هنا المنفعة وما لم يستوفه منها لم يتصرف فيه انما حصل التصرف في المستوفى ولان الصبر على العيب ضرر منفي قوله من غير نقصان اي من غير ارش وبهذا صرح جماعة وكان وجهه ان العقد انما جرى على هذا المجموع وهو باق فاما ان يفسخ او يرضى بالجميع ويضعف بان الاطلاق لما كان منزلا على الصحيح كان الجزء الفائت والوصف مقصودا للمستاجر ولم يحصل وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي احد العوضين فثبوت الارش متجه وطريق معرفته ان ينظر الى اجرة مثلها سليمة ومعيبة وينظر الى التفاوت بينهما ويرجع من المسمى بتلك النسبة ولو اختار الفسخ فان كان قبل ان يمضي من المدة ما له اجرة فلا شيء عليه وان كان بعد مضي بعض المدة واستيفاء منفعتها فعليه من المسمى بقدر ما مضى ثم ان تساوت المنفعة في المدة قسط على اجزاء المدة وان اختلف كدار اجرتها في الشتاء اكثر منها في غيره ودابة اجرتها في بعض المواسم اكثر او الطريق مختلفة رجع في التقويم الى اهل الخبرة ويقسط المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع واعلم ان القسم المسكوت عنه المدلول عليه بالمفهوم في قوله ولو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة عوضا اذا كان العيب لا يفوت به شيء منها الا انها اذا كان يفوت به الجميع لان ذلك يفسد العقد من اصله اذا كان الاجارة

وارده على العين ولو وردت على الذمة فدفع اليه عينا فظهرت معيبة لم يكن له الفسخ بل على الموجر ابداله ما لم لو تعذر الابدال بعجزه عنه او امتناعه ولم يمكن اجباره عليه تخير المستاجر بين الفسخ وملم يرث عليه المعارضة فيرجع الى ماله قوله اذا تعدى في العين المستاجرة ضمن قيمتها وقت العدوان لانه صرح بمنزلة الغاصب وهو مبني على ان الغاصب يضمن قيمة المغصوب يوم الغصب وهو اختيار الاكثر وقيل يضمن اعلى القيم من حين العدوان الى حين التلف والاقوى ضمان قيمتها يوم التلف وقد تقدم قوله ولو اختلفا في القيمة الى قوله وهو اشبه القول بالتفصيل للشيخ ره والاقوى ما اختاره المصنف من قبول قول المستاجر مطلقا لانه منكر قوله من تقبل عملا لم يجز ان اه هذا هو المشهور ومستنده اخبار حملها على الكراهة اولى جمعا ولا فرق في الجواز على تقدير احداث بين قليله وكثيره ولا يخفى ان الجواز مشروط بعدم تعيين العامل في العقد والا فلا اشكال في المنع والضمان لو سلم العين قوله ولا يجوز تسليمها الى غيره الا باذن المالك ولو سلم الى غيره ضمن يمكن ان يريد بالتسليم المنهي عنه على تقدير عدم جواز تقبيلها لغيره والحكم ح واضح ويمكن ان يريد به في صورة الجواز او الاعم والوجه ح انه مال الغير فلا يصح تسليمه الى غير من استامنه عليه وجواز اجارته لا ينافيه بل يستاذن المالك فان امتنع رفع امره الى الحاكم فان تعذر احتمل جواز التسليم لتعارض حق العامل الثاني وحق المالك فيقدم العامل وفاء بالعقد ويحتمل تسلطه على امينه لا غير لان المالك مسلط على ماله يعطيه من شاء ويمنعه من شاء والحال انه لم يرض بامانته ولو قيل بجواز التسليم حيث يجوز التقبيل كان حسنا لصحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى ع في عدم ضمان الدابة المستاجرة بالتسليم الى الغير اذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه واذا كان الضمان ساقطا مع تسليمها لاستيفاء المنفعة لغير المالك فسقوطه مع كون المنفعة للمالك اولى واليه مال في لف وابن الجنيد جوز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلم مامونا ولكن ينبغي تقييده بكون المدفوع اليه ثقة والا فالمنع اوجه قوله يجب على المستاجر سقي الدابة وعلفها ولو اهمل ضمن المراد ان ذلك لازم للمستاجر بدون الشرط من ماله من غير ان يرجع به على المالك وهو مذهب جماعة من الاصحاب والاولى عدم وجوبها على المالك الا مع الشرط لاصالة عدم وجوبها على غيره ثم ان كان حاضرا امره والا استاذنه في الانفاق ويرجع عليه فان تعذر استاذن الحاكم فان تعذر انفق بنية الرجوع واشهد عليه ورجع به ولو لم يشهد اما لتعذره او مطلقا فالحكم ما سبق في الرهن والوديعة وغيرهما وحيث يجب عليه الانفاق لغيبة المالك لو اهمل ضمن لتفريطه قوله اذا افسد الصانع ضمن الى قوله على الاصح اما الضمان فيما يتلف بيده فهو موضع وفاق ولا فرق في ذلك بين الحاذق وغيره والمختص والمشترك ولا بين المفرط وغيره ولان التصرف في مال الغير بالاتلاف من غير اذن يقتضي الضمان ولا بد فيه من عدم ... واما عدم الضمان لو تلف من غير تفريط بغير فعله فقيل انه كذلك بل ادعي عليه انه يقتضي الاجماع وما اختاره المصنف اقوى لاصالة البراءة ولانهم امناء فلا يضمنون بدون التفريط وفي كثير من الاخبار دلالة عليه والاجماع ممنوع قوله وكذا الملاح والمكاري لا يضمنان اه هذا هو الاولى لما تقدم ولعدم دخولهما في اسم الصانع الذي وقع عليه الاجماع والشيخ استند في ضمانهما الى رواية ضعيفة السند قوله من استاجر اجيرا لينفذه في حوائجه اه مستند ذلك رواية سليمان بن سالم عن الرضا ع ولاستحقاق منافعه المانع من ثبوت النفقة واختاره جماعة من الاصحاب والاقوى انه كغيره لا تجب نفقته الا مع الشرط ويمكن حمل الرواية على تقدير سلامتها عليه واستحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جملته الاجرة وحيث يشترط على المستاجر فلا بد من بيان قدرها ووصفها بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه ابتداء فانه يجب عليه القيام بعادة امثاله قوله اذا اجر مملوكا فافسد كان ذلك اه لما كان الصانع ضامنا لما يفسده في ماله وكان العبد لا مال له تعلق الضمان بكسبه ان كان تعلق صادرا عن اذن مولاه او الاذن مطلقا لان ذلك من مقتضى الاجارة فيكون الاذن فيها التزاما بلوازمها لكن لو زادت الجناية عن الكسب لم يلزم المولى كما تقدم نظيره في تصرف الماذون وهكذا اختاره جماعة وقال ابو الصلاح ان ضمان ما يفسده العبد على المولى مطلقا وتبعه الشيخ ره في يه لرواية زرارة عن الحسن عن ابيه والاصح ان الافساد ان كان في المال الذي يعمل فيه بغير تفريط تعلق بكسبه كما ذكروه وان كان بتفريط تعلق بذمته يتبع به اذا اعتق لان الاذن في العمل لا يقتضي الاذن في الافساد ولو كان باذن المولى تعلق به وعليه يحمل الرواية وان كان بجناية على نفس او طرف تعلق برقبة العبد وللمولى فداؤه باقل الامرين من القيمة والارش سواء كان باذن المولى ام لا قوله صاحب الحمام لا يضمن اه لانه على تقدير الايداع امين فلا يضمن بدون التفريط ومع عدمه فالاصل براءة ذمته من وجوب حفظ مال الغير مع عدم التزامه به حتى لو نزع المغتسل ثيابه وقال له احفظها فلم يقبل لم يجب عليه الحفظ وان سكت ولو قال دعها ونحوه مما يدل على القبول كفى في تحقق الوديعة قوله اذا اسقط الاجرة بعد تحققها في الذمة اه المراد بتحقق الاجرة في الذمة تعلقها بها وان لم يستحق المطالبة بها ويتحقق ذلك بالعقد كما مر والمراد باسقاطها البراءة منها سواء كان بلفظ الاسقاط ام الابراء ام بما شاكلهما من الالفاظ الدالة عليه ولما كان الابراء عبارة عن اسقاط ما في الذمة لم يصح تعلقه بالاعيان ولا بالمنافع المتعلقة بها ومنها الاجرة لو كانت عينا ويصح عما في الذمة سواء كان اجرة ام منفعة كما لو استاجره ليخيط له ثوبا ونحوه قوله اذا اجر عبده اه لما كانت منافع العبد ملكا للمولى كالرقبة ونقلها الى غيره في زمن ملكه نقلا لازما وجب ان لا يبطل بالعتق لان العتق لم يصادف الا رقبته دون منافعه مدة الاجارة فتزول السلطنة عن رقبته وعن المنافع التي لم يثبتها وهل عقد الاجارة ويجب على العبد القيام بابقاء المنافع باقي المدة لانه حق وجب عليه بمقتضى الاجارة السابقة فيتبعض حتى كانه رقيق بالنسبة الى تلك المنافع وهل يرجع على مولاه باجرة مثل عمله في تلك المدة فيه قطع المص بعدمه لانها مملوكة له زمن الاجارة كالرقبة وقد استحقها المستاجر قبل العتق فلا وجه لرجوعه على المولى بها لانه انما ازال الرق عنه مسلوب المنافع تلك المدة فلم يصرف الا الى الرقبة وقريب منه ما لو اعتقه واشترط عليه خدمة مدة معينة بل مسئلة الاجارة اولى لعدم اعتراض العبد وعدم استحقاقه شيئا لسبق ملك المستاجر لها على العتق وربما قيل برجوعه على السيد باجرة المثل عن تلك المدة لان ازالة الرق يقتضي ملك العبد للمنافع فاذا سبق نقل المولى لها فاتت العين فيرجع العبد على المولى بعوضها وهو اجرة المثل وضعفه يعلم مما سبق اذا تقرر ذلك فنفقته تلك المدة اذا لم يكن مشروطة على المستاجر هل تجب على مولاه ام في

كسبه او في بيت المال ان كان ذلك لعجزه عن انتفاعها عن العبد لاستغراق رقبته في الخدمة ومن المستاجر لانتفاء الشرط فلم يبق لها محل الا السيد ولانه ملك عوض منفعة تلك المدة ومن انتفاء المقتضي للانفاق اذ هو الملك وقد زال ومن ان النفقة مقدمة على حق كل احد كما في المديون والمعسر فيخرج من الكسب مقدمة على حق المستاجر والاقوى الاخير لزوال ملك السيد وعجزه عن نفسه والحال انه لحصر وعدم استلزام تملك عوض منفعة تلك المدة النفقة زمانا تقدم النفقة على حق الغير من مال المكتسب وهو منفي هنا وبيت المال معد للمصالح وهو من جملتها ومع تعذره فهو من الواجبات الكفائية على سائر المكلفين قوله ولو اجر الولي صبيا اه لما كان زمان الولاية على الصبي هو ما قبل البلوغ والرشد فاذا اجره مدة يقطع ببلوغه في اثنائها كما لو اجر ابن العشرة ست سنين وكان رشيدا فان الاجارة تلزم الى وقت الكمال ثم هي موقوفة على اجازة الصبي وقيدنا بوجود الرشد لانه لو لم يكن موجودا بل متجددا فانه يكون كالواجر منه يمكن فيها بلوغه وعدمه لان الرشد احد الشرطين في زوال الولاية ... يمكن في كل وقت وان علم في السن وعلى تقدير عدم القطع ببلوغه في المدة او بلوغه وعدم رشده حيث يصح في الجميع ... لا زمنه الى حين اجتماع الشرطين فلها الانتفاء المانع وهل يتوقف بعد ذلك على اجازة الصبي قيل نعم لان زمان الولاية هو ما قبل الكمال فيكون نفوذ التصرف مقصورا عليه ويحتمل العدم لوقوع الاجارة من اهلها في محلها في وقت لم يعلم لها مناف فيستصحب والاقوى الاول وحكم المجنون بعد الافاقة حكم الصبي اذا بلغ في ... المحتمل قوله اذا تسلم اجيرا اه هذا الحكم موضع وفاق منا ومن العامة ولانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ولانه مستحق للمنفعة ولا يمكن استيفاؤها الا باثبات اليد فكانت امانة ولا فرق بين هذا كله في مدة الاجارة وبعدها اذ لا يجب على المستاجر رد العين الى مالكها على تقدير كونها مملوكة بل الواجب عليه التخلية بينه وبينها فاذا كان حرا اولى نعم لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدة ضمنا بمنزلة المغصوب وسيأتي ان الحر البالغ لا يضمن بذلك وما عليه من الثياب تابع له لانها تحت يده والحر لا يدخل تحت اليد ولو كان صغيرا او عبدا ضمنه قوله اذا دفع سلعة الى غيره ليعمل فيها عملا اه لما كان الامر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة للمامور متقومة بالمال وجب ثبوت عوضها على الامر كالاستيجار معاطاة وقد شرط المص في لزوم الاجرة احد الامرين اما كون العامل من عادته ان يستاجر بمثل ذلك العمل او كون العمل له اجرة في العادة والعلامة ره اعتبر في لزومها كون العمل ذا اجرة عادة خاصة ويتخرج على ذلك صور اربع الاولى ان يكون العمل ما له اجرة عادة والعامل من يستاجر لذلك كما لو دفع الى القصار ثوبا ليقصره او جلس بين يدي حلاق معد نفسه لذلك فحلق له فله الاجرة على القولين الثانية انتفاؤهما معا ولا اجرة عليهما ولا فرق بين كون العامل متبرعا بالعمل وعدمه اذا لم يكن له في العادة اجرة ولا اعد العامل نفسه الثالثة ان يكون العمل ما له اجرة في العادة ولكن العامل ليس من عادته الاستيجار له فيثبت على القولين ايضا لوجود الشرط فيه والمذكور عنده واحد الامرين عند المص الرابعة عكسه فيثبت الاجرة عند المصنف دون مه ومختار المص اوضح لما تقدم من انه استيفاء عمل محترم بالامر فلا يحل بدون العوض الا باباحة مالكه ولم يتحقق قوله كلما يتوقف عليه اه ما يتوقف عليه الانتفاع على اقسام منه ما يجب على المالك بغير خلاف كعمارة الحيطان والسقوف وعمل الابواب ومجرى الماء ونحو ذلك ومنه ما هو على المستاجر بغير اشكال كالحبل لاستيفاء الماء والدلو والبكرة ومنه ما ليس على احدهما كالتحسين والتزويق ومنه ما اختلف فيه وهو الخيوط للخياطة والمداد للكتابة والصبغ للصباغة والكش للتلقيح وقد جزم المص بانها على الموجر لتوقف ايفاء المنفعة الواجبة عليه بالعقد اللازم فيجب من باب المقدمة ويحتمل كونها على المستاجر لان الواجب على الموجر انما هو العمل لان ذلك هو المقصود من اجارة الاعيان اما الاعيان فلا يدخل في مفهوم الاجارة على وجه يجب اذهابها لاجلها الا شواذ تثبت على خلاف الاصل كالرضاع والاستحمام والاقوى الرجوع الى العرف المطرد فان انتفى او اضطرب فعلى المستاجر قوله ويدخل المفتاح في اجارة الدار لان الانتفاع بها ... التعليل بتمامية الانتفاع لانه لما قد عرفت ان بعض ما يتم به الانتفاع ليس لازما للموجر ولانه الاستدلال الا اذا جعل الحكم كليا خصوصا مع تاديه بان المنقول لا يدخل الا في اجارة العقار الثابت الا مع العادة او التبعية والاولى التعليل بانه تابع للغلق المثبت بل هو كالجزء منه وهذا بخلاف مفتاح القفل فلا يجب تسليمه ولا تسليم القفل لانتفاء التبعية ولما ذكر قوله اذا تنازعا في اصل الاجارة فانكر المالك فالقول قول المالك مع يمينه لانه منكر لها فيكون القول قوله كما في كل منكر وكان الاولى التعبير بتقديم قول المنكر مطلقا لجواز كونه غير المالك ثم ان كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مال الى صاحبه وان كان بعد استيفاء شيء من المنافع او استيفاء الجميع الذي يزعم من يدعي وقوع الاجارة انه متعلق العقد فلا يخلو اما ان يكون المدعي للاجارة المالك او المتصرف فان كان المالك وحلف المنكر انتفت الاجارة ووجب عليه اجرة المثل فان كانت ازيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبة به ان كان دفعه لاعترافه باستحقاق المالك ووجب عليه دفعه ان لم يكن دفعه وليس للمالك قبضه لاعترافه بانه لا يستحق ازيد من المسمى الا ان يكذب نفسه في دعواه الاولى على قول وان زاد المسمى عن اجرة المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد ان كان دفعه وسقط عنه ان لم يكن والعين ليست مضمونة عليه في هذه الصورة لاعتراف المالك بكونها امانة بالاجارة وان كان المدعي للاجارة هو المستاجر فان انكر المالك مع ذلك الاذن في التصرف في العين فالقول قوله فيهما مع يمينه فاذا حلف استحق اجرة المثل فله المطالبة بها ان لم يكن قبض قدرها وان زادت عن المسمى بزعم المتصرف وان كان المسمى اكثر فليس له المطالبة بالزائد وان كان المتصرف يعترف له به الا ان يكذب نفسه على قول ولو كان المتصرف قد اقبض المسمى وهو ازيد من اجرة المثل فليس له المطالبة بالزائد وان كان المالك يعترف بعدم استحقاقه لزعم المتصرف انه لا حق له في الزائد ويضمن العين هنا لانكار المالك الاذن ولو اعترف به فلا ضمان قوله وكذا لو اختلفا في قدر المستاجر هو بفتح الجيم اي في قدر العين المستاجرة بان قال اجرتني الدار باجمعها بمائة فقال بل البيت منها خاصة بالمائة فان القول قول المنكر لاصالة عدم وقوع الاجارة على ما زاد عما يعترف به وربما قيل هنا بالتحالف لان كلا منهما مدع ومنكر والاقوى ما اختاره المص لاتفاقهما على وقوع الاجارة على البيت وعلى استحقاق الاجرة المعينة وان كان توزيعها مختلفا بحسب الدعويين انما الاختلاف

في الزايد فيقدم قول منكره وضابط التحالف ان لا يتفقا على شئ كما لو قال اجرتك البيت الفلاني فقال بل الدار او قال اجرتك البيت فقال بل الحمام ومثله ما تقدم في البيع اذا اختلفا في قدر المبيع وفي تعيينه فالقول بالتحالف هنا دون البيع ليس بجيد فتدبر وكذا لو اختلفا في رد العين المستاجرة فان القول قول المالك لانه منكر والاصل عدم الرد والمستاجر قبض لمصلحة نفسه فلا يقبل قوله في الرد مع مخالفته للاصل قوله اما لو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول المستاجر لانكاره الزايد بعينها مع اتفاقهما على وقوع العقد وعلى العين والمدة وقيل بالتحالف هنا ايضا لان كل واحد منهما مدع و منكر وهو ضعيف جدا قوله اذا ادعى الصانع التلف فالقول مع اليمين لانهم امناء وهو اشهر الروايتين قوله وكذا لو ادعى المالك التفريط والمراد القول بضمانهم مع عدم البينة هو المشهور بل ادعى عليه الاجماع والروايات مختلفة والاقوى ان القول قولهم مطلقا لانهم امناء وللاخبار الدالة عليه ويمكن الجمع بينها وبين ما دل على الضمان بحمل ذلك على ما لو فرطوا او اخروا المتاع عن الوقت المشترط كما دل عليه بعضها قوله لو قطع الخياط ثوبا قباء الى قوله لم يأذن فيه المالك القولان للشيخ واقواهما ما اختاره المصنف لانه منكر لما يدعيه الخياط من التصرف في ماله والخياط يدعي الاذن في قطعه على الوجه الذي يزعمه والاصل عدمه ويدعي ايضا المسقط لضمانه بتصرفه في مال الغير وهو اذن المالك ولان قول المالك مقدم في اصل الاذن فكذا في صفته لان مرجعه الى الاذن على وجه مخصوص ووجه تقديم قول الخياط ان المالك يدعي عليه حقا وهو الارش فهو غارم فيقدم قوله في نفيه وان لم يثبت له الاجرة على المختار من تقديم قول المالك لا اجرة للخياط على عمله وعليه ارش الثوب ما بين كونه مقطوعا قميصا ومقطوعا قباء على الاقوى لان الارش لما يصلح لهما من القطع لكونه من جملة الماذون ويحتمل كونه تفاوت ما بين قيمته مقطوعا وصحيحا لان القطع على الوجه الذي يدعيه الخياط عدوان ثم لو اراد فتق القميص لو ضم ما احدثه من العمل لم يكن له ذلك ان كانت الخيوط للمالك سواء كان نفع للثوب ام ضره اذ ليس له عين بل ان اعيانها و لا يمكن تخليص العمل لانه ليس عينا وقد صدر عدوانا فكان كما لو نقل مال غيره من موضع الى اخر عدوانا فانه ليس له رده الى محله الاول الا بسيط المالك ولو كانت الخيوط للخياط فهي مكنة من اخذها وجهان اصحهما ذلك لانها عين ماله وهي باقية فكانت كالصبغ في الثوب المغصوب ووجه المنع استلزام اخذها التصرف في ملك الغير بغير اذنه وانه يزعم انها للمالك بناء على ان الخيوط على الخياط وانه انما يستحق الاجرة وقد ظلمه المالك بالتكاوء وعلى المختار لو طلب المالك ان يشد في طرف كل خيط خيطا حتى اذا اسل الخياط خيوطه دخل خيط المالك في مكانه لم يجب على الخياط اجابته لانه تصرف في مال الغير يتوقف على اذنه كما لا يجب عليه القبول لو بذل له المالك قيمة الخيوط ويبيعها الا انه مسلط على ماله وكذا لو بذل للمالك قيمة الثوب

كتاب الوكالة

قوله في العقد وهو استنابة في التصرف الوكالة بفتح الواو وكسرها استنابة في التصرف فالاستنابة بمنزلة الجنس يشمل الامانات المالكية كالوديعة والعارية والقراض وغيرها وخرج بقيد التصرف الوديعة فانها استنابة في الحفظ خاصة والوصية احداث ولاية لا استنابة فهي خارجة من اول الامر ويبقى نحو القراض والمزارعة والمساقاة مندرجة في التعريف كانه اراد الاستنابة في التصرف بالذات فيخرج هذه لان الاستنابة فيها ضمنية والتزامية والمقصود بالذات غيرها ولو صرح بالقيد كان حسنا قوله ولا بد في تحققه من ايجاب دال على القصد الخ لما كان عقد الوكالة من العقود الجائزة صح بكل لفظ يدل على الاستنابة في التصرف وان لم يكن على نهج الالفاظ المعتبرة في العقود وينبه عليه قول النبي صلى الله عليه وآله لعروة البارقي اشتر لنا شاة وقوله تعالى حكاية عن اهل الكهف فليأتكم برزق منه ومنه بع واشتر واعتق وادنت لك في كذا ونحو ذلك وعقيب الاستفهام التقريري كوكلتني في كذا لانها نائبة مناب وكلتك وكذا الاشارة الدالة على المراد الواقعة جوابا فانها وان لم تعد ايجابا صريحا ولم يحصل النطق بها الا انها بمنزلته في الدلالة فيكفي فيه للتوسع في مثل هذا العقد قوله واما القبول فيقع باللفظ انما اكتفى في القبول الفعلي بهذا المعنى لان المقصود الاصلي من الوكالة الاستنابة والاذن في التصرف وهو اباحة ورفع حجر فاشبه اباحة الطعام ونحوه بين يدي الآكل فانه لا يفتقر الى القبول اللفظي وما ذكره المصنف من كون القبول الفعلي هو فعل ما تعلقت به الوكالة هو الظاهر من عبارة كثير من الاصحاب ومنهم من فسره في غير كتابه انما ان القبول يطلق على معنيين احدهما الرضاء والرغبة فيما فوض اليه ونقيضه الرد والثاني اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الاول دون الثاني حتى لو رد وقال لا اقبل ولا افعل بطلت ولو اراد ان يفعل او يرجع فلا بد من استئناف اذن مع علم الموكل والاصل في ذلك ان الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وآله لم ينقل عنهم سوى امتثال امره قال وان لم يشترط القبول اللفظي كفت الكتابة والرسالة وكان ماذونا في التصرف انتهى وهذا يدل على ان القبول الفعلي بمعنى فعل ما وكل فيه لا يكفي بل مع اقترانه بالرضا والرغبة ووقوعه قبل ان يرد والمراد بقوله كفت الكتابة انه في الايجاب وانما رتب الاكتفاء بهما على عدم اشتراط القبول اللفظي لانه لو اشترط كان عقدا محضا فلا يكفي فيه الكتابة اما اذا لم يعتبر فهي اباحة يكفي كل ما دل عليها وما ذكره المصنف والجماعة من الاكتفاء في الايجاب بالاشارة اختيارا يقتضي الاكتفاء بالكتابة ايضا لاشتراكهما في الدلالة مع امن التزوير قوله ولو تاخر القبول عن الايجاب ظاهر في كرة ان هذا الحكم اجماعي لانه اسنده الى اصحابنا وجوز تراخيه وان كان الى سنة وتعليل المصنف الجواز بتوكيل الغائب مع تاخر القبول لا يخرج من دور لان جواز توكيل الغائب مع تاخر القبول فرع جواز التراخي اذ لو قلنا بوجوب فوريته لم يصح توكيل الغائب ولو اراد ان توكيل الغائب جائز اجماعا فيدل على جواز التراخي امكن الاستدلال بالاجماع ايضا على جواز التراخي من غير قيد الغائب الا ان نقل الاجماع واقع في الغائب خاصة ولم يذكره احد قوله ومن شرطها ان تقع منجزة الخ من شرط الوكالة وقوعها منجزة عند علمائنا فلو علقها على شرط متوقع وهو ما يمكن وقوعه وعدمه او صفة وهي ما كان وجوده في المستقبل محققا كطلوع الشمس واليها اشار بقوله او وقت متجدد لم يصح ولحن بتعليقها على الشرط ما لو قرنها بشرط لا يقتضي التعليق كوكلتك في كذا وشرطت عليك كذا فانه لا مانع منه فانه جائز واعلم انه متى فسد العقد لتعليقه على الشرط فهل يصح التصرف

بعد حصول الشرط قرب في كرة ذلك محتجا بان الاذن حاصل لم يزل بفساد العقد وصار كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال بع كذا على ان لك العشر من ثمنه تفسد الوكالة لكن ان باع يصح ولان المقتضي للصحة حاصل وهو الاذن اذ الغرض حصوله المعلق عليه وانتفاء المانع اذ ليس الا فسخ الوكالة وهي اخص من مطلق الاذن ودفع الخاص لا يستلزم رفع العام فعلى هذا فائدة الفساد سقوط الجعل المسمى في عقد الوكالة ان كان والرجوع الى اجرة المثل كما في المضاربة الفاسدة حيث حكم فيها بعدم استحقاق الحصة المشروطة ووجب للعامل اجرة المثل وفيه ان الوكالة ليست امرا زائدا على الاذن والجعل المشروط ليس جزءا منها وانما هو شرط زائد عليها الصحتها بدونه بخلاف المضاربة فان اشتراط الحصة شرط في صحتها ولانه لو تم ذلك لزم الحكم بصحة التصرف مع فساد العقد ... الى اخر كمل الوكيل نفسه مع علم الموكل به وسكوته فان الاذن حاصل منه فلا يرتفع بفسخ الوكيل ولان العقد فاسد قطعا ولا معنى للفاسد الا ما لا يترتب عليه اثره ولان الاذن المطلق انما وجد في ضمن الوجه المخصوص اذ لا وجود للكلي الا في ضمن جزئياته ولم يوجد منها الا هذا الجزئي فاذا ارتفع الكلي والتوقف في هذا الحكم مجال قوله نعم لو نجز الوكالة وشرط تاخير التصرف جاز كان يقول وكلتك في كذا ولا تتصرف الا بعد شهر مثلا فانه يجوز بلا خلاف نقله في كرة والوجه انه منعه من التصرف في الوقت المعين شرط زائد على اصل الوكالة المنجزة وهي قابلة للشروط السائغة وهذا وان كان في معنى التعليق الا ان العقود لما كانت متلقاة من الشارع نيطت بهذه الضوابط وبطلت فيما خرج عنها وان افاد فائدتها قوله ولو وكله في شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفي الغرر لما كان العبد المطلق متوغلا في الابهام صادقا على اصناف مختلفة في الاثمان والرغبات لم يكن اطلاق التوكيل في شرائه كافيا بل لا بد من وصفه من بعض الوجوه كقوله عبد اتركيا ونحوه لينتفي الغرر ولا يجب الاستقصاء في الوصف بحيث يرتفع الجهالة عنه اتفاقا كذا ذكره المصنف وجماعة ويشكل بان الغرر يندفع بمراعاة الوكيل المصلحة في شرائه فان الاطلاق محمول شرعا على الاستنابة في شراء عبد يكون شراؤه مشتملا على مصلحة الموكل فيتخير الوكيل حيث يوجد المصلحة في شئ ويكون ذلك كالقراض حيث امره المالك بشراء شئ فانه اشد توغلا في الابهام فالجواز مطلقا قوي وان كان اعتبار الوصف احوط ولا فرق بين كون المقصود من العبد التجارة او القنية لان رعاية المصلحة معتبرة في الموضعين واحتمل الشهيد ره التفصيل فيجب الوصف في الثاني دون الاول لان دائرة التجارة اوسع فان الغرض منها الاسترباح وهو يتحقق في ضمن اي فرد كان ويندفع بان المصلحة معتبرة في كل شئ بحسبه والاعتبار متفق في الموضعين قوله ولو وكله مطلقا لم يصح على قول والوجه الجواز القول بعدم جوازه مع الاطلاق للشيخ لاشتماله على الغرر ووجه الجواز يعلم مما سبق فان فعل الوكيل لما كان مقيدا بالمصلحة والجهالة تنتفي بالرجوع الى المتعارف المناسب للموكل انتفى المانع وفي حكم المصنف بجواز الوكالة مطلقا مع الاطلاق وعدم جوازها في شراء العبد مطلقا نوع تنافر لان دائرة المطلق اوسع من العبد المطلق لانه فرد من افراده فكان اولى بالجواز ومثله اتفق لفتوى القواعد فانه ذكر الاطلاق بعد مسئلة العبد وانه لا بد من وصفه لينتفي الغرر الا ان الشراح ذكروا انه يريد بالاطلاق في الثانية الاطلاق في وكالة شراء العبد وجعلوه رجوعا عن السابق وعبارة التحرير يؤيد ما ذكروه لانه صرح فيها بان الاطلاق في وكالة شراء العبد وهو مناسب ايضا لنقل القول بالبطلان فان الشيخ منع في مسئلة العبد كذلك فان اريد من العبارة هذا المعنى كان الحكم بتجويزه بعد اعتبار الوصف رجوعا صريحا او يريد بالافتقار الاولوية ونحوها ويحتمل ان يريد هنا مطلق الوكالة الشاملة لشراء العبد وغيره اولى وعلى التقديرين فالاقوى الصحة قوله وهي عقد جائز من طرفيه فللوكيل ان يعزل نفسه مع حضور الموكل وغيبته انعزال الوكيل بعزله نفسه وجعل الوكالة من ابواب العقود يقتضي ارجحية ما قربه في كرة سابقا في القبول الفعلي من انه الرغبة في الفعل والرضا به لا مجرد الفعل والا لكان اباحة محضة وادنا خالصا وهو لا يبطل برده فان من اذن لغيره في تناول طعامه او اخذ شئ من ماله فلم يقبل ذلك لا يبطل الاذن له بل يجوز له التصرف بعد ذلك لان المسوغ وهو اذن المالك موجود والقبول اذا لم يكن شرطا في الاباحة لم يكن رده مانعا ولا فرق في بطلان وكالته بعزله نفسه بين اعلام الموكل وعدمه بخلاف عزل الموكل له كما سيأتي الفرق وان نص على هذا لو تصرف بعد عزله نفسه وقبل ان يعلم الموكل بذلك لم ينفذ تصرفه لا بطالة العقد الجائز الذي هو مناط الجواز للتصرف ويحتمل توقف انعزاله على علم الموكل فيجوز له التصرف قبل بلوغه علما الا بالاذن العام الذي تضمنته الوكالة بل يحتمل ذلك مع بلوغه ايضا لاصالة بقاء الاذن ومجرد علمه بالرد لا يدل على بطلانه من قبل الاذن ولو اكتفينا في قبول الوكيل بفعله مقتضاها كيف كان قوي هذا الاحتمال جدا لانها تصير حينئذ مجرد اذن واباحة ويجوز مع ذلك بطلان العقد بحيث ان قبولها بالقول يصح ويترتب عليه اثره في الجملة وهذا الاحتمال قطع في عد مع جهل الموكل بالرد واستشكل مع علمه وليس ببعيد ويمكن الجمع بين كونها عقدا جائزا يبطل بالرد وعدم بطلان التصرف بالرد بان يحكم ببطلان الوكالة الخاصة وما يترتب عليها من الجعل لو كان وبقاء الاذن العام ويمكن بناء هذا الحكم على ما تقدم من ان بطلان الوكالة هل يقتضي بطلان الاذن العام ام لا وقد مر تحقيقه لاشتراكهما في بطلان الوكالة هناك بعدم التنجيز وهنا بعدم القبول الا ان الحكم هنا لا يخرج من رجحان على ذلك من حيث ان الاذن هنا صحيح جامع للشرائط بخلاف السابق فانه معلق وفي صحته ما قد عرفت ومن ثم جزم في عد ببقاء صحته هنا وجعل الصحة هناك احتمالا وفي كرة عكس فاستقرب هنا بقاء الاذن الضمني وجعل بقاءه هنا احتمالا وفي يره واطلق القول بالبطلان فيهما كما هنا فتحصل للعلامة ره في المسئلتين ثلثة اقوال قوله وللموكل ان يعزله بشرط ان يعلمه بالعزل الى قوله اظهرها ما اختاره المصنف هو المشهور بين الاصحاب خصوصا بين المتاخرين ومستنده اخبار عن ائمة الهدى كصحيحة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام في رجل وكل اخر وكالة في امضاء امر من الامور واشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الامر فقال اشهدوا اني قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال ان كان الوكيل قد امضى الامر الذي وكل عليه قبل ان يعزله عن الوكالة فان الامر ماض كره الموكل ام رضي قلت فان الوكيل امضى الامر قبل ان يعلم العزل او يبلغه انه قد عزل عن الوكالة فالامر ماض على ما امضاه قال نعم قلت له فان بلغه العزل قبل ان يمضي الامر ثم ذهب حتى امضاه لم يكن ذلك بشئ قال نعم ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامره ماض ابدا والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة او يشافهه بالعزل عن الوكالة ولا يستلزم انعزاله قبل العلم سواء اعلمه كما اذا وكله في بيع جارية فوطئها المشتري قبله او طعام فيأكله ونحو ذلك وفي رواية العلاء بن سيابة عنه عليه السلام نحو ذلك وفيها انه لا يعزل

ولاتبع ثان

بلا اشهاد

٢٣٤ بالاشهاد على العزل من دون ان يعلم به الوكيل قبل الفعل والقول بالاكتفاء في انعزاله بالاشهاد للشيخ وجماعة من الاصحاب واختاره في عدة انعزاله بالعزل مطلقا
الى انه عقد جائز ومن حقه ان ينفسخ بالفسخ على جميع الاحوال والاكتفاء على بعضها الاخبار والاخبار التي بعضها صحيح حجة عليها او مقتضى قول المصنف هنا ومن وافقه
على ذلك كالعلامة في سائر كتبه حيث قيدوا الانعزال بالعلم وعدم الاكتفاء ببلوغه بما لا يفيد العلم وان كان بعدل بل بعدلين لانهما يفيدان ظنا
يجوز التعويل عليه شرعا ولكن لا يفيدان العلم لان مناطه من جهة الاخبار التواتر او الخبر المحفوف بالقرائن ان قلنا بافادته العلم وهو منفي فيهما فلا ينعزل على
مقتضى كلامهم الا بمشافهته به او بلوغه الخبر من جهة قوله التواتر والظاهر انهم لا يريدون هذا المعنى وانما المناط علم من يستند الحكم خصوصا اخبار الثقة
فانه حجة شرعية فيما هو اقوى من ذلك والاقوى انعزاله بما دل عليه الخبر الصحيح من اخبار الثقة وان كان واحدا ولا عبرة بالخبر غير العدل وان تعدد ما لم يثمر
العلم قوله ولو تصرف الوكيل الى قوله موضعه هذا متفرع على عدم انعزاله بعزله من دون الاعلام والحكم ظ وكان الانسب عطفه عليه بالفاء ليفيد التفرع
الا ان الفسخ المعتبر كنسخ شيخنا الشهيد ره التي قابلها بنسخة مصنفه بالواو قوله وتبطل الوكالة بالموت اي موت كل من الوكيل والموكل اما موت الوكيل
فظ واما موت الموكل فتبطل به وكالة الوكيل فيكون تصرفه بعد الموت باطلا وان لم يعلم بموته لان ذلك هو الاصل وانما خرجت مسئلة العزل بالنص
لا تبطل الامانة ببطلان الوكالة هنا فلو تلفت العين الموكل فيها في يده بغير تفريط لم يضمن وكذا لو كان وكيلا في قبض حق فقبضه بعد موت الموكل قبل العلم
به وتلف في يده بغير تفريط لكن يجب عليه المبادرة الى ايصال العين الى الوارث فان اخر ضمن كالوديعة قوله والجنون والاغماء من كل واحد منهما هذا موضع
وفاق ولانه من احكام العقود الجائزة ولا فرق عندنا بين طول زمان الاغماء وقصره ولا بين الجنون المطبق والادوار وكذا لا فرق بين ان يعلم الموكل بعروض
المبطل وعدمه ويتجه على اتصال جواز تصرفه مع رده ومع بطلان الوكالة بتعليقها على شرط جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع بالاذن العام قوله وتبطل
وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه لانه اذا منع من مباشرته فمن التوكيل فيه اولى ويسلب الحجر للسفه والفلس اهلية التصرف في المال
مط وفي حكم الحجر طرو الرق على الموكل بان كان حربيا فاسترق ولو كان هو الوكيل صار بمنزلة توكيل عبد الغير وسيأتي الكلام فيه قوله ولا تبطل الوكالة بالنوم
الى قوله ومثله السكر الا ان يشترط في الوكيل العدالة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف العام ووكيل الوكيل مط فتبطل وكالته بالسكر الاختياري وكذا لو فعله
الموكل الذي يتلف ما وكل فيه فتبطل بها المراد بمتعلق الوكالة ما دل عليه لفظها مطابقة او تضمنا فالاول كما ذكره المص من موت العبد الموكل به في [illegible]
والثاني كتلف الدينار الموكل في الشراء به فان متعلق الوكالة الشراء وكونه بالدينار المعين فاذا تلف الدينار بطلت الوكالة لفوات متعلقها في الموضعين
ولا فرق بين ان ينص على الشراء بعينه ويطلق بان يقول اشتر به لاقتضائه دفعه ثمنا فلا يبدله كما لو كان تلفه موجبا للضمان وفي حكم التلف انتقاله
عن ملكه كما لو اعتق العبد الموكل في بيعه او باع الموكل في عتقه او نقل الدينار عن ملكه كذلك وان كان باقراضه للوكيل واقباضه اياه قوله وكذا لو فعل الموكل
آه بطلان الوكالة ظ لامتناع تحصيل الحاصل وفي حكمه فعل الموكل ما ينافي الوكالة وفي كون وطي الزوجة الموكل في طلاقها والسرية الموكل في بيعها منافيا
وجهان من دلالته على الرغبة ظاهرا ولهذا دل فعله على الرجوع في المطلقة رجعية فرفعه للوكالة اولى ومن ثبوت الوكالة ومنافاة الوطي لها غير معلوم
وثبوت الفرق بين الطلاق والوكالة فان الطلاق يقتضي قطع علاقة النكاح فينافيه الوطي بخلاف التوكيل فانه لا ينافي انتفاع الموكل بالملك الذي من
جملته الوطي بوجه نعم فعل مقتضى الوكالة ينافيه والاولوية ممنوعة وهذا اقوى واولى بعدم البطلان فعل المقدمات وفي عد فرق بين الزوجة والسرية
فقطع في الزوجة بالبطلان وفي السرية بخلافه والفرق ضعيف وفي كره توقف في حكم الوطي والمقدمات معا قوله والعبارة عن العزل ان يقول عزلتك
هذا بيان للعزل القولي اما الفعلي فقد تقدم ما يدل عليه ولو نهاه عن فعل ما وكله فيه فهو عزل قولي ايض وهو داخل فيما يجري مجراه قوله واطلاق الوكالة
يقتضي الابتياع بثمن المثل بنقد البلد يستثنى من ثمن المثل ما يتغابن عنه بالشئ اليسير الذي يتسامح الناس بمثله ولا يبالون به كدرهم ودرهمين في الف
ويجب تقييد جواز البيع به بعدم وجود باذل لازيد منه والا لم يجز الاقتصار عليه حتى لو باع بمحاباة لنفسه فوجد في مدة الخيار باذل زيادة وجب عليه الفسخ
ان كانت وكانه متناول لذلك وليس كذلك ما لو عين له قدرا فوجد باذلا لازيد فانه لا يجب عليه هنا بيعه بالازيد مع احتماله والفرق انه في الاول
مخاطب بالعمل بالامر المتعارف وهنا بالعمل بما عين له واما نقد البلد فان اتحد حمل عليه لانه المعهود عند الاطلاق عليه وان اختلف باع في الاغلب فان
تساوت النقود في المعاملة باع بما هو انفع للموكل فان استوت نفعا ومعاملة تخير قوله ولو ابتاع الصحيح دون المعيب لا خلاف عندنا في اطلاق الوكالة بالشراء
يقتضي شراء الصحيح دون المعيب لانه المعهود عرفا خصوصا فيما يشترى للقنية وبهذا فارقت الوكالة القراض فاذا خالف الوكيل فاشترى المعيب
عالما كان فضوليا وان كان جاهلا وقع عن الموكل لانه مكلف بالظاهر والوقوف على الباطن قد يعجز عنه بخلاف ما لو اشترى بازيد من ثمن المثل فانه لا يقع عن
الموكل وان كان جاهلا لان نقص القيمة امر ظاهر مستند الى تقصيره في تحرير القيمة بخلاف العيب كذا قرروه ويشكل فيهما على الاطلاق بان في العيب
ما هو ظاهر من الغبن كالعور والعرج ومن الغبن ما هو اخفى على كثير من اهل الخبرة من كثير من العيوب كما في الجواهر ونحوها والذي يقتضيه الفرق ويوافقه
النظر ان العيب والغبن متى كانا مما يخفى غالبا وقع الشراء عن الموكل مع الجهل بهما والا توقف على الاجازة فينبغي تامل ذلك قوله ولو باع الوكيل بثمن
الى قوله وهو بعيد هذا الاختلاف راجع الى صفة الوكالة وكما يقبل قول الموكل في اصلها فكذا في صفتها لانه فعله فهو اعرف بحاله ومقاصده الصادرة
عنه ولاصالة عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل وشبه بقوله ولو باع الوكيل على ان فائدة هذا الاختلاف انما هو مع وقوع التصرف
لان الوكالة قبله تندفع بمجرد الانكار لا يقال ان دعوى الموكل يستلزم جعل الوكيل خائنا بالتصرف على غير الوجه المامور به فيكون القول قوله لانه امين
والاصل عدم الخيانة كما سيأتي لانا نقول ان ذلك انما يتم لو كان تصرفه بالوكالة والخيانة في بعض متعلقاتها كما لو ادعى الموكل عليه بعد تلف الثمن انه
باع به بمقتضى الوكالة ثم اخر تسليمه عن تقبيض المبيع او التعدي فيه بوجه وهنا ليس كذلك لان اختلافهما في صفة التوكيل يؤول الى الاختلاف في اصله لان الموكل

من

منكر لاصل الوكالة على الوجه الذي يدعيه الوكيل وبالجملة فالوجه الذي يقتضيه الدليل في اصلها يقتضيه في صفتها فالقول الذي نقله المصنف ولا اسند له ٢٣٥
قوله فان تصادق الوكيل الى قوله وما اغرمه اذا حلف الموكل على نفي ما ادعاه الوكيل بطل البيع بالنسبة الى الوكيل واما المشتري فان صادق على الوكالة ثبتت
في حقه كذلك والا فله احلافه اليمين على نفي العلم ان ادعى عليه فان نكل ردت على الموكل وتوقف ثبوت البطلان بالنسبة اليه على يمين اخرى ثم اما ان تكون
العين باقية او تالفة فان كانت باقية وثبت قول الموكل بالنسبة الى المشتري استرجعها ورجع المشتري بالثمن ان كان دفعه ولم يصدق الوكيل في دعواه
والا رجع باقل الامرين من الثمن وقيمة المبيع لان الثمن ان كان اقل فلم يدفع بيد الوكيل من مال الموكل الذي هو ظالم للمشتري بزعمه سواه فيأخذه قصاصا وان كان اكثر
لم يرجع بازيد من القيمة لان المظلوم فيها بزعمه ويبقى الزائد بيد الوكيل مجهول المالك وان كانت تالفة فحكمه ما ذكره المص من تخيير الموكل في الرجوع على ايهما
شاء اما المشتري فلتلف ماله في يده واما الوكيل فلانه ظالم فان رجع على المشتري بالقيمة وكان مصدقا للوكيل فيما يدعيه لم يرجع المشتري على
الوكيل المصدق له في صحة البيع وزعمه ان الموكل ظالم في رجوعه عليه فلا يرجع على غير ظالم هذا اذا لم يكن قد قبض الوكيل الثمن منه والا لم يتوجه عدم الرجوع
عليه لان الوكيل لا يستحق الثمن والموكل لا يدعيه لعلمه بعينه ثمنا له وقد اغرم المشتري عوض المال فيرجع على الوكيل بما دفعه اليه لكن ان كان بقدر القيمة
او اقل فالرجوع به ظاهر والا رجع بقدر ما غرم ويبقى الباقي في يد الوكيل مجهول المالك وان لم يكن المشتري مصدقا على الوكالة رجع على الوكيل بما غرم
اجمع لغروره ولو كان الثمن ازيد وقد دفعه الى الوكيل رجع به لفساد البيع ظاهرا وان رجع على الوكيل رجع الوكيل على المشتري بالاقل من ثمنه وما اغرمه لان
الثمن ان كان اقل فهو يزعم ان الموكل لا يستحق سواه وانه ظالم باخذ الزائد عن القيمة فلا يرجع به على المشتري وان كانت القيمة اقل فلم يغرم سواها لكن يبقى
الزائد مجهول المالك ظاهرا لان الموكل لا يستحقه بزعمه وموافقة الظاهر له والوكيل قد خرج عن الوكالة بانكار الموكل فليس له قبضه فيتسلمه الحاكم ويتوصل
الى تحصيل مالكه واعلم ان مقتضى السياق كون الوكيل لم يقبض الثمن بعد وان كان اول الكلام اعم وح فيرجع كل واحد من الوكيل والمشتري على الآخر
باقل الامرين مع تساقطهما ويبقى الزائد مجهولا ولو فرض القبض كانت الزيادة في يد الوكيل ايضا مجهولة ان اتفقت قوله واطلاق الوكالة في البيع الى قوله
على القبض انما كان من واجباته لان البيع يقتضي ازالة ملك البائع عن المبيع ودخوله في ملك المشتري فيجب عليه مدخل الملك التسليم لانه من حقوقه لكن لا
يسلمه حتى يقبض الثمن هو او من يكون له قبضه رعاية لمصلحة الموكل او يتقابضا معا فلو سلم المبيع قبله فتعذر اخذه من المشتري ضمن لتضييعه اياه بالتسليم
قبله ووجه الثاني مستفاد مما ذكره وقبض المبيع فيه كقبض الثمن فلا يقتضي التوكيل في الشراء تسلم الوكيل المبيع لانه قد يستأمن على الشراء من لا يستأمن على
المبيع نعم لو دلت القرائن على الاذن فيهما كما لو وكله في شراء عين من مكان بعيد يخاف مع عدم قبض الوكيل لها ذهابها جاز قبضه بل وجب كما انه لو امره بالبيع
في موضع يضيع الثمن بترك قبضه كسوق غائب عن الموكل او البيع على متغلب على الموكل بحيث تدل القرينة على انه لو امره ببيعه الآن جاء بقبضه جاز القبض
كما مر فلو اخل الوكيل بالقبض فتعذر الوصول الى الثمن ضمن لتضييعه له قوله وللوكيل ان يرد بالعيب لان الموكل قد اقامه مقام نفسه في هذا العقد والرد بالعيب
من لوازمه ولان التوكيل لما لم يتناول الا على شراء الصحيح فاذا ظهر العيب كان له الرد وشراء الصحيح ويشكل الاول بانه انما اقامه مقام نفسه في العقد لا في اللوازم
اذ من جملتها القبض والاقالة وغيرهما وليس له مباشرتها اجماعا والثاني بان مقتضاه وقوف العقد على الاجازة كما مر لا ثبوت الرد وعلله في كره بانه انما
يلزمه شراء الصحيح في الظ وليس مكلفا بالسلامة في الباطن لان ذلك لا يمكن الوقوف عليه فلا يجوز تكليفه به ويعجز عن التحرز عن شراء معيب لا يظهر عليه فيقع
الشراء للموكل وهذا التعليل لا دلالة له على جواز الرد ايضا لانه مغاير للشراء والموكل انما اقتضى الشراء لا الرد ويمكن استفادة جواز الرد من القرائن الحالية
لانه من نقص الصفقة وربما فرق بين ما لو اطلق الموكل كما لو قال اشتر لي عبدا هنديا وبين ما لو عينه كهذا العبد فيجوز للوكيل الرد بالعيب في الاول دون الثاني
لانه بتعيينه له قد قطع نظر الوكيل واجتهاده والاجود عدم جواز الرد مط وفاقا لكره لان الوكالة في الشراء انما اقتضت ادخال المبيع في ملكه والرد يقابله
يضاده فلا يدخل فيها قوله ولو منعه الموكل لم يكن له مخالفته لا شك في بطلان رده بالنهي المذكور لانه ابطال للوكالة فيما تضمنه وعزل له فيه واذا جاز عزله
عن الوكالة ففي بعض مقتضياتها اولى وفي حكمه اظهاره الرضا بالمعيب فانه في معنى النهي عن الرد واراد بذلك الفرق بين الوكيل وعامل المضاربة حيث انه قد
سلف انه ليس للمالك منعه من الرد بالعيب وان رضي به مع كون العامل في معنى الوكيل والفارق اختصاص الحق هنا في الموكل واشتراكه في العامل قوله فضابطه
ما تعلق آه المرجع في معرفة غرض الشارع في ذلك الى النقل اذ ليس له قاعدة كلية لا تنخرم وان كانت بحسب التقريب منحصرة فيما ذكره اما العبادات فالمقصد
منها فعل المكلف ما امر به وانقياده وتذلله وذلك لا يحصل الا بالمباشرة ولا يفرق الامر في ذلك بين حالتي القدرة والعجز غالبا فان العاجز عن الصلوة
الواجبة ليس له الاستنابة فيها بل يوقعها بنفسه على الحالات المقررة ومرتبة منها الصوم وقد يتخلف الحكم في مواضع اشار المص الى بعضها منها غسل اعضاء
الطهارة ومسحها اذا عجز عنها المكلف فانه يجوز له الاستنابة فيه سواء في ذلك المائية والترابية ويتولى هو النية اذ لا عجز عنها مع بقاء التكليف وليس
هذا توكيلا حقيقيا ومن ثم يقع ممن يتولى من لا يصح توكيله كالمجنون واما تطهير الثوب والبدن وغيرهما مما يجب تطهيره فانه يجوز الاستنابة فيه لكن
كما يمكن جعل هذا النوع عبادة كذلك يمكن اخراجه اذ النية ليست شرطا في صحته فان الغرض منه هجران النجاسة وزوالها كيف اتفق وان توقف حصول الثواب
على فعله والتقرب بالعبادة على النية ومنها الصلوة الواجبة وذلك في ركعتي الطواف حيث يجوز استنابة الحي في الحج الواجب والمندوب وكصلوة الزيارة
والطواف المندوب حيث يناب فيه واما غيرها من النوافل ومطلق الصوم المندوب ففي جواز التوكيل فيه نظر واطلاق جماعة من الاصحاب المنع من الاستنابة
في العبادات يشملها وان تقييد الاطلاق في غيرها والاعتكاف كالصوم لاشتراطه به ومنها اداء الزكوة فان الاستنابة فيه جائزة بغير اشكال ومنها عتق العبد
عن كفارة وجبت عليه باذنه او مط على تفصيل ياتي ومنها الحج المندوب مط والواجب عند العجز عنه على ما تقدم تفصيله ومنها تولية الامام غيره في القضاء
وكذا ابنه منصوبه الخاص لغيره مع الاذن له في ذلك وتسميته هذا النوع وكالة مجاز واستثناؤه من هذا الباب لكونه عبادة بل من اكمل العبادات وما

تقدم في الطهارة فاتت هنا واما قبل با تولية القضاء با الامام او نائبه الخاص لعدم امكان توليته منصوبه العلم وهو الفقيه في زمان الغيبة لغرض فيه لان غيره ان كان جامعا لشرائط الفتوى كان مساويا للاولى في كونه نائبا للامام فيه ايضا والا لم يتصور كونه قاضيا لما اتفق عليه الاصحاب من اشتراط جمع القاضي لشرائط الفتوى نعم يمكن الاستنابة في احلاف بعد توجه اليمين عنده قوله والقسم بين الزوجات لانه يتضمن استمتاعا هو مختص بالفاعل وقولك قسمت الشيء ولا فرق فيه بين توكيل محرم الزوجة وغيره وان كان يكفي فيه مجرد الاقامة عنده من قال به عليه بقوله لانه يتضمن استمتاعا اي تلذذا واستمتاعا للزوجة ولا يتم بدون الزوج قوله والالتقاط والاحتطاب والاحتشاش بناء على كونه يملك بمجرد الحيازة فلا يتصور فيه الاستنابة على وجه يفيد ملكية الموكل وقد تقدم ان الاقوى جواز التوكيل فيه وملك الموكل مع نية الوكيل الملك للموكل قوله الا على وجه الشهادة على الشهادة الاولى كون الاستثناء منقطعا لان الشهادة على الشهادة ليست بطريق الوكالة بل هي شهادة بكون فلان شاهدا ثم فيها مشابهة للوكالة من حيث الصورة بسبب استناد الجواز الى قول الشاهد الاصلي وبسبب هذه الملاحظة يمكن كون الاستثناء متصلا بجعلها من افرادها مجازا قوله وفي استيفاء الحدود مطلقا اي سواء كانت حدود الادميين كحدود السرقة والقذف ام حدود الله تعالى كحد الزنا والمراد استيفاؤها بعد ثبوتها عند الحاكم بمعنى مباشرتها او تحصيلها ولا فرق في ذلك بين حضور المستحق وغيبته ونبه بقوله مطلقا على خلاف بعض العامة المانع من التوكيل في استيفاء حدود الادميين في غيبة المستحق لانه لا يتيقن بقاء الاستحقاق لجواز العفو ولانه ربما رق قلبه بحضوره فيعفو وضعف بان الاصل البقاء والاحتمال لا اثر له مع حضوره ولا يقتضي مانعا لان الغرض استيفاؤه الان ومطالبته به مبا فيه قوله وفي اثبات حدود الادميين ما حدود الله سبحانه فلا هكذا اطلق المص والعلامة في غير كره ووجه المنع في حدود الله انها مبنية على التخفيف ولا مر بدرئها بالشبهة والتوكيل يتوصل الى اثباتها والاقوى جوازه لان جواز الاستنابة في الاحكام على العموم يدخل الحدود فيه والتخصيص اولى وقد روي ان النبي وكل انيسا في اثبات الحد واستيفائه جميعا وقال فان اعترفت فارجمها وهذا يدل على انه لم يكن قد ثبت والامر بدرئها بالشبهة لا ينافي جواز التوكيل لان للوكيل ان يدرأها بالشبهة قوله ولو وكل على كل قليل الى قوله ناط بالمصلحة القولان للشيخ ره والجواز مذهب الاكثر لانتفاء الغرر وانتفاع الضرر بمراعاة المصلحة في فعل الوكيل مط والمص ره هذا القيد بانه بعيد عن موضع النزاع فان الغرض كونه وكيلا في كل شيء يدخل فيه عتق عبيده وتطليق نسائه وهبة املاكه ونحو ذلك مما يوجب الضرر والتقييد خروج عن الكلية وجوابه ان التقييد معتبر وان لم يصرح بهذا العموم حتى لو خصص بفرد واحد يقيد بالمصلحة فكيف بمثل هذا العام المنتشر وفرق المص بين هذا المقام وبين ما لو خصصه بوجه كقوله وكلتك على ما املك ونحوه لاندفاع معظم الغرر نظرا الى ان رعاية المصلحة في الامور المنتشرة امر خفي جدا فاذا اختص سهلت وهو غير واضح لان رعاية المصلحة تضبط الامرين وانتشار الامور لا يمنع من ذلك فان مرجع المصلحة الى نظر الوكيل فما علم فيه المصلحة يفعله وما اشتبه يمتنع فعله ولانه لو فصل ذلك العام المنتشر فقال وكلتك في عتق عبيدي وتطليق زوجاتي وبيع املاكي لان كل واحد منها منضبط برعاية المصلحة على ما اعترفوا وذلك مشترك بين الامرين والاقوى الجواز مط قوله ولو بلغ عشرا جاز ان يوكل فيما له التصرف فيه الى قوله في الاكتساب بناء على جواز تصرفه في هذه الاشياء مباشرة فجازت الاستنابة والاقوى المنع منها قوله وليس للعبد القن ان يوكل الا باذن مولاه القن ان قلنا انه يملك فلا يجوز توكيله فيما يملكه الا باذن مولاه لثبوت الحجر عليه وان احلنا ملكه فتوكيله انما يكون في حق مولاه فان لم يكن ماذونا لم يصح توكيله مط اذ ليس له التصرف مباشرة فلا يجوز وكالته نعم يجوز له التوكيل فيما يملك مباشرته بدون اذنه كالطلاق وان كان ماذونا جاز له التوكيل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه خاصة وسيأتي قوله ولو وكله انسان في شراء نفسه من مولاه صح المراد انه وكله باذن مولاه لما سيأتي من توقف وكالته على اذنه وخص هذه الصورة لدفع احتمال البطلان هنا من جهة ان الشراء يستدعي مغايرة البائع للمبيع ويندفع بان المغايرة الاعتبارية كافية ويمكن ان يكون مبنيا على جواز توكيله بغير اذن مولاه اذا لم يمنع منه شيئا من حقوقه كما سيأتي تحقيقه والامر هنا كذلك اذ لا منع من حقوق المولى حيث انه بحضرته وكلامه معه قوله وليس للوكيل ان يوكل الا باذن الموكل اه لان الوكيل لا يملك المباشرة لنفسه ولا ولاية له وانما هو نائب فيقتصر على ما دل عليه اللفظ فان اذن له في التوكيل صريحا فلا اشكال وكذا لو دل اللفظ باطلاقه او عمومه على ذلك كاصنع ما شئت او مفوضا ونحوه ولو لم ياذن له صريحا ولا ضمنا ولكن دلت القرينة على الاذن كما لو وكله فيما لا يباشره مثله لرفعه عنه او عجزه عنه او عن بعضه لانتشاره كالزراعة في اماكن متعددة لا يقوم جميعها الا بمساعد فلا اشكال في جوازه لكن يجب تقييده بعلم الموكل برفعه وعجزه فلو لم يعلم بهما لم يجز له التوكيل لانتفاء القرينة من جانب الموكل التي هي مناط الاذن ويقتصر في التوكيل في الاخير على ما يعجز عنه لان توكيله على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع الحاجة وحيث اذن له في التوكيل فان صرح بكونه وكيلا عن الوكيل لحقه احكام الموكل وان صرح بكونه وكيلا عن الموكل او اطلق كان وكيلا عن موكله وسيأتي تفصيله قوله ولا يوكل المحرم في عقد النكاح الى قوله التعمير هذا الحكم صالح لدخوله في باب الموكل والوكيل فانه كما لا يجوز للمحرم ان يوكل في العقد كذا لا يصح له التوكيل فيه والمحرم عليهما من ذلك ايقاع العقد في حال الاحرام والتوكيل فيه كذلك اما لو حصلت الوكالة في حالة ليوقع في حال الاحلال فظاهر العبارة منعه ايضا والاولى الجواز وهل التحريم مشروط بكون العقد للموكل كما هو ظاهر الكلام والنص ام هو اعم من ذلك حتى يحرم على الاب والجد وشبههما التوكيل حال الاحرام في ايقاع عقد المولى عليه وكذا الوكيل الذي يسوغ له التوكيل كل محتمل وطريق الاحتياط واضح وفي حكم التوكيل في ابتياع الصيد التوكيل في شرائه وبيعه ولا في اثبات المحرم يده على الصيد وفي حكم المحرم المعتكف في عقد البيع حيث لا يجوز له ذلك وفي بعض النسخ ابتياع بدل ابتياع وهو اجود قوله ويصح الوكالة في الطلاق عن الغائب اجماعا وللحاضر على الاظهر هذا هو المشهور بل ادعى عليه ابن ادريس ره الاجماع ولان الطلاق قابل للنيابة والا لما صح توكيل الغائب لعموم صحيحة سعيد الاعرج عن الصادق في رجل يجعل امر امراته الى رجل يطلقها ايجوز ذلك فقال نعم من غير استفصال وهو يفيد العموم ومنع منه الشيخ وجماعة جمعا بين ما تقدم وبين اطلاق رواية زرارة عنه لا يجوز الوكالة في الطلاق بحملها على الحاضر وهي مع ضعفها قاصرة عن الدلالة قوله ولو قال الموكل اصنع ما شئت اه تقرير الاستدلال على جواز توكيل الوكيل ان للسان ما من صيغ العموم وقد اذن له في ان يفعل كلما شاء فاذا شاء ان يوكل فقد دخل في عموم الاذن وهو جيد في موضعه

وخالف في ذلك العلامة ره في كره محتجا بانه انما يستلزم التعميم فيما يفعله بنفسه فلا يتناول التوكيل وجوابه يعلم من التقرير فان العموم يتناول فعله بنفسه وبنائبه حيث يشاء النيابة وفي المخ نفى مدلول العام كدلول الخاص في الحجية وان اختلفا في القوة والضعف فمتى اذن له في التوكيل من حيث العموم فيدخل فيما تقدم الا انه اعاده للتنبيه على انه موضع شبهة كما ذكره العلامة قوله ويستحب ان يكون تام البصيرة فيما وكل فيه عارفا باللغة التي يحاوره بها اي يكون له بصيرة تامة ومعرفة باللغة التي يتعلق بعين ما وكل فيه ليكون مليا بتحقيق مراد الموكل وقال ابن البراج ان ذلك واجب وهو ظاهر ابي الصلاح وهو ضعيف قوله وينبغي للحاكم ان يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومة عنهم وكذا يوكل من يباشر عنهم جميع ما يقتضيه الحال من التصرف الذي يمنعون منه وكذا غير السفهاء من المحاكم عليه ولا به كالصبيان والمجانين وكذا الحكم في الوصي الا ان يتصل الموصي على عدم التوكيل قوله ويكره لذوي المروات ان يتولوا المنازعة بنفوسهم المراد بهم اهل الشرف والمناصب الجليلة الذين لا يليق بهم الامتهان وروي ان عليا وكل عقيلا في خصومة وقال ان للخصومة قحما وان الشيطان ليحضرها واني لاكره ان احضرها قال في الصحاح القحم بالضم المهلكة والقحمة قحم اي انها تقحم بصاحبها على ما لا يريده قوله ولو ارتد المسلم لم تبطل اه المراد عدم بطلانها من حيث الارتداد كما يدل عليه تعليله وذلك لا ينافي بطلانها من جهة اخرى ككونه وكيلا على مسلم فانه يحكم الكافر في هذه الجهة على الذاوة لا فرق بين المرتد عن فطرة وغيره كما يقتضيه اطلاقهم واراد بذلك دفع توهم بطلان وكالته لحكمهم ببطلان تصرفاته وجه خروج الوكالة ان تصرفه الممنوع ما كان لنفسه ووكالته لغيره ليست منه قوله وكل ما له ان يليه بنفسه وتصح النيابة فيه يصح ان يكون فيه وكيلا اه هذا ضابط ما يجوز الوكالة فيه بمعنى ان يكون وكيلا واحترز بقوله وتصح النيابة فيه عما يصح ان يليه بنفسه من العبادات وما وافقها من الاحكام التي لا تصح النيابة فيها مع ان للانسان ان يليها بنفسه ودخل فيه المحجور عليه لسفه وفلس فانهما يليان لانفسهما بعض الافعال فيصح وكالتهما فيها بل في غيرها ايضا وخرج توكيل المحرم في حفظ الصيد وشرائه اذ ليس له ان يليه لنفسه كما مر قوله ويجوز ان تتوكل المراة في طلاق غيرها اه اما وكالتها في طلاق غيرها سواء كانت ذوجة ازوجها ام لاجنبي فلا اشكال فيه لان الطلاق يقبل النيابة في الجملة واما الطلاق نفسها فمنع منه الشيخ وابن ادريس ره لاشتراط المغايرة بين الوكيل والمطلقة وهو ضعيف لانه يكفي فيه المغايرة الاعتبارية قوله وتصح وكالتها في عقد النكاح لان عبارتها فيه معتبرة عندنا نبه بذلك على خلاف الشافعي فانه منع من توكلها فيه ايجابا وقبولا كالمحرم وليس بشيء قوله وتجوز وكالة العبد اذا اذن مولاه لان عبارته معتبرة والمانع كونه مملوكا لمولاه فمع اذنه يزول المانع ومقتضى اطلاقه توقف توكيله على اذن المولى في كلام المص ره وغيره عدم الفرق بين ان يمنع ما وكل فيه شيئا من حقوق سيده المطلوبة منه وعدمه كما لو وكله في ايجاب عقد او قبوله في حال خلوه من امر السيد بشيء او في حال اشتغاله بامره او مقدماته حيث لا منافاة ويدل على حكم الاطلاق كون منافعه باجمعها ملكا للسيد فلا فرق بين قليلها وكثيرها وذهب العلامة ره في كره الى جواز توكيله بغير اذنه اذا لم يمنع شيئا من حقوقه وهو متجه بشهادة الحال وانتفاء الضرر واورد عليه ان المنافي انما كان هو ان منافعه بجميعها ملك المولى فلا يجوز الانتفاع بها بدون اذنه ولا يعتد بها في نظر الشارع بدونه ولئن كان المانع هو منافاة التوكيل لانتفاع المولى وجب ان لا يفرق بين قليل المنافع وكثيرها فيجوز ان يستغرله ويستنيه حيث لا يمنع انتفاع المولى كان يعزل وهو يتردد في حوائج المولى وذلك باطل وجوابه انا نختار الاول والقليل غير المنافي خارج من العموم مستندا الى قرائن الاحوال بل ربما استند بعضها الى الضرورة كالاستظلال بحائط الغير والاستناد اليه والاستضاءة بمصباحه حيث لا يتجه عليه ضرر وقد تقرر في الاصول ان الاذن في ذلك واشباهه مستند الى العقل وايضا فان ذلك يستلزم تحريم محادثة عبد الغير ومحاورته بما يستلزم تكلمه فان ذلك من جملة منافعه التي منع من استيفائها وهو ظاهر البطلان والفرق بين ما حكم بجوازه وبين ما اورده من الاستغزال ونحوه شاهد الاحوال والقرائن التي تلحق الامور المشتبهة بالمعلوم فان قيل تكلمه خرج باطباق الناس عليه وجريان العادة المطردة به كالشرب من ساقية الغير بغير اذنه قلنا المستند واحد وهو القرائن المفيدة بعدم المفسدة مع ان ايقاعه بصيغة العقد ايجابا وقبولا او هما من جملة الكلام فتخصيص بعضه دون بعض تحكم ولا يخفى ان كلية ايضا مشروط بعدم منافاته لشيء من حقوق السيد كابطائه عن غرض مطلوب منه ونحوه والاحرم ايضا قوله ويجوز ان يوكله مولاه في عتاق نفسه الكلام في تولية اعتاق نفسه كالكلام في توكيله في شراء نفسه من مولاه فانه يحتمل المنع من حيث ان المعتق مغاير للمعتق والحق الجواز والاكتفاء بالمغايرة الاعتبارية قوله ولا يشترط عدالة الولي ولا الوكيل في عقد النكاح الجار متعلق بالفعل وهو متنازع للولي والوكيل اي لا يشترط عدالة الولي وهو الاب والجد له في النكاح فلهما ان يزوجا الولد وان كانا فاسقين ولهما ان يوكلا غيرهما فيه وكذا الوكيل في عقد النكاح لا يشترط ان يكون عدلا بل يصح توكيل الفاسق فيه ايجابا وقبولا لقبوله النيابة واصالة عدم اشتراط العدالة اذ لا يتضمن ذلك استيمانا على امر خفي كالمال خلافا لبعض الشافعية حيث اشترط العدالة فيهما واما اشتراط عدالة الولي في ولاية المال ففيه خلاف بين اصحابنا وفي كره قطع بان الفاسق لا ولاية له حتى لو كان عدلا ففسق انتزع المال منه واستشكل في عد في باب الوصايا قوله ولا يتوكل الذمي على المسلم اه مدار الوكالة بالنسبة الى اسلام الوكيل والموكل والموكل عليه وكفرهم والتفريع ثمانية فان الموكل اما مسلم او كافر وعلى التقديرين فالوكيل اما مسلم او كافر وعلى التقديرات الاربعة فالموكل عليه اما مسلم او كافر فمنها صورتان لا يصح الوكالة فيهما عندنا وهما ما نسب المص الحكم فيهما الى المشهور وفي كره ادعى الاجماع عليهما وهما وكالة الكافر على المسلم لكافر او مسلم لاستلزامه السبيل للكافر على المسلم المنفي بالاية وباقي الصور يصح الوكالة فيها من غير كراهة الا في صورة واحدة وهي وكالة المسلم للكافر على المسلم فان المشهور فيها الكراهة بل ادعى في كره الاجماع عليها والمص تردد فيها ثم حكم بها ويظهر من الشيخ في به عدم الجواز واعلم ان المص والجماعة عبروا عن الكافر بالذمي ولا فرق فيه من حيث الحكم بل اذا ثبت المنع في الذمي ثبت في غيره بطريق اولى وكذا الكراهة وصورة الجواز مشتركة من غير اولوية فلذلك عدلنا الى التعبير بالعام قوله ويقتصر الوكيل اه اما اقتصاره على ما اذن فيه فلا شبهة فيه واما ما يتجاوزه الى ما تشهد العادة بالاذن فيه فهو جائز مع اطرادها او دلالة القرائن على ما دلت عليه كما اذن له في البيع بعقد ونسيئة فباع بنقدا او بازيد بطريق اولى لانه قد زاده خيرا ومثل بيع النسيئة نقدا البيع بازيد حالا عين له مع المماثلة في النقد والنسيئة والشراء بانقص ويجب تقييد

٢٢٨ ذلك كله بعدم الغرض فيما عين والا لم يجز التعدي وان لم يصرح بالنهي فان الاغراض تختلف والمصالح لا تنضبط ويمكن كون الغرض في البيع نسيئة ان يتجاوز على الثمن قبل الاجل او يخاف ذهابه في النفقة مع احتياجه اليه بعده فلا يجوز تعدي امره الا مع القطع بعدم الغرض فان الغرض هنا لعين نادر الا انه يحمل على الغالب ومثله الشراء نسيئة بمثل ما اذن فيه نقدا لامكان ان يتضرر ببقاء الثمن معه او يخاف تلفه قبل الاجل او عدم حصوله بعده او صعوبته فلا يجوز التعدي وان جهل الحال الا مع تحقق عدم الغرض واما الثمن المعين فيمكن كون الاقتصار عليه ارادة ارفاق المشتري ان كان معينا فلا يجوز بيعه بازيد ولو لم يكن معينا جاز البيع بالاكثر مع عدم العلم بالغرض وعدم التصريح بالنهي عن الزايد لندور الغرض في الغرض المذكور واغلبية ارادة الازيد مع امكان ان يريد الارفاق المطلق او عدم الاشتطاط في البيع او سهولة المعاملة فانه مندوب اليه شرعا وعدم زيادة الربح عن مقدار معين لغرض شرعي او غير ذلك الا ان هذه الامور نادرة في المطلق فلا يلتفت اليها مع الاشتباه قوله ولو امره ببيعه في سوق مخصوص اه الكلام هنا على نحو ما سبق فان الغالب على ما ذكره المص مع امكان تعلق الغرض بالسوق بسبب جودة النقد او كثرة اهله او صلاح اهله او مودة بين الموكل وبينهم والمص اطلق جواز التعدي ولا بد من تقييده بعدم العلم بالغرض واشترط في كرة العلم بعدم الغرض فلا يجوز التخطي مع الجهل به لان ذلك ليس بنادر ولو علم انتفاء الغرض صح البيع في غيره قطعا لكن لا يجوز نقل المبيع اليه فلو نقله كان ضامنا وانما الفائدة صحة المعاملة لا غير قوله اما لو قال بعه من فلان اه الغرض في تعيين الاشخاص اكثري فلا يجوز التخطي مع الاطلاق قطعا سواء علم الغرض او جهل الحال ام علم انتفاء الغرض على ما يظهر من اطلاقهم لندور الغرض وتوقفا مع الاذن قوله وكذا لو امره ان يشتري اه اي لا يصح التعدي مطلقا لاختلاف الاغراض في ذلك غالبا فانه يجوز ان يتعلق الغرض بالشراء بالعين بسبب حل المال وخلوصه عن الشبهة وتعيين الثمن فيبطل البيع بتلفه قبل القبض لاحتمال ان لا يريد بدله غيره او لا يقدر عليه والعكس في شراء الذمة لشبهة في المال او تحريمه ونحو ذلك ويتحقق الامر باحدهما بالنص عليه بعينا كاشتر بعين هذا المال او اشتر في الذمة والامر بالعين بالتعيين بما يدل عليه لغة وان لم يصرح به كاشتر بهذا المال فان الباء تقتضي المقابلة ولو اطلق الامرين او اتى بعبارة تشملهما بان سلم اليه الفا وقال اشتر بها في الثمن او قال اشتر كذا بالف ولم يشر الى المعين ونحو ذلك تخير ومتى قيل بعدم صحة العقد في هذه الصور فالمراد كونه فضوليا يقف على الاجازة قوله واذا ابتاع الوكيل اه هذا موضع وفاق ووجهه مع ذلك ان الوكيل انما قبل لغيره فوجب ان ينتقل الملك الى ذلك الغير دونه عملا بالقصد كما لو اشترى الاب والوصي للمولى عليه ونبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث حكم بانه ينتقل اولا الى الوكيل ثم ينتقل الى الموكل محتجا بان حقوق العقد تتعلق به كما لو اشتراه باكثر من ثمن مثله ولم يذكر الموكل لفظا فانه يدخل في ملكه ولا ينتقل الى الموكل ولان الخطاب انما جرى معه ويضعف بمنع تعلق الاحكام به في نفس الامر وانما تعلقت به في المثال ظاهرا لعدم العلم بالقصد والخطاب انما وقع معه على سبيل النيابة ويعارض بشراء الاب والوصي فانه وافق فيه على وقوعه للطفل ابتداء ويلزمه بما ذكره المص من عدم انعتاق ابي الوكيل ونحوه ممن ينعتق عليه لو اشتراه للموكل ولم يقل به احد قال العلامة ره اوردت ذلك على بعض الحنفية فاجاب بانه في الزمن الاول يقع للوكيل وفي الزمن الثاني ينتقل الى الموكل فالزمته بانه لو رجح الانتقال في الزمن الثاني الى الموكل دون العتق فلم يجب بشيء والحق انه لو انتقل الى الوكيل كان اللازم ترجيح العتق لانه مبني على التغليب باعترافهم وله نظائر كثيرة قوله ولو وكل مسلم ذميا في ابتياع خمر لم يصح كما يشترط كون الوكيل قادرا على ان يلي الفعل بنفسه يشترط كون الموكل كذلك فلا يكفي جواز تصرف احدهما دون الاخر ومن ثم فلا يصح توكيل المسلم الذمي في بيع خمر وابتياعه وان كان الذمي يملك ذلك لنفسه وقد تقدم مثله في توكيل المحرم محلا في شراء صيد وبيعه قوله وكل موضع يبطل الشراء للموكل اه اما عدم وقوعه عن الوكيل فلان العقد تابع للقصد وقد خص الشراء بالموكل لفظا ونية فلا يقع عنه واما عدم وقوعه عن الموكل فلمخالفة امره فلا يكون ما وكل فيه وانما فيكون فضوليا واما مع عدم ذكر الموكل فيقع للوكيل لان الخطاب معه هذا بحسب الظاهر بمعنى ان البائع ياخذ منه الثمن ويلحقه بالنسبة اليه جميع الاحكام لعدم تكليفه بالامور الباطنة واما الوكيل في نفس الامر مع عدم اجازة الموكل فيجب عليه التخلص بحسب الامكان وسياتي تفصيله ولا بد من تقييد ذلك ايضا بعدم الشراء بعين مال الموكل والا بطل العقد مع عدم اجازته وان لم يذكره لانه يصير كظهور استحقاق احد العوضين المعينين هذا بالنسبة الى نفس الامر واما بحسب الظاهر فان صدق البائع على ذلك او قامت به البينة تبين البطلان ظاهرا وباطنا ووجب عليه رد ما اخذه والا ثبت ظاهرا ووجب على الوكيل عوض المدفوع للموكل لتعذر تحصيله شرعا لاعترافه بالتفريط بسبب المخالفة وعلى البائع الحلف على نفي العلم بالحال ان ادعى عليه ذلك والا فلا واعلم ان المراد بتسمية الوكيل للموكل التصريح بعقد الشراء له مع موافقة القصد على ذلك اذ لو ذكره لفظا ولم يقصده باطنا وقع البيع له ظاهرا ووقف على اجازته للمخالفة لكن يكون الشراء في الباطن للوكيل ان لم يشتر بعين مال الموكل ولم يكن للبائع غرض في تخصيص الموكل فيكون الحكم مبنيا على الظاهر ... ضمنين قوله وكذا لو انكر الموكل الوكالة لكن اه هذه المسئلة قد تقدمت في مواضع جزئية كثيرا وهنا اتى فيها بضابط كلي وتفصيل المسئلة ان الوكيل اذا اشترى ولم يثبت وكالته في ذلك اما لدعوى المخالفة او لانكار اصل الوكالة فلا يخلو اما ان يكون قد اشترى بعين مال الموكل او يجب الدعوى او في الذمة وعلى الاول اما ان يكون البائع عالما بكون الثمن لمالكه او تقوم البينة بذلك اولا وعلى التقادير فاما ان يصرح بكون الشراء للموكل او ينوي ذلك خاصة ثم اما ان يكون الوكيل صادقا بحسب الواقع او كاذبا وحكمها انه متى كان الشراء بالعين فهو فضولي سواء ذكر الموكل ام لا وسواء نوى الشراء للموكل ام لا فان لم يجز المالك وقد ذكره صريحا او كان له بينة ان العين له او البائع عالما بذلك فان كان الوكيل صادقا فالعقد صحيح باطنا وفاسد ظاهرا فان رجع المالك في العين واخذها من البائع رجع اليه بسعره فان رجع بالعين على الوكيل لتعذر اخذها من البائع اخذ الوكيل المبيع قصاصا وتوصل الى رد ما فضل منه عن حقه ان كان هناك فضل وان تلف تخير في الرجوع فان رجع على البائع رجع على الوكيل وان رجع على الوكيل لم يرجع على البائع لاعترافه بظلم الموكل له في الرجوع ولو لم يعلم البائع بالحال ولم يجب بهما وان الاخذ ان لم يجب عليه الدفع بل يحلف على نفي العلم ان ادعى عليه ثم يغرم الوكيل وياخذ العين قصاصا كما مر وان كان الوكيل كاذبا بحسب الواقع بطل

٢٢٩ الشراء بالعين مطلقا في هذا التفصيل لكن ان كانت العين قد تلفت عند البائع رجع على الوكيل برد المبيع اليه وان كانت باقية عنده فللوكيل ان يحتال الموكل عليها بما دفعه من المثل او القيمة ثم يصالح البائع على العين ان امكن وان كان الشراء في الذمة وذكر الموكل وقع له باطنا ان كان محقا وبطل ظاهرا فياخذه قصاصا وان لم يذكره لفظا ولا نية فالشراء للوكيل ظاهرا وباطنا وان كان مبطلا وذكر الموكل بطل البيع مطلقا وان نواه خاصة فللمساعة للبائع بالمأخذ منه بالثمن ان كان باقيا والا دفعها اليه ولا شيء عليه وان لم ينوه وقع الشراء للوكيل قوله وطريق التخلص ان يقول الموكل اه انما لم يكن ذلك شرطا مع كونه بصيغته لان الشرط المبطل ما اوجب توقف العقد على امر يمكن حصوله وعدمه وهذا امر واقع يعلم الموكل حاله فلا يضر جعله شرطا وكذا القول في كل شرط علم وجوده كقول البائع يوم الجمعة مع علمه به ان كان يوم الجمعة فقد بعتك كذا ومثله قول منكر التزويج والوكالة عقيب دعوى الزوجة ان كانت زوجتي فهي طالق ولو اوقع البيع او الطلاق من غير تعليق على الشرط صح ايضا ولم يكن اقرارا بالتوكيل ونحوه لانكره قوله وان امتنع الموكل من البيع اه ويكون ذلك على سبيل المقاصة ومن ثم توقف على امتناع الموكل والمراد بالرجوع ما يفضل الرجوع بالزائد عن قيمة المبيع لو كانت اقل من الثمن المدفوع والرجوع ادفه لوجه المقاصة على تقدير ظفره بمال الموكل وامكنه وضع يده عليه ولا يجوز له التصرف في المبيع قبل احد الامرين لخروج الملك عنه على كل تقدير لانه ان كان محقا في دعوى الوكالة فهو للموكل وان كان كاذبا فهو للبائع ولو دفع امره الى الحاكم امره من اجبره الوكيل انه لم يبعه ... وليس له اجباره على ذلك لانتفاء الملك عنه ظاهرا ولو باعه الحاكم بالقيمة بعد الامتناع صح وان لم يعلم الحال لان الوكيل ان كان صادقا فالموكل ممتنع من ايفاء الحق فللحاكم البيع عليه وان كان كاذبا فالملك له فيأتي الصيغة قوله ولو وكل اثنين اه لان توكيلهما على هذا الوجه يؤذن بعدم رضاه براي احدهما وتصرفه منفردا واذا كان الاطلاق مؤديا بمعنى الاجتماع فشرطه على الخصوص لمجرد التاكيد والمراد باجتماعهما على العقد صدوره على رايهما وامرهما معا لا ايقاع كل منهما الصيغة وان كان ذلك جايزا ايضا فلو وكل احدهما في ايقاع الصيغة او وكلا ثالثا صح ان اقتضت وكالتهما جواز التوكيل والا تعين عليهما ايقاع الصيغة مباشرة فيوقعها كل واحد مرة ويمكن ان يكون هذا من مواضع جواز توكيل الوكيل ولو بتوكيل احدهما للاخر لدلالة القراين على انه لا يريد مباشرة الصيغة منهما غالبا وهذا بخلاف الوصيين على الاجتماع فان توكيل احدهما للاخر وتوكيلهما الثالث جائز والفرق بين الوصي والوكيل ان الوصي يتصرف بالولاية كالاب بخلاف الوكيل فانه يتصرف بالاذن فيتبع مدلوله وتنبيه بقوله وليس للحاكم ان يضم اليه على الفرق ايضا بين الوصي والوكيل حيث ان موت احد الوصيين على الاجتماع يجوز للحاكم الضم والفرق انه لا ولاية للحاكم هنا على الوكيل بخلاف الوصي لان النظر في حق الميت والى اليتيم اليه واذا تعذر احد الوصيين صار الاخر بالنسبة الى التصرف بمنزلة عدم الوصاية لم يرض برايه منفردا فيختار ركن الحاكم بنصب شريك قوله ولو وكل زوجته او عبده اه اذا لا مدخل للعبودية والزوجية في صحة الوكالة نعم لو باعه توقف فعله على اذن المشتري كما لو وكل عبد غيره ابتداء حتى لو رد الوكالة بطلت قال في كرة ولو لم يستاذن المشتري نفذ تصرفه وان زلك واجبا قوله اما لو اذن لعبده في التصرف اه قد عرفت في اول الوكالة ان صيغتها لا تنحصر في لفظ بل تصح بكل ما دل على الاذن في التصرف ومن ثم فيشكل الفرق بين توكيل العبد والاذن له في التصرف حيث لا يبطل الوكالة بعتقه ويبطل الاذن الا ان يستفاد ذلك من القراين الخارجية الدالة على ان مراده من الاذن ما دام في رقه ومراده من الوكالة كونه ماذونا مطلقا فلا فرق بين كون الاذن بصيغة الوكالة وغيرها مع احتمال الفرق فيه ولو مع الاذن المجرد لا مع التوكيل بلفظها حملا لكل معنى على لفظه ويضعف بما مر فان الوكالة ليست امرا مغايرا للاذن بل تتادى بكل ما دل عليه فلا فرق بين الصيغتين ولا يحمل في عدم بطلانها مع البيع دون العتق لانتقاله للتامل للوكالة على وجه اقوى من الحالة الاولى بخلاف البيع لانتقال منافعه للمشتري فيمتنع بقاؤه من دون اذنه ويضعف بانه لا يقصر عن توكيل عبد الغير فانها لا تبطل ببيعه وان كان المشتري فسخها فكذا هنا نعم لو صرح المالك بالاذن التابعة للملك او الوكالة التي لا تتوقف على بقائه فلا ريب في اتباعه ويتحقق الفرق بين الاذن والوكالة ووجب الحكم بزوال الاذن بالعتق والبيع معا وبقاء الوكالة في الاول مطلقا وفي الثاني موقوفا على اجازة المشتري قوله واذا وكل انسانا في الحكومة اه لما كان اطلاق الاذن مقتضيا لفعل ما دل عليه من غير ان يتجاوز الا مع دلالة خارجية على التجاوز كما مر كان اطلاق الاذن في كل من الخصومة والاستيفاء غير متناول للاخر اذ لا يدل الاذن في احدهما على الاخر باحدى الدلالات اما المطابقة والتضمن فظاهر واما الالتزام فلما ذكره من التعليل فانه لا يلزم من الاذن في الخصومة الاذن في القبض لجواز ان يكون الماذون عارفا باحكام الخصومة ودقائقها وليس امينا على المال كما هو الواقع في كثير ولا بالعكس لجواز كونه امينا وليس بعارف في احكام المنازعات كما هو الاغلب في كثير من الصالحين الذين يستامنون على المال ولا يصلحون للحكومة قوله ولو قال وكلتك في قبض حقي من فلان فمات اه الفرق بين الصيغتين ان من متعلقة بفعل الامر وهو اقبض ومدلولها المديون فتفيد تعيين لمبدء القبض ومنشاه وهو فلان المديون فلا يتعدى الامر الى وارثه لان قبضه من الوارث ليس قبضا من المديون ثم ان القبض من وكيل المديون لان يده يده وهو ناشئ عنه بخلاف الوارث فان الملك لم ينتقل اليه في الحق النابت ومن ثم حيث لو حلف على فعل شيء بفعل موكله لا بفعل وارثه واما الذي على فلان فان جملة الموصول والصلة فيه صفة للحق وليس فيه تعيين المقبوض منه توجه بل الاذن تعلق بقبض الحق الموصوف بكونه في ذمة زيد فالوكيل يتبع الحق حيث ما انتقل فان قيل وصف الحق بكونه على فلان يشعر بحصر القبض فيه لان الصفة اذا زالت بموته لم يكن الحق المتعلق بالوارث موصوفا بكونه في ذمة فلان فلا يكون هو المؤكل فيه قلنا الوصف انما يفيد الاحتراز عن دين لغيره في ذمة شخص اخر ولا اشعار له بتخصيص القبض ويفيد بان لا يكون له دين اخر على غيره فالصفة هنا لمجرد التوضيح فيكون كما لو قال بع عبدي الناعم او الاكل وما شاكلهما من الاوصاف فان لم يبعه ولا نفيه ووراء الاكل قوله ولو وكله في بيع فاسد لم يملك الصحيح كما لو قال له اشتر لي كذا الى ادراك الغلات او مقدم الحاج او بعه كذا او ما شاكله ولا فرق في ذلك بين ان يكونا عالمين بالفساد او جاهلين او بالتفريق وانما لم يملك الصحيح لعدم التوكيل فيه فيقع فضوليا ورد بذلك على ابي حنيفة حيث زعم انه يقتضيه وكما لا يملك الصحيح لا يملك الفاسد لان الله تعالى لم ياذن فيه والموكل لم يملكه فالوكيل اولى فلو اشتراه وسلم الثمن او باع كذلك وسلم المبيع ضمن قوله وكذا لو وكله في ابتياع معيب اي لا يملك به ابتياع

العيب وهو قاطع الاذن لكن هنا ان يشترى المعيب لانه امر مشروع والاغراض تتعلق به كما تتعلق بالصحيح فان عين المعيب لم يجز التخطى الى غيره سواء ساواه او زاد عليه ان اطلق شراء ما يطلق عليه اسم المعيب قوله وله رد كان الانسان اه انما توقف البرائة على التسليم الى البائع لان الدين لا يتعين الا بتعيين مالكه او من يقوم مقامه وما لم يعينه الا على تقدير جعله ثمنا لان الباء تقتضى المقابلة ولا يصير ثمنا مع كونه فى الذمة بحيث يتحقق البرائة منه الا بقبض البائع له وبتعذر تعيينه قبل الشراء وبعده لا يتحقق البرائة منه الا بقبض المالك او من يقوم مقامه وليس هنا الا قبض البائع الان هذا القسم خارج عن موضع الغرض لا تعرض فى مقتضى الشراء بالدين جعله عوضا ولا دلالة فى اللفظ على افرازه فيقتصر على موضع اليقين ولا مانع من جعله على هذا الوجه ثمنا للمبيع فى الجملة قوله ولا بشاهد وامرأتين اه هذا هو المذهب ولا نعلم فيه مخالفا ولان متعلق الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين الحقوق المالية والغرض من الوكالة الولاية على التصرف والمال قد يترتب عليها لكنه غير مقصود بالذات من ماهيتها ويشكل الحكم فيما لو اشتملت الدعوى على الجهتين كما لو ادعى شخص على اخر وكالة بجعل واقام شاهدا وامرأتين او شاهدا وحلف معه والظاهر انه يثبت المال الا الولاية ولا يقدح فى ذلك تبعض الشهادة ومثله لو اقام ذلك انا السرقة فانه يثبت المال لا القطع ولان المقصود بالذات هنا المال لا الولاية نعم لو كان ذلك قبل العمل اتجه عدم الثبوت لان انكار الولاية ابطالها ولما لم يثبت بعد يمكن ان يكون نسبة الى العزل الى الشهرة المشعر بتوقفه فيه لاجل ذلك فيكون التوقف فى عموم الحكم لا فى اصله قوله ولو شهد احدهما انه لا ينتقل يكون اشارة المعنى الواحد ولو اختلفا فى لفظ العقد بان شهد احدهما ان الموكل قال وكلتك وشهد الاخر انه قال استنبتك لم تقبل لانها شهادة على عقدين اذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للاخرى وفيه تردد اذ مرجعهما الى انهما شهدا فى وقتين او المشهور وفى عبارات الاصحاب وغيرهم

الدين بل هو على الضد ولان الودعي قوله مقبول في الرد والتلف فلا يؤثر الاشهاد في تقريره بخلاف المديون ووجه التردد في الحكم ما ذكرناه ومن عدم دلالة مطلق الامر على الاشهاد فيحصل الامتثال بدونه وتردد المص يمكن كونه في مجموع الحكم في المسئلتين وفي المسئلة الثانية وهي مسئلة الدين خاصة فلا ينافي ما سبق في الوديعة من حكمه بعدم الضمان بترك الاشهاد ويمكن كونه في كل واحدة من المسئلتين فيكون رجوعا عن السابق والظاهر الاول ولا بد من تقييد الحكم بكون الاداء بغير حضرة الموكل والا انتفى الضمان لان التفريط مستند الى الموكل قوله اذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه تنبيه بذلك على خلاف بعض العامة حيث زعم انها تبطل بالتعدي لانها امانة فترتفع بزوالها كالوديعة وبطلانه ظ لما ذكره المص من عدم التنافي بين الضمان والاذن وتحريره ان الوكالة تضمنت شيئين الامانة والاذن في التصرف فاذا تعدى زالت الامانة وبقي الاذن بحاله كما ان الرهن لما اشتمل على شيئين ايضا الامانة والتوثيق لم يبطل الثاني ببطلان الاول بالتعدي عند الجميع وبهذا يحصل الفرق بينها وبين الوديعة فان الوديعة لم تشتمل الا على الامانة فاذا ارتفعت بقيت مضمونة مع انا نمنع بطلان الوديعة مط قوله ولو باع ما تعدى فيه اه لا خلاف في زوال الضمان عنه بالتسليم الى المشتري لما ذكره المص ولان المشتري قد ملكه فاذا وصل اليه باذن المالك زال الضمان وانما الكلام في زواله بمجرد البيع فانه يحتمل ذلك لخروجه عن ملك الموكل به ودخوله في ملك المشتري في ضمانه وعدمه لانه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري فيكون التلف على ملك الموكل وهذا اقوى وتردد في كره ولو قبض ثمنه في موضع الجواز لم يكن الثمن مضمونا عليه وان كان اصله مضمونا لقبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ومثله ما لو تعدى في الثمن ثم اشترى به وقبض المبيع ولو رد عليه بعيب ففي عود الضمان وجهان اجودهما العدم لانتقال الملك الى المشتري بالعقد وبطلان البيع من حينه لا من اصله وموضع الاشكال على تقدير جواز رده عليه قوله اذا اذن الموكل لوكيله اه القول بالجواز للاكثر لوجود المقتضي وهو اذن المالك له في البيع المذكور وانتفاء المانع اذ ليس الا كونه وكيلا وذلك لا يصلح للمانعية ووجه التردد ما ذكر ومن قول الشيخ وجماعة بالمنع منه للتهمة ولانه يصير موجبا قابلا عند المانع عنه ولا ريب في قوة جانب الجواز لمنع التهمة مع الاذن ومراعاة المصلحة المعتبرة في كل وكيل وجواز تولي الواحد الطرفين عندنا ولو اطلق له الاذن ففي جواز بيعه من نفسه القولان واولى بالمنع هنا وقد ذهب جماعة من مجوزي الاولى الى المنع مع الاطلاق لما تقدم ولان المفهوم من الاستنابة في البيع البيع على غيره فلا يتناوله الاطلاق وقد ورد مع ذلك روايات على المنع من شراء الوكيل من نفسه منها رواية هشام بن الحكم عن الصادق ع اذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك وان كان الذي عندك خيرا منه وفي حديث اخر عنه ع نحوه وتلا انا عرضنا الامانة على السموات والارض الاية ويمكن الاحتجاج به على منع البيع ايضا لعدم الفرق والقائل به وذهب بعضهم الى الجواز للاصل وبجوازه في الاب والجد فكذا في الوكيل والمغايرة الاعتبارية هي المصححة في الجميع وقد ظهر بذلك ان الخلاف في هذه المسئلة ليس باعتبار تولي الواحد طرفي العقد لان جماعة قائلون بجوازه مع منعهم هنا ولانه يمكن المغايرة بتوكيله في القبول ان لم يجز في الايجاب نعم يزيد الحكم بالجواز بعدا عند القائل بمنع تولي الطرفين والخلاف في المسئلة في موضعين ويتحصل الى ثلاثة احدها ان الوكيل هل يدخل في اطلاق الاذن ام لا الثاني مع التصريح بالاذن هل له ان يتولاه لنفسه ان وكل في القبول ام لا الثالث على القول بالجواز مع التوكيل هل يجوز تولي الطرفين ام لا والشيخ على المنع في الثلثة والعلامة في لف على الجواز في الثلثة وفي غيره في الاخيرين والمص يجوز الاخير ويمنع الاول وقد يتردد في الوسط قوله اذا اختلفا في الوكالة اه لا فرق في ذلك بين كون منكر الوكالة الموكل او الوكيل للاصل ومن ثم اطلق المنكر ويتوجه كون منكرها الموكل ظ واما انكار الوكيل فيمكن فرضه فيما لو كان التوكيل في بيع شيء مشروطا في عقد لازم وشرط ايقاعه في وقت معين وحصل الاختلاف بعد انقضائه في حصول التوكيل فادعاه الموكل ليخرج عن العهدة ويصير العقد لازما وانكره الوكيل ونحو ذلك قوله ولو استلفا في التلف اه المراد تلف المال الذي بيده على وجه لا يدخل فيه العين الموكل في بيعها قبله وثمنها حيث يجوز له قبضه بعده والعين الموكل في شرائها كذلك ووجه القبول مع مخالفته الاصل بعد الاجماع ما ذكره المص ولا فرق بين ان يدعي تلفها بسبب ظاهر كالغرق والحرق وخفي كالسرقة عندنا وفي حكمه الاب والجد والحاكم وامينه والوصي وقد تقدم الخلاف في قبول بعض الامناء قوله ولو اختلفا في التفريط اه يمكن ان يريد بالتفريط ما يشمل التعدي اما لاشتراكهما في الحكم واستعمال احدهما في الاخر كثيرا واما لان التفريط اذا عدي بفي ضمن معنى التقصير واذا عدي بعلى ضمن معنى التعدي كما نص عليه الجوهري ومن الثاني قوله تعالى انا نخاف ان يفرط علينا وقد ذكره هنا خاليا من حرف التعدية فيحتمل الامرين قوله اذا اختلفا في دفع المال الى الموكل الى قوله وهو الاشبه وجه عدم قبول قوله مط واضح لاصالة عدم الرد وعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر والتفصيل بقطع الاشتراك والقائل بالتفصيل نظر الى انه مع عدم الجعل امين وقد قبض المال لمحض مصلحة المالك فكان محسنا محضا فكل ما دل على قبول قول الودعي يدل عليه كقولهم انه يؤدي الى الاعراض عن قبول النيابة في ذلك وهو ضرر منفي وقبله ان الامانة لا تستلزم القبول لكن قبض لمصلحة نفسه مع كونه امينا والضرر مندفع بالاشهاد والتقصير بتركه منه والاحسان لا ينافي عدم قبول قوله في الرد وكونه من جملة السبيل المنفي مندفع بان اليمين عليه سبيل ايضا وليس بمندفع ويمكن الجواب بان السبيل المنفي نكرة منفية فتعم الا ما اخرجه الدليل واليمين ثابتة بالاجماع فكان خارجا فيبقى الباقي والحق ان قبول قول الودعي ان كان خارجا بالاجماع فهو الفارق والا فلا فرق وفي الاجماع بعد وقد تقدم الكلام على ذلك قوله اما الوصي فالقول قوله في الانفاق الى قوله ضالة ظاهرهم هنا عدم الخلاف في تقديم قول الوصي واليتيم في عدم القبض وهو يؤيد تقديم قول الوكيل فيه للاشتراك في العلة بل ربما كان الاحسان هنا اقوى لما الانفاق فخرج عن ذلك مع ان الاصل عدم ما يدعيه المنفق لعسر اقامة البينة عليه في كل وقت يحتاج اليه فيستلزم العسر والحرج المنفيين بخلاف تسليم المال قوله اذا ادعى الوكيل التصرف الى قوله الاشبه وجه الاشبه انه امين وقادر على الانشاء والتصرف اليه ومرجع الاختلاف الى فعله وهو اعلم به ووجه تقديم قول الموكل ظاهر لاصالة عدم الفعل وقد اختلف كلام العلامة في هذه المسئلة فجزم في د بتقديم قول الوكيل من غير نقل خلاف وقربه في عد وجزم في كره بتقديم قول الموكل ان كان النزاع بعد عزل الوكيل واستقرب كون الحكم

قبل العزل مثله لاصالة عدم التصرف واصالة بقاء الملك على مالكه وتوقف في بقية الاحوال الاول واعلم انه لا يحتاج الى تقييد التصرف في هذه المسئلة بكون الثمن قد تلف في يده بل ان يقول مثلا بعت وقبضت الثمن وتلف في يدي كما ذكره بعضهم تبعا لتقييده بذلك في التحرير لان الكلام في دعوى التلف قد ذكر سابقا مط وهو امر خارج عن هذه المسئلة وانما حاصل هذه دعوى الموكل عدم التصرف بالبيع ونحوه ليرتجع العين والوكيل يدعي فعله سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف ام لا قوله اذا اشترى انسان سلعة الى قوله حالة العقد اذا حلف المنكر اندفع الشراء عنه وحكم به للمشتري ظاهرا والزم بالثمن ويجب تقييده زيادة على ما استثناه المص بعدم اعتراف البائع بكونه وكيلا او كون العين التي اشترى بها ملكا للمنكر او قيام البينة بذلك والا بطل ايضا كما لو ظهر استحقاقها احد الموضعين المستثنيين قوله ولو قال الوكيل ابتعت لك اه الوجه في المسئلتين ان الاختلاف راجع الى قصده ولا يعرف الا من قبله فيرجع اليه فيه وهل يلزمه مع ذلك يمين الظاهر ذلك اما بناء على سماع دعوى التهمة او لامكان اطلاع الموكل على الحال باقراره قبل ذلك نعم لو صرح بكونه قصده ذلك من غير ذلك احتمل عدم سماع الدعوى قوله اذا زوجه امرأة الى قوله وهذا اقوى وجه الاول ان المهر يجب بالعقد كملا وانما ينتصف بالطلاق ولم يقع وقد فوتها بتقصيره بترك الاشهاد فيضمنه وهو اختيار الشيخ في يه والثاني هو المشهور بين الاصحاب واختاره الشيخ ايضا في ط ومستنده ما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق ع في رجل قال لاخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قالت من صداق او ضمنت من شيء او شرطت فذلك رضى لي وهو لازم لي فشهد على ذلك فذهب فخطبها وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسألوه فلما رجع اليه انكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك انه هو الذي ضيع حقها فلما ان لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له حل لها ان تتزوج ولا يحل للاول فيما بينه وبين الله الا ان يطلقها لان الله تعالى يقول فامساك بمعروف او تسريح باحسان فان لم يفعل فانه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد اباح لها ان تتزوج ولانه فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق وفي الاخير منع وفي سند الحديث ضعف ولو صح لم يمكن العدول عنه والقول الثالث الذي اختاره اقوى ووجهه واضح فانه اذا انكر الوكالة وحلف على نفيها انتفى النكاح ظاهرا ومن ثم يباح لها ان تتزوج وقد صرح به في الرواية فينتفي المهر ايضا لان ثبوته يتوقف على لزوم العقد ولانه على تقدير ثبوته انما يلزم الزوج لانه عوض البضع والوكيل ليس بزوج نعم لو ضمن الوكيل المهر كله او نصفه لزمه حسب ما ضمن ويمكن حمل الرواية عليه واما وجوب الطلاق على الزوج مع كذبه في نفس الامر ووجوب نصف المهر عليه فواضح واعلم ان المرأة انما يجوز لها التزويج مع حلفه اذا لم يصدق الوكيل عليها والا لم يجز لها التزويج قبل الطلاق لانها باعترافها زوجة بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالحال فلو امتنع من الطلاق لم يجبر عليه لانتفاء النكاح ظاهرا وحينئذ ففي تسلطها على الفسخ دفعا للضرر او تسلط الحاكم على الطلاق لان له ولاية الاجبار على الممتنع او بقائها كذلك حتى يطلق او يموت اوجه قوله اذا وكله في ابتياع عبد اه التقدير ان المبيع يساوي مائة كما ذكره في تحرير والا لم يكن الشراء صحيحا لما تقرر من حمل اطلاق الاذن على الشراء بثمن المثل ووجه تقديم قول الوكيل ان الاختلاف في فعله وهو امين وان الظاهر ان الشيء يشترى بقيمته وهو قوي ووجه تقديم قول الموكل اصالة براءته عن الزائد ولان في ذلك اثبات حق للبائع على الموكل فلا يسمع ولا فرق في ذلك بين كون الشراء بالعين وفي الذمة لثبوت الغرم على التقديرين قوله اذا اشترى لموكله اه اما مع الجهل فلان العقد وقع معه والثمن لازم له ظاهرا فله مطالبته واما مع العلم بكونه نائبا عن غيره فلا حق له عنده بل عند الموكل والمراد بالجهل بالوكالة كونه مستمرا الى ان حصل القبض فلو كان جاهلا وقت العقد ثم علم بكونه وكيلا ثم ثبتت وكالته فالمطالب الموكل ويحتمل بناء استحقاق المطالبة للوكيل استصحابا لما كان ولامكان عدم رضاه بمطالبة الموكل لو علم ابتداء ولا يكفي في ثبوت الوكالة اعتراف الموكل بها لامكان تواطئهما على اسقاط حق المشتري عن مطالبة الوكيل لكن هنا له الرجوع على من شاء منهما صرح به في كره ووجه التخيير مط ان الحق على الموكل والعقد مع الوكيل وهو ضعيف والمذهب هو الاول واعلم ان الحكم بمطالبة الموكل مع العلم والوكيل مع الجهل لا يتم ايضا على اطلاقه لان الثمن لو كان معينا لم يكن له مطالبة غير من هو في يده بل الاولى ان يقال في المسئلة ان الثمن اما ان يكون معينا او مطلقا وعلى التقديرين فاما ان يسلم الى الوكيل اولا وعلى التقادير فاما ان يكون البائع عالما بوكالته او غير عالم وحكمها انه متى كان الثمن معينا فالمطالب به من هو في يده سواء في ذلك الوكيل والموكل وان كان في الذمة ودفعه الموكل الى الوكيل تخير البائع في مطالبة ايهما شاء مع علمه بالوكالة اما الوكيل فلان الثمن في يده واما الموكل فلان الشراء له وما دفع لم يتعين في الثمن بعد وان لم يكن دفعه الى الوكيل فله مطالبة الوكيل مع جهله بكونه وكيلا وعدم البينة عليهما والموكل مع علمه وهذا التقسيم الاخير يصلح لمسئلة الكتاب قوله اذا طالب الوكيل الى قوله ان الموكل ابراه وجه التكذيب ان مقتضى اقامة البينة استحقاقه المطالبة فتفسير ذلك رد لمقتضاها هذا لا يلتفت اليه ويشكل بان نفي الاستحقاق اعم من تكذيب البينة لجواز كون سببه طرو العزل او الابراء عن الحق او الاداء الى الموكل او الى وكيل اخر فينبغي ان تسمع دعواه ومن ثم استشكل الحكم في عد ويمكن دفع الاشكال بان نفي الاستحقاق لما كان مشتركا بين ما يسمع وما لا يسمع لم يسمع لانه لا يعد دعوى شرعية حتى يحررها قوله تقبل شهادة الوكيل اه لعدم المانع بخلاف ما له فيه ولاية لانه يثبت لنفسه حقا ولو شهد عليه قبل مط قوله ولو عزل فشهد اه لانتفاء المانع من القبول خلافا لبعض العامة حيث ردها مط نظرا الى ان مجرد عقد الوكالة اوجب الحصر وبطلانه واضح قوله لو وكل بقبض دينه الى قوله وفيه تردد منشأ التردد من الاختلاف في فعل الوكيل فيقدم قوله فيه لانه امين ومن اصالة بقاء حق الموكل عند الغريم والاقوى تقديم قول الوكيل قوله اما لو امره ببيع سلعة الى قوله على الغريم وفي الفرق نظر نبه اولا على الفرق بين المسئلتين مع اشتراكهما في موجب تقديم قول الوكيل والموكل بان الموكل يدعي على الوكيل ما يوجب الخيانة وهو تسليم المبيع قبل قبض الثمن فيكون القول قول الموكل ووجه التردد في الفرق اشتراكهما في كون النزاع في تصرف الوكيل وقد تقدم ان قوله مقبول فيه فينبغي ان يقدم قوله في الصورتين فان المص قد تردد في الحكم الاول وجزم بالثاني فيكون الاستشكال في الفرق راجعا الى رد الاول الى الثاني لا الى عكسه وان امكن من حيث

اشتراكهما في اصالة عدم القبض لان دعوى الخيانة في الثانية لا ارادة لها وهي امر زائد على ما يوجب في تقديم كل منهما وهذا كله انما يتم مع كون التسليم موقوفا على القبض كالوكالة في البيع حالا ولم يصرح له بالاذن في تسليم المبيع قبل قبض الثمن اما مع الاذن او كون الثمن مؤجلا فلا فرق في تقديم قول الموكل بين تسليم المبيع وعدمه الا انه يشكل بما قلناه من ان مرجع ذلك الى دعوى الوكيل التصرف والتلف وقوله مقدم فيهما وغايته ان يتوجه في دعوى القبض هنا التلف وقد يندفع الثاني بان التلف الذي تسمع دعواه فيه ما كان بعد تحقق وصول المال اليه وهو منتف هنا واما التصرف فكما يكون بعد وصول المال اليه كذلك يكون قبله بل هو لا يجامعه كالوكيل في البيع خاصة وقد يكون التصرف هو القبض كما اذا كان وكيلا فيه خاصة واعلم انه متى قدم قول الوكيل في القبض فهل يحصل بذلك براءة المشتري من الثمن الظاهر ذلك لان الحق واحد فاذا قبل قول الوكيل في قبضه كيف يوجب ايجابه على المشتري ويحتمل عدم براءته بذلك لاصالة عدم الاداء وانما قبل في حق الوكيل لاستيمانه وهذا المعنى مفقود في المشتري اذ لا يقبل قوله في ذلك لو كان النزاع معه ابتداء ونقل العلامة عن هذا الاحتمال المبالغة كره ولكن لو ظهر في المبيع عيب القول الاول للشيخ ره معللا بما ذكره وموضع الخلاف ما اذا علم كونه وكيلا كما يرشد اليه التعليل والاقوى ما اختاره المصنف لان الملك له والوكيل نائب عنه والبائع في الحقيقة هو الموكل ووصول الثمن اليه وعدمه لا مدخل له في هذا الحكم اصلا بل لا يجوز رده على الوكيل لانه ينعزل بالبيع ان لم يكن وكيلا في قبض المبيع على تقدير رده بالعيب وكيف كان فقول الشيخ ضعيف وكذا تعليله

بسم الله الرحمن الرحيم

قوله **كتاب الوقوف والصدقات** الوقف عقد ثمرته تحبيس الاصل واطلاق المنفعة عرف الوقف بعض ثمرته الحديث الوارد عنه صلى الله عليه وآله انه قال حبس الاصل وسبل الثمرة والمراد بتحبيس الاصل المنع من التصرف فيه تصرفا ناقلا للملك وبتسبيل الثمرة اباحتها للجهة الموقوف عليها بحيث يتصرف فيها كيف شاء كغيرها من الاملاك وعدل المصنف الى اطلاق المنفعة لانه اظهر في المراد من التسبيل ومع ذلك فليس تعريفا حقيقيا والا لانتقض بالسكنى وشبهها لانها تقتضي الحاصلين وارادة تحبيس الاصل على الدوام ليخرج تلك الثلاثة خروج عن اطلاق معنى التحبيس فانه اعم من المؤبد مع ان ارادة ما لا يدل عليه ظاهر التعريف معيب فيه ولا انتقاضه ايضا بالوقف المنقطع الاخر فانه صحيح وليس بمؤبد الا ان يقال انه حبس كما عبر به بعضهم وهو ممنوع وان كان في معناه وقريب من تعريف المص ما عرفه به الشهيد في س من انه الصدقة الجارية تبعا لما ورد في الحديث عنه اذا مات المؤمن انقطع عمله الا من ثلثة ولد صالح يدعو له وعلم ينتفع به بعد موته وصدقة جارية قال العلماء المراد بالصدقة الجارية الوقف وهو تعريف ببعض الخواص ايضا والا فانه صادق على نذر الصدقة كذلك والوصية بها قوله واللفظ الصريح فيه وقفت لا غيره لما كان الوقف من العقود الناقلة للملك على وجه اللزوم اما للعين او المنفعة افتقر الى لفظ يدل عليه صريحا كغيره من التمليكات ليكون دالا على القصد القلبي الذي هو العمدة في النقل ولا خلاف في ان لفظ وقفت صريح فيه لانه اللفظ الموضوع له لغة وشرعا وفي لغة شاذة اوقفت بزيادة الهمزة والظاهر ان الصيغة بها صحيحة وان كانت غير فصيحة قوله واما حرمت وتصدقت فلا يحمل على الوقف الا مع القرينة الخ لا خلاف في ان الصيغة الاولى صريحة ولا خلاف في عدم صراحة هاتين الصيغتين فيه ومثلهما ابدت وانما هي كناية عنه تفتقر في الدلالة عليه الى ضميمة او انضمام لفظ اخر اليها يدل عليه منضما اليها صريحا كقوله صدقة موقوفة او محبسة او دائمة او مؤبدة او لا تباع ولا توهب ونحو ذلك وانما لم تكن صريحة فيه بدون الضميمة لاشتراكها في الاستعمال بينه وبين غيره كالتمليك المحض واخراج الزكوة والصدقة المطلقة والهبات ونحوها هذا كله بالنظر الى دلالة اللفظ بحيث يحكم عليه به لو سمع منه ظاهرا واما فيما بينه وبين الله تعالى فان نوى بها الوقف تعين والا فلا والفرق بينه وبين الصريح مع اشتراكهما في اعتبار القصد الى اللفظ ان الصريح يحمل عليه ظاهرا كما قررناه وان لم يكن قصده في نيته بخلاف الكناية فانه لا يحكم عليه بها الا باعترافه بكونه قد قصد به وهو معنى كونه يدين بنيته وهو في لفظ المص بضم الدال وتشديد الياء مكسورة بالبناء للمفعول ومعناه انه يوكل الى دينه اذا ادعى بغير الصريح الوقف او ضده وفي قوله ولو نوى بذلك الوقف دين بنيته ثم في قوله نعم لو اقر انه قصد ذلك حكم عليه الى اخره حزازة لان ظاهره ان ادانته بالنية على تقدير النية وان اقراره بقصده ليس من الادانة ومن ثم استدرك بنعم والاولى ان يقول كما اشرنا اليه انه يدين بنيته لو ادعى ارادة الوقف او ضده بقي هنا امور الاول انه فرق في كره بين اضافة لفظ الصدقة الى جهة عامة كقوله تصدقت بهذا على المساكين واضافته الى جهة خاصة كقوله لمعين تصدقت عليك او عليكم وجعل الاول ملحقا بالصريح ويكون وقفا بخلاف الثاني فانه يرجع فيه الى نيته كما اطلقه غيره والفرق غير واضح الثاني ان ظاهر العبارة وغيرها وصريح عد وكره ان كل واحد من الالفاظ الثلثة كناية عن الوقف ويقع به مع نيته او انضمام غيره اليه على ما قرره الامر فيه كذلك ولكن ذكر الشهيد في س ان ظاهر الاصحاب يدل على ان تصدقت وحرمت صيغة واحدة فلا تغني الثانية عن الاولى مع القرينة وما ادعاه من الظاهر غير ظاهر الثالث الحق فيهما بالتصريح ما لو قال جعلته وقفا او صدقة مؤبدة محرمة فاكتفى بها بلا دعوى النية وهو حسن لصراحته فيه الآن فيخرج وجاء في صيغة الوقف المنقولة وظاهرهم عدم المسامحة في مثل ذلك وان كان الاولى الاكتفاء بكل لفظ يدل على المطلوب صريحا قوله ولو قال حبست وسبلت قيل يصير وقفا الى قوله وهذا اشبه قد استفيد من ذلك وما قبله ان صيغ الوقف خمسة وبما ذكرناه ستة واحدة لا تتوقف على الضميمة اجماعا واثنتان تتوقفان على خلاف وهما حبست وسبلت فذهب جماعة منهم العلامة في كره وعد الى انهما صريحان كوقفت ومثلهما احبست بزيادة الهمزة بغير اشكال نظرا الى الاستعمال العرفي لهما فيه مجردين كما ورد في الخبر الذي نقله المص فانه اطلق عليه تحبيس الاصل وفيه ان مجرد الاستعمال اعم من الحقيقة والظاهر وجود القرينة في هذا الاستعمال ومعها لا اشكال وقد وقع اطلاق الصدقة عليه في وقف امير المؤمنين عليه السلام وفي بعض ذريته وحمل على الوقف لانضمام القرائن اللفظية بعده فكذا هنا والاقوى ما اختاره من افتقارها الى القرينة اللفظية او النية وهو اختيار ره انه في غير هما لاشتراكهما في الاستعمال بينه وبين غيره والموضوع للمشترك لا يدل على شيء من الخصوصيات ولاصالة بقاء الملك الى ان يحصل الناقل الشرعي وهو

غير معلوم واعلم ان ظاهر كلامه حيث اعتبر الايجاب ولم يتعرض للقبول انه غير معتبر في الوقف مطلقا وهو ظاهر الاكثر واحد الاقوال في المسئلة ووجهه اصالة عدم اشتراطه اذ ليس في النصوص ما يدل عليه ولانه كالاباحة خصوصا اذا قلنا ان الملك فيه ينتقل الى الله تعالى ولانه فك ملك فيكفي فيه الايجاب كالعتق واستحقاق الموقوف عليه المنفعة كاستحقاق المعتق منافع نفسه والقول الثاني اعتباره مطلقا لاطباقهم على انه عقد فيعتبر فيه الايجاب والقبول كسائر العقود ولان ادخال شيء في ملك الغير بدون رضاه بعيد ولاصالة بقاء الملك على مالكه بدونه وفصل ثالث فاعتبره ان كان الوقف على جهة خاصة كشخص معين او جماعة معينين لما ذكر ولامكان القبول حينئذ وان كان على جهة عامة كالفقراء والمسجد لم يعتبر لانه حينئذ فك ملك ولان الملك ينتقل فيه الى الله تعالى بخلاف الاول فانه ينتقل الى الموقوف عليه وقد يظهر من المص ذلك ميلا الى اختياره ولعله اقوى وحيث يعتبر القبول مطلقا او على بعض الوجوه يعتبر فيه ما يعتبر في غيره من العقود اللازمة من اللفظ الصحيح العربي المطابق للايجاب المتعقب له بغير فصل يعتد به الى غير ذلك من الشروط ويتولاه في المصالح العامة على تقدير القول باعتباره الناظر عليها كالحاكم ومنصوبه كما يتولى غيره من المصالح وعلى القولين لا يعتبر قبول البطن الثاني ولو كان متعددا ولا رضاه لتمامية الوقف قبله فلا ينقطع ولان قبوله لا يتصل بالايجاب فلو اعتبر لم يقع له كغيره من العقود اللازمة قوله ولا يلزم الا بالاقباض لا خلاف بين اصحابنا في ان القبض شرط لصحة الوقف فلا ينعقد بدونه كما لا ينعقد بالايجاب بمجرده عن القبول او بالعكس فيكون القبض جزء السبب الناقل للملك وعبارة المص تقتضي انه شرط في اللزوم فقد لا ينعقد ذلك ولكنه فيما سيأتي سيصرح بما ذكرناه حيث يقول في القسم الرابع والقبض شرط في صحته وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بين العقد والقبض على تقدير حصوله فانه للواقف على ما حققناه وعلى ظاهر كونه شرطا في اللزوم لا يبعد ان يكون للموقوف عليه وان لم يلزم فان اللزوم غير معتبر في ملك النماء حيث يتحقق العقد الناقل وان كان جائزا عند المص وغيره من المحققين كما نبه عليه في البيع بخيار ونحوه ولعله حاول التنبيه لزومه بعد القبض الرد على بعض العامة حيث جعله لازما بمجرد الصيغة وان لم يقبض فاتى بعبارة ترد عليه بالصريح ولم يعتبر دلالة مفهومها ثم صرح بمراده بعد ذلك قوله واذا تم كان لازما لا يجوز الرجوع فيه لا خلاف في لزوم الوقف حيث يتم عند علمائنا وانما نبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث زعم انه لا يلزم بمجرده وللواقف الرجوع فيه ولورثته بعده الا ان يرضوا به بعد موته فيلزم او يحكم بلزومه حاكم قوله وقيل يمضي من اصل التركة والاول اشبه هذا هو الاظهر وقد تقدم الكلام فيه وسيأتي تحقيقه في الوصايا قوله ولو جهل المتقدم الخ وجه الاول اصالة عدم تقدم كل منهما على الاخر فيحكم بالاقتران لان ذلك قضية كل حادثين اشتبه سبق كل منهما بالاخر وتأخره عنه ووجه القرعة انها لكل امر مشتبه او معلوم عند الله مشتبه عندنا وهو هنا كذلك وهذا هو الاقوى لكن ان احتمل السبق والاقتران في كل منها افتقر الى رقاع توضع لحال على جميع التقادير الممكنة وهي سبق كل واحد ولحوق الباقي مرتبا ومفترقا واقتران الجميع وان علم عدم الاقتران اقتصر على كتابة رقاع بسبق كل واحد فاذا خرج واحد قدم ثم اخرج على الباقي الى ان يبقى واحد فيكون هو المتأخر وكيفية القرعة على الاول لا يخرج عن اشكال لان الغرض استخراج ما يمكن من الفروض وهي هنا على تقدير كون الواقع وقفا وعتقا وبيعا بمحاباة كما فرضه المص ثلثة عشر منها مع سبق الوقف ثم العتق ثم البيع او مع تقدم البيع وسبق البيع مع الصورتين فهذه ست ومقارنة اثنتين منها وهي ست ايضا اقتران الوقف والعتق سابقين وتأخر البيع ولاحقين له وتقارن العتق والبيع سابقين على الوقف ولاحقين له واقتران الثلثة فتفتقر القرعة الى كتبة رقاع تصح على جميع الاحتمالات فيكتب سبع رقاع في احديها الوقف وفي الثانية العتق وفي الثالثة البيع وفي الرابعة الوقف والعتق وفي الخامسة الوقف والبيع وفي السادسة العتق والبيع وفي السابعة اجتماع الثلثة ثم يخرج واحدة فان ظهرت احد المنفردين قدم واخرج اخرى فان ظهر منفردا او مجتمعا مع غيره عمل به ثانيا واستغنى به عن الثالث وان ظهر السابق مع غيره او الثلثة اطرحت واخرج غيرها كما ذكر وان ظهر اولا رقعة الثلثة افاد الاجتماع او رقعة اثنين جمع بينهما سابقا وحكم بتأخر الثالث ولو كتب ابتداء ثلثة عشر رقعة بعدد الاحتمالات واخرج على الوجه الذي صورناه فالظاهر الاجزاء هذا هو الذي يقتضيه تحقيق حال القرعة والاكثر الاصحاب خال عن تحريره قوله اذا وقف شاة كان صوفها ولبنها الخ نبه بالنظر الى الرد على ان حكمهما ان لا يدخلان في الوقف لانهما منافع خارجة عن حقيقة الشاة التي تعلقت صيغة الوقف بها لكن لما دل العرف على كونهما كالجزء منها تبعا ولهما العقد كما تبعا ولهما بخلاف الحمل فانه وان كان يماثلهما في الاتصال الذي هو في قوة الانفصال الآن العرف لم يجعله كالجزء والاصل عدم دخوله كغيره لولا دليل خارج يعتبره والمراد انما الصوف واللبن الموجودان على الظهر وفي الضرع فلو احتلب اللبن او جز الصوف لم يدخلا قطعا ولا يرد ان تناول العقد لهما يقتضي كونهما من جملة الموقوف عملا بمقتضى العقد فلا يجوز التصرف فيهما كالاصل لانا نمنع من كون تناول العقد يقتضي ذلك وانما يقتضي تحبيس الاصل واطلاق الثمرة فيلحقهما حكمها كما يشملها اسم الثمرة اذا تجددا وانما دخلا في العقد تبعا لدلالة العرف كما قررناه ولو كان الموقوف شجرة فنماؤها الموجود للواقف والمتجدد للموقوف عليه كالحمل وحكم الاغصان المعتادة للقطع حكم الثمرة بالنسبة الى المنفعة لكنها يدخل في الوقف مطلقا كالصوف على الظهر ولا فرق في الثمرة بين النخل وغيرها فلا يدخل الموجود وان لم تؤبر فان ذلك التفصيل حكم مختص بالبيع كما سلف قوله ان يكون عينا مملوكة يطلق العين على ما يقابل الدين فيقال المال اما عين او دين وعلى ما يقابل المنفعة فيقال اما عين او منفعة ويجوز الاحتراز بالعين هنا عن كل واحد من الثلثة لعدم جواز وقفها وقد اشار في التفصيل الى الاولين منها وترك الثالث اما عدم جواز وقف الدين فظ لان الوقف يقتضي اصلا يحبس ومنفعة تطلق وذلك يقتضي امرا خارجيا يحكم عليه بالتحبيس والدين في الذمة امر كلي لا وجود له في الخارج فوقفه قبل التعيين كوقف المعدوم ومن ثم اختار واعدم جواز هبة الدين لغير من هو عليه لما ذكرناه ولا يقدح تجويز هبته لمن هو عليه لانه ابراء له واسقاط لما في الذمة فلا يتوقف على عين خاصة بخلاف الموقوف فانه يتضوع بقائها وتقييدها عن التصرف ولكن يشكل ذلك عند القائل بجواز هبة الدين لغير من هو عليه مع توقفها على قبضه فانه يلزم الجواز هنالك وما يقال في الفرق من ان الوقف شرطه التنجيز ومع عدم تعيينه يكون تحققه موقوفا على امر اخر بعد العقد وهو ينافي تنجيزه

مندفع بان الهبة شرطها التنجيز كذلك ولم يمنع صحتها تأخر القبض وكذا الوقف ولان المتأخر عن صيغتها هو القبض وهو غير مناف لتنجيز الصيغة كالوكالة مع تعليقها لخصوصا على ما تقدم نقله في البيع عن الشهيد ره في بيع السلم قبل القبض على غير من هو عليه من ان المعقود لا تنتقل ماهيته الكلية ثم عينت في ضمن شخصية انصبّ العقد عليها وكانت كانها المعقود عليها ابتداء الا انا قد بينا ثمّ ضعفه ونزيد هنا ان الماهية الكلية لما لم يكن لها وجود في الخارج لم يكن الموقوف موجودا حال العقد فكان في معنى وقف المعدوم وان وجد بعد ذلك واعلم انه لا فرق في الدين بين الحال والمؤجل على الموسر والمعسر لاشتراك الجميع في المعنى المبطل واما عدم جواز وقف المبهم سواء استند الى معين كفرس من هذه الافراس او الى غير معين كفرس فلما ذكر في الدين من انه غير المعين باعتبار كليته غير موجود ويزيد الثاني انه غير مملوك ايضا وهما مناط الوقف واما المنفعة فوقفها مناف للغاية المطلوبة من الوقف من الانتفاع مع بقاء عينه لان الانتفاع بها يستلزم استهلاكها شيئا فشيئا ولا يكفي مجرد امكان الانتفاع مع عدم بقاء العين محبسة ولجواز التصرف في العين فتبقى المنافع فيفوت الغرض منها ولو قيل ان استحقاق الانتفاع المؤبد بالعين يمنع من التصرف فيها كالعمرى واختيها التزمنا ان ذلك عمرى او وقف ان جوزناها بما دل عليها من الالفاظ مط والا منعنا الامرين وان شاركت العمرى في هذا المعنى حيث يصرح بها وبالجملة فمدلول الوقف هو العين لينتفع بها لا المنفعة وحدها وان تبعها العين في المنع من التصرف فيها قوله وكذا لو قال وقفت فرسا او ناضحا او دارا ولم يعين اى لم يعينها بالشخص وان عينها بالوصف الرافع للجهالة مع بقائها بالكلية والمراد بالناضح البعير الذي يستقى عليه قاله الجوهري قوله ويصح وقف العقار الى الوجه في ذلك كله وجود المقتضي للصحة وهو تحبيس الاصل واطلاق المنفعة وانتفاء المانع فيثبت الصحة وهو محل وفاق ونبه بها على خلاف ابي حنيفة حيث منع من وقف الحيوان والكتب ومالك حيث منع من وقف المنقول مط ويبطله ما تقدم وقوله اما خالد فانه قد حبس ادراعه واعبده في سبيل الله واقراره اباه معقل حيث وقف ناضحه في سبيل الله قوله وكذا يصح وقف الكلب المملوك والسنّور اراد بالمملوك احد الكلاب الاربعة فانه لا مانع من وقفه ممن جوزنا وقف الحيوان ونبه بذلك على خلاف بعض العامة المانع من وقفه بناء على انه لا يملك مط قوله ولا وقف الابق لتعذر التسليم لما تحقق ان القبض شرط في صحة الوقف وكان الابق المتعذر تسليمه لا يمكن قبضه لم يصح وقفه ومثله الجمل الشارد ونحوه لكن يشكل بان القبض المعتبر في الصحة غير فوري فح فلا مانع من وقوع الصيغة صحيحة وصحة الوقف مراعاة بقبضه بعد ذلك وان طال الزمان فان تعذر بطل وهذا بخلاف البيع فانه معاوضة محضة من الجانبين وشرطها امكان تسليم العوضين في الحال بالنص فلا يتعدى الى غيره للاصل ولو قدر الموقوف عليه على تحصيله فالاولى بالصحة لزوال المانع ولا عبرة بالضميمة هنا لان شرط الوقف القبض ولا يكفي قبض بعض الموقوف وهو هنا الضميمة عن الباقي وعلى هذا فبين حكم البيع والوقف بالنسبة الى الابق عموم وخصوص من وجه قوله وهل يصح وقف الدنانير والدراهم قيل لا وهو الاظهر لانه لا نفع لها الا التصرف فيها وقيل يصح لانه قد يفرض لها نفع مع بقائها وذلك النفع هو التحلي بها وتزيين المجلس والضرب على سكتها ونحو ذلك ووجه الخلاف مع ذلك الشك في كون هذه المنفعة مقصودة للعقلاء عادة ام لا فان اظهر منافعها انفاقها وهو لا يتم الا باذهاب عينها المنافي لغاية الوقف والاقوى الجواز لان هذه المنافع مقصودة ولا يمنع قوة غيرها عليها نعم لو انتفت هذه المنافع عادة في بعض الازمان او الامكنة اتجه القول بالمنع قوله ولو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه اراد الصحة المنفية في الاول بمعنى اللزوم لئلا ينافي ما استحسنه بعده ويمكن ان يريد بها معناها المتعارف ويجعل ذلك جاريا على مذهب الغير ثم ذكر ما اختاره ومرجع الخلاف الى ان تصرف الفضولي الملحق بالاجازة قد وقع شرعا في مثل البيع بالنص وغيره من العقود مساوله في المعنى وان الوقف عقد صدر من صحيح العبارة ولا مانع فيه الا وقوعه بغير اذن المالك وقد زال المانع باجازته فدخل تحت الامر العام بالوفاء بالعقد فيصير الاجازة كالوقف المستأنف من المالك وهذا هو الذي حسنه المص وان عبارة الفضولي لا اثر لها من حيث عدم الملك وقبح التصرف في ملك الغير فلا يترتب عليه اثر وتاثير الاجازة غير معلوم في غير موضع النص ويحقق الفرق بين الوقف والبيع لان بعض اقسامه فك ملك كالعتق فلا يقبل الفضولي فيهيئته من حيث هو مغايرة للبيع وان واضه في بعض الافراد لو قيس عليه ويتوقف منه في كرة والشهيد ره في بعض ذلك وله وجها اخر وان كان ما اختاره اوجه قوله ويصح وقف المشاع وقبضه كقبضه في البيع لا خلاف في صحة وقف المشاع كغيره لتحقق الغاية المقصودة من الوقف فيه ولامكان قبضه كما يجوز بيعه وغيره من العقود ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث منع من وقفه بناء على دعواه عدم امكان قبضه والاصل ممنوع فان المشاع يصح قبضه كما يصح قبض المقسوم لانه ان كان هو التخلية فامكانه واضح وان كان هو النقل فيمكن وقوعه باذن الواقف والشريك معا وقد تقدم تحقيقه في البيع وان المختار توقفه على اذن الشريك ان كان منقولا وعدمه ان كان عقارا قوله وفي وقف من بلغ عشرا تردد اه اشار بقوله والمروي جواز صدقته بعد تردده في جواز وقفه الى ان وقفه لم يرد به نص بخصوصه وانما ورد بجواز صدقته لكن الشيخ وجماعة عدوه الى الوقف نظرا الى انه بعض افراد الصدقة بالمعنى الاعم والرواية رواها زرارة عن الباقر ع قال اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز في ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حد معروف وهو حاير وغريب منه رواية سماعة ومثل هذه الاخبار الشاذة المخالفة لاصول المذهب بل اجماع المسلمين لا تصلح للتاسيس لهذا الحكم وفي قول المص والاولى المنع دلالة على المنع مع الميل اليه لان لفظ الاولى لا يمنع النقيض واسند لا انه يتوقف رفع الحجر على البلوغ والرشد نوع من الاستدلال بالمتنازع لان المجوز لا يسلم الحجر عليه في هذا التصرف الخاص لكن لما كان الحجر عليه في النصوص والفتاوى مط بل الاجماع عليه في الجملة اقامه مقام الدليل على المنع وان كان لا يخرج عن شيء قوله ويجوز ان يجعل الواقف النظر لنفسه اه الاصل في حق النظر ان يكون للواقف لانه اصل واحق من يقوم بامضائه وصرفه في اهله فاذا وقف فلا يخ اما ان يشترط في عقد الوقف النظر لنفسه او لغيره او لهما او لا يشترط شيئا فان شرطه لنفسه صح ولزم وان شرطه لغيره صح بحسب ما عينه عملا بمقتضى الشرط المشروع وقد شرطت فاطمة ع النظر في حوائطها السبعة التي وقفتها لامير المؤمنين ع ثم الحسن ثم الحسين ثم الاكبر

من ولدها وشرط الكاظم ع النظر في الارض التي وقفها للرضا عليهما السلام واخيه ابراهيم فان انقرض احدهما دخل القاسم مع الباقي الخ وهذا كله مما لا خلاف فيه وان اطلق ولم يشترط النظر في متن العقد الى احد بني الحكم على انتقال الملك فان جعلناه للواقف او للموقوف عليه مط فالنظر له وان جعلناه للموقوف عليه ان كان معينا ولله ثم ان كان على جهة عامة كما هو الاقوى فالنظر في الاول الى الموقوف عليه وللحاكم الشرعي في الثاني لانه الناظر العام حيث لا يوجد خاص ويصير الواقف في ذلك بعد العقد كالاجنبي ثم ان تعدد الناظر الثابت بالخصوص او بالعموم اشتركا فيه فليس لاحدهم التفرد ويتأدى الباقون وان اتحد المختص به ان انفرد بذلك فنقول حيث قلنا ان النظر الى الواقف ابتداء او مع شرطه فالنظر اليه سواء كان عدلا ام لا لانه نقل ملكه عن نفسه على هذا الوجه فيتبع شرطه وان كان الى غيره بشرطه اشترطت عدالته فان لم يكن عدلا او خرج منها خرج من النظر وكان الحكم فيه كما لو اطلق ويشترط فيه مضافا الى العدالة الاهتداء الى كيفية التصرف كما يعتبر ذلك في الوصي ولو عادت اليه العدالة بعد خروجه عاد اليه ان كان مشروطا من الواقف والا فلا وبما ذكرناه من عدم اشتراط عدالته ان شرطه لنفسه قطع في كرة مع احتمال اشتراطها مط لخروجها بالوقف عن الملك وصارت لغيره فلابد من اعتبار الثقة في التولية كما يعتبر في غيره ثم الناظر المشروط في نفس العقد لازم من جهة الواقف لا يجوز له عزله مط لعموم الامر بالكون مع الشرط ولو كان منصوبا من قبله بعده بالنظر المتأول لله جاز له عزله متى شاء لانه كالوكيل ولا يجب على المشروط له النظر القبول للاصل ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار لانه غير واجب في الاصل فيستصحب فان رده صار كما لا ناظر له ابتداء فيتولاه الحاكم او الموقوف عليه ويحتمل الحاكم مط لخروج الموقوف عليه عن استحقاق النظر بشرطه فعوده اليه يحتاج الى دليل بخلاف الحاكم فان نظره عام وكما يجوز النظر لواحد يجوز لمتعدد موجود ويجوز جعله لمتعدد كنظرهم في بطون وذريته وما شاكل ذلك عملا بعموم الامر بالوفاء بالشرط ثم ان شرط للناظر شيئا من الريع جاز وكان ذلك اجرة عمله ليس له زيد منه وان كان اقل من الاجرة وان اطلق فله اجرة مثل عمله على الاقوى واعلم ان وظيفة الناظر في الوقف العمارة اولا وتحصيل الريع وقسمته على المستحق وحفظ الاصل والغلة ونحو ذلك من مصالحه هذا كله مع الاطلاق ولو فوض اليه بعضها اختص به ولو شرك معه غيره مط اشتركا على الاجتماع كما مر او خص كلا بمصلحة اختص بحسب ما عين او فوض لكل منهما الاستقلال على الاجتماع والانفراد اتبع ولو اختص احدهما بالعدالة او بقي عليها ضم اليه الحاكم حيث لا يكون منفردا او انضم الى الموقوف عليه ان انتقل اليه النظر كما تقدم وحيث يتحقق الناظر بوجه لا يجوز التصرف في شيء من الاعمال المذكورة ولا في شيء من الغلة الا باذنه وان كان المتصرف هو المستحق لها والناظر غيره عملا بالشرط هذا هو الذي يقتضيه اطلاق النص والفتوى الا ان فيه اشكالا من وجهين احدهما ما لو كان الموقوف عليه متحدا اما ابتداء او لاتحاده في بعض الطبقات اتفاقا فانه مختص بالغلة فتوقف تصرفه فيها على اذن الناظر بعيد لعدم الفائدة خصوصا مع تحقق صرفها اليه بان تكون فاضلة عن العمارة وغيرها مما يقدم على القسمة بقينا نعم لو اشكل الحال توقف على اذنه لاحتمال ان يحتاج اليها او الى بعضها في الامور المتقدمة على اختصاص الموقوف عليه وثانيهما الاوقاف العامة على المسلمين ونحوهم التي يريد الواقف انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمرة اذا مر بها كاشجار الثمار فان مقتضى القاعدة ايضا عدم جواز تصرف احد منهم في شيء منها الا باذن الحاكم ولا يخ من اشكال وتفويت لكثير من اغراض الواقف بل ربما دلت القرينة على عدم ارادة الواقف النظر على هذا الوجه بل يريد تفويض الانتفاع الى كل واحد من افراد تلك الجهة العامة فكانه في قوة جعل النظر اليه لكن هذا كله لا يدفع الاشكال لما تقدم من انه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر لاحد يصير كالاجنبي وينتقل الحكم الى الحاكم فلا عبرة بقصده خلاف ذلك حيث لا يوافق القواعد الشرعية وجعل مثل هذا الاطلاق نظرا لكل واحد في حيز المنع وبالجملة فهذه القواعد الشرعية المتفق عليها لا تندفع بمثل هذا الخيال وينبغي ان يقال ان المنحصر على هذا الوجه يأثم خاصة ويملك حيث لا يجب صرف الثمرة في الامور المتقدمة على صرفها الى الموقوف عليه وكذا القول في تصرف الموقوف عليه المتحد اما المتعدد فلا لان قسمتها وتميز حق كل واحد من الشركاء يتوقف على الناظر وح فيكون كالتصرف في المال المشترك بغير اذن الشريك فيستقر في ذمته حصة الشريك من ذلك ولم اقف في هذه الاحكام للاصحاب على شيء فينبغي تحرير النظر فيه قوله او على حمل لم ينفصل لم يصح الحمل على المعلوم لا يخ من ان يجوز لانه في نفسه موجود غاية استتاره وانما شارك في الحكم لعدم صحة الوقف عليه من جهة اخرى وهي اهلية الموقوف عليه للتملك فانها شرط من حيث ان الوقف اما تمليك العين او المنفعة ان قلنا ان الوقف يملكه الموقوف عليه واما تمليك المنفعة ان لم نقل به والحمل لا يصلح لشيء منهما والفرق بين الوقف عليه والوصية له ان الوصية تتعلق بالمستقبل وليس فيها نقل في الحال بخلاف الوقف فانه تسليط على الملك في الحال فيشترط اهلية المنتقل اليه له قوله اما لو وقف على معدوم تبعا لموجود فانه يصح انما يصح تبعية المعدوم للموجود اذا امكن وجوده عادة وكان قابلا للوقف كما لو وقف على اولاده الموجودين ومن يتجدد منهم او عليهم وعلى من يتجدد من اولادهم ونحو ذلك اما لو جعل التابع من لا يمكن وجوده كالميت ولا يقبل الملك لم يصح مط فيكون مع جعله اخرا كمنقطع الاخر او وسطا فكمنقطع الوسط او اولا فكمنقطع الاول او ضمه الى الموجود بطل فيما يخصه خاصة على الاقوى قوله ولو بدأ بالمعدوم ثم بعده على الموجود اه هذا هو المنقطع الاول وصوره كثيرة يجمعها عدم صحة الوقف على الطبقة الاولى سواء كانت معدومة كامثل ام موجودة ولكن لا يقبل الملك كما ذكره في المسألة الاخرى بعدها وقد اختلف الاصحاب في حكمه فذهب المص والمحققون منهم الى بطلان الوقف راسا لانه لو صح لزم اما صحة الوقف مع عدم موقوف عليه او مخالفة شرط الواقف وجريانه على خلاف ما قصده والتالي بقسميه باطل فالمقدم مثله والملازمة ظاهرة لانه مع الصحة ان لم يجب اجراؤه على من يصح الوقف عليه المذكور او غيره لزم الاول وان انصرف الى من يصح الوقف عليه وهو الاخر منهم او غير المذكور لزم الثاني ويدل على بطلان الثاني قول العسكري ع في مكاتبة محمد بن الحسن الصفار الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ولا شبهة في ان الواقف لم يقصد الموجود ابتداء فلا ينصرف اليه بل يكون كالمعلق على شرط وهو باطل وبهذا يبطل ما قيل في جوابه فانا نلتزم انه

٣٤٨ موقوفا عليه ثم آن امكن انقراض الاول اعتبر انقراضه فيكون انقراضه شرطا في جواز الانتفاع لا في نفوذ الوقف والنماء للواقف او ورثته كمنقطع الوسط
او بيادي من لا يمكن انقراضه ويقال فيهما انه لما كان المصدق به حالا كان شرط الواقف كلا شرط فلا يلزم بمخالفته محال واتباع شرط الواقف انما
يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه لكنه موجود قطعا والواسطة غير صالحة للمانعية هذا غاية ما اجابوا وفساده يظهر بما قلناه ونزيده بيانا ان انقراض
الاول اذا جعل شرطا في انتفاع الثاني وجعل النماء للواقف زمانه لم يتحقق اخراج الوقف عن نفسه مطلقا فلم يقع صحيحا وقد قطع الاصحاب بانه لو شرط الوقف
وشرط لنفسه فيه شرطا من الغلة او وفاء دين ونحوه وان كان معلوما لم يصح مع انه شرط مضبوط غير مناف لتنجيز الوقف بخلاف المتنازع فيه وبناؤه
على منقطع الوسط رد الى المتنازع فيه فانه بمثابة منقطع الاول فيما بعد الانقطاع وان اراد فيما قبله فالفرق واضح وجعل ما لا يمكن انقراضه كشرط المحال
فيكون كلا شرط ضعيف لانه يرجع الى ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد بل يقتصر على الغائه وهو قول ضعيف وقد تقدم الكلام في ضعفه وان ذلك خلاف
المقصود الذي لا يتم العقد بدونه وقولهم ان الموقوف عليه موجود ان اراد به ابتداء فممنوع او بعد حين فلا ينفع فصلاحية الواسطة للمانعية والقول بالصحة
للشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط محتجا باصالة الصحة وانه ضم صحيح الى فاسد فلا يفسده وقد عرفت ان الاصالة انقطعت والضميمة مبطلة اذا عرفت ذلك
فعلى المختار من بطلان الوقف لا بحث وعلى القول بالصحة فهل يصرف منفعة الوقف في الحال الى من يصح في حقه ام لا وجهان قد ظهر من خلال دليل المجوز
وفصل الشيخ في ط فقال ينظر فان كان الذي بطل الوقف في حقه لا يصح اعتبار انقراضه مثل ان يقف على مجهول او ميت فانه يكون في الحال لمن يصح
الوقف في حقه فيكون الاول بمنزلة المعدوم الذي لم يذكر في الوقف لان وجوده كعدمه وان كان الموقوف عليه اولا يمكن اعتبار انقراضه كالعبد فمنهم
من قال يصرف اليهم في الحال لانه لا مستحق غيرهم وهو الصحيح ومنهم من قال لا يصرف اليهم في الحال لانه انما جعل منفعة الوقف لهم بشرط انقراض من قبلهم
والشرط لم يوجد فيصرف الى الفقراء والمساكين مدة بقاء الموقوف عليه اولا ثم اذا انقرض رجعت اليهم ولا يخفى عليك ضعف هذه الوجوه لعدم الدليل
عليها وعدم قصد الواقف لها فالمصرف على تقدير الصحة مشكل قوله وكذا لو وقف على من لا يملك اه الحكم فيه كما تقدم ويزيد القول بالصحة هنا ضعفا
لو كان من لا يملك لا يعرض انقراضه كالوقف على الميت والحائط او يجهل وقت انقراضه كالوقف على الملك فان انصراف الوقف ابتداء الى من يصح الوقف
عليه خلاف الشرط ولا مدة معلومة تترقب حتى يكون هناك شرط منضم الى وقف منجز كما في الوقف لكن الشيخ ره هنا جزم بانتقال الوقف الى من يصح عليه
ابتداء كما حكيناه عنه ولا يخفى ما فيه قوله ولا يصح على المملوك اه بناء على ان المملوك لا يملك شيئا او يملك ما لا يدخل فيه الوقف كفاضل الضريبة ولو
قلنا يملكه مطلقا صح الوقف عليه وان كان محجورا عليه اذا قبل مولاه ونبه بقوله ولا ينصرف الوقف الى مولاه على خلاف بعض العامة حيث جوز الوقف
عليه وجعله مصروفا الى مولاه ونبه بقوله لانه اه على وجه رده فان الوقف عقد والعقد تابع للقصد فكيف ينصرف الى مولاه وهو غير مقصود
قوله ويصح الوقف على المصالح اه اشار بالتعليل الى جواب سؤال يرد على صحة الوقف المذكور من حيث ان هذه المصالح المذكورة وشبهها لا تقبل التملك
وهو شرط صحة الوقف كما سلف وتقرير الجواب ان الوقف وان كان لفظه متعلقا بالجهات المذكورة الا انه في الحقيقة وقف على المسلمين القابلين للتملك
غاية ما هناك انه وقف على المسلمين باعتبار مصلحة خاصة لانهم المنتفعون بها فان الغرض من المسجد ترددهم اليه للعبادة واقامة شعار الدين ونحوه
فكانه وقف عليهم بشرط صرفه على وجه مخصوص وهو جائز ومثله الوقف على اكفان الموتى ومؤنة حفر قبورهم ونحو ذلك قوله ولا يقف المسلم على الحربي
اه هنا مسئلتان احديهما الوقف على الحربي والمشهور عدم جوازه مطلقا لقوله تعالى لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله
ولو كانوا آباءهم او ابناءهم الآية والوقف نوع مودة فيكون منهيا عنه خصوصا اذا اشترطنا في الوقف القربة فان النهي ينافيها ولان الوقف اذا
تم وجب الوفاء به وحرم تغييره ونقله عن وجهه ومال الحربي فيء للمسلم يصح اخذه وبيعه وهو ينافي صحته وربما قيل بجوازه لعموم قوله ص على كل كبد حراء
اجر وعموم قوله الوقوف على حسب ما يقفها اهلها وغيره من الاخبار الدالة باطلاقها عليه مع القدح في دليل المنع فان الظاهر من النهي عن المودة لهم من حيث
كونهم محادين لله والاثم محادتهم على وجه اللطف ونحوه من الاكرام وتحريم تغييره من حيث الوقف لا ينافيه من جهة اخرى وهي جواز التصرف في مال الحربي بانواع ع
التصرفات المستلزم لتغييره وكيف كان فالمذهب المنع والثانية وقف المسلم على الذمي وفيه اقوال احدها المنع مطلقا للآية المتقدمة وهو قول سلار وابن
البراج والثاني الجواز مطلقا وهو المص للعموم السابق وقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الآية والخبر
السابق والثالث الجواز اذا كان الموقوف عليه قريبا دون غيره وهو مختار الشيخين ره وجماعة جمعا بين ما ذكر وبين الاوامر الدالة على وجوب صلة
الرحم الدال على الجواز بتخصيص ذلك النهي بغير الرحم والرابع الجواز للابوين خاصة اختاره ابن ادريس ره بعد اضطراب كثير في فتوى المسئلة فانه
قال بعد حكاية كلام الشيخ بجوازه على ذي الرحم فقد قلنا ما عندنا في هذه المسئلة انه لا يجوز الوقف على الكفرة الا ان يكون الكافر احد الوالدين و
وجهه مضافا الى ما سبق قوله وصاحبهما في الدنيا معروفا ووصينا الانسان بوالديه حسنا فانه ليس من الصحبة بالمعروف ترك صلتهما مع
حاجتهما فيجب الجمع بين الادلة وكيف كان فالقول بالمنع مطلقا ضعيف وقول الماتن لا يخ من وجه واعلم انه لم يرد في عبارة المتقدمين الا الوقف على
الكافر غير المعلوم فانه صرح بالذمي ولعل مرادهم ذلك قوله ولو وقف على الكنائس والبيع لم يصح لما حكم بجواز الوقف على اهل الذمة وجواز
الوقف على المساجد ونحوها وحمله على كونه وقفا على المسلمين لانه من اهم مصالحهم احتمل كون الوقف على الكنائس والبيع جائزا اذا كانت لاهل
الذمة بناء على ان الوقف عليها وقف على اهل الذمة وانما خص ببعض مصالحهم فنبه على خلاف ذلك للفرق بين الجهتين فان الوقف على المساجد
مصلحة للمسلمين وهي مع ذلك طاعة وقربة فهي جهة من جهات المصالح المأذون فيها وكذا لو وقف على اهل الذمة انفسهم فانه يجوز لانه لا يستلزم
المعصية اذ نفعهم من حيث الحاجة وانهم عباد الله ومن جملة بني آدم المكرمين ومن حيث يجوز ان يولد منهم المسلمون لا معصية فيه وما يترتب

عليه

٣٤٩ عليه من اعانتهم به على المحرم كشرب الخمر واكل لحم الخنزير والذهاب الى الجهات المحرمة ليس مقصودا للواقف حتى لو فرض قصده حكمنا ببطلانه ومثله الوقف عليهم
لكونهم كفارا بل على فسقة المسلمين من تلك الحيثية بخلاف ما لو وقف على المسلم وصرفه في المعصية فانه لا يقدح نظرا الى القصد الاصلي فكذا هنا وهذا بخلاف
الوقف على الكنائس ونحوها فانه وقف على جهة خاصة من مصالح اهل الذمة لكنها معصية محضة لانه اعانة لهم على الاجتماع فيها للعبادات المنسوخة
والمحرمة والكفر فالمعصية حاصلة بالابتداء وبالذات فلم يقع الوقف صحيحا واما تعليل المنع من الوقف على الكنائس ونحوها بان من جملة منافع الوقف
عمارتها وهي محرمة بخلاف عمارة المساجد وباقي مصالح اهل الذمة فغير مطرد لان من الكنائس ما يجوز لهم عمارته بل هو الاغلب في بلاد الاسلام وتخصيصه
بكنيسة لا يجوز احداثها كالمحدثة في ارض الاسلام او ارضهم بعيد عن الاطلاق من غير ضرورة قوله وكذا لو وقف في معونة الزناة او قطاع الطريق او شارب
الخمر المراد انه وقف عليهم من حيث هم كذلك بان جعل الوصف مناط الوقف ووجه عدم الصحة ظاهر لانه معصية من حيث الاعانة على فعل المحرم اما الوقف
على شخص متصف بذلك لا من حيث كون الوصف مناطا صح سواء اطلق ام قصد جهة محللة قوله وكذا لو وقف على كتب ما يسمى الآن بالتورية والانجيل لانها
محرفة نبه بقوله يسمى الآن على ان ما بايديهم ليس هو الذي انزل الله وان كان منسوخا يحرم الوقف عليه من هذه الجهة والمراد انه بجملته ليس هو الذي انزله
الله وان كان بعضه منه للقطع بانهم لم يحرفوا جميع الكتاب بل بعضه وتحريم الوقف على الكتابين للتحريف والنسخ فيحرم كتبهما وحفظهما الا لغرض النقض و
الحجة وقد روى العامة ان النبي ص خرج الى المسجد فراى في يد عمر صحيفة فيها شيء من التورية فغضب النبي لما راى الصحيفة في يده وقال له افي شك انت يا ابن الخطاب
الم آت بها بيضاء نقية لو كان اخي موسى حيا لما وسعه الا اتباعي وهذا يدل على ان النظر اليها معصية والا لما غضب منه لذلك وينبغي جواز الوقف
عليها على الوجه الذي يجوز امساكها لاجله وهو النقض والحجة لان الحجة بها غرض الا ان الغرض بها لما كان نادرا اطلقوا المنع من الوقف عليها قوله ولو وقفه الكافر
جاز اي وقف الكافر على احد الكتابين وفي معناه وقفه على البيع والكنائس لان عوده اليها في العبادة يعيد المتوسط ما ليس يراد بين الحكمين وهو ان الوقف
على الصنفين المذكورين ووجه الجواز اعتقادهم شرعيته واقرارهم على دينهم وهو مبني على ان لم نشترط في الوقف القربة كما هو ظاهر كلام المص ره حيث لم يتعرض لاشتراطها
والا اشكل من حيث ان ذلك معصية في الواقع فلا يتحقق معنى القربة فيها الا ان يراد قصدها في الجملة وان لم يحصل او قصدها ممن يعتقد حصولها وهذا
هو الظاهر قوله والمسلم اذا وقف على الفقراء اه لما كان الفقراء جمعا معرفا بصيغة العموم الشامل للمسلمين والكفار كان مدلول الصيغة من هذه الحيثية
شمول الوقف على الفقراء للجميع الا ان ذلك مفهوم لغوي والعرف يخالفه فانه يدل على ارادة المسلم فقراء المسلمين وارادة الكافر فقراء نحلته فيتخصص به
لان العرف مقدم وهذا انما يتحقق لان العرف وشهادة الحال عليه ولو انتفت فلا معارض للغة الا ان ثبوتها لما كان ظاهرا اطلق كغيره الحمل على
ما دلت عليه الا ان ولا فرق بين الوقف على الفقراء مطلقا كما قيل وفقراء بلده او بلد مخصوص نعم لو لم يكن في البلد المعين الا فقراء الكفار حيث يكون
الواقف مسلما او بالعكس وعلم الواقف المسلم بذلك انصرف الى الموجود كيف كان عملا بالاضافة وحذرا من بطلان الوقف حيث لا مصرف له مع امكان حمله
على الصحة ولانتفاء القرينة ولو لم يعلم بذلك ففي كون الحكم كذلك وجهان من وجود الاضافة والعموم المتناول للموجود ومن انه بعدم العلم لا توجد
القرينة الصارفة عن المتعارف ولعل الحاقه بالاول اولى قوله ولو وقف على المسلمين انصرف الى من صلى الى القبلة اي من اعتقد وجوب الصلوة اليها الخ
تكون الصلوة واجبة والمراد انصرافه الى من دان بالشهادتين ولا عرف من الدين ما علم ضرورة ومنه الصلوة اليها وان لم يصل حيث لا يكفر بذلك
ويلحق به اطفالهم ومجانينهم تبعا لاندراجهما معهم عرفا وشموله لهما تبعا كما تدخل الاناث في صيغة الذكور ويخرج بما ذكرناه من فرق المسلمين من حكم بكفره
من الخوارج والنواصب والغلاة والمجسمة وغيرها واطلاق دخول المصلي الى القبلة لا يخرجه لكنه مراد مع احتمال العموم نظرا الى شمول المفهوم عرفا
ولا فرق بين كون الواقف من المسلمين محقا وغيره عملا بالعموم وقيل ان كان الواقف محقا اختص الوقف بقبيلته لشهادة الحال كما لو وقف على الفقراء
ورد بان تخصيص عام لا يقتضي تخصيص آخر وشهادة الحال ممنوعة والفرق بين المسلمين والفقراء قائم فان ارادة الوقف على جميع الفقراء على اختلاف
آرائهم ونحلهم ومعتقداتهم بعيد بخلاف ارادة فرق المسلمين من اطلاقهم فانه امر راجح شرعا مطلوب عرفا والاقوى المشهور نعم لو كان الواقف
من احدى الفرق المحكوم بكفرها لم يخرج قبيلة من وقفه ولا غيره ممن يحكم بكفره ايضا حيث لا تشهد حاله باخراجه ويحتمل اختصاص عدم الحرمان بقبيلته خاصة
اقتصارا في التخصيص على محل اليقين وهو حسن لا مع شهادة الحال بخلافه قوله ولو وقف على المؤمنين اه الايمان يطلق على معنيين عام وخاص فالعام
هو التصديق القلبي بما جاء به النبي ص والاقرار باللسان كاشف عنه وهو اخص من الاسلام مطلقا وهذا المعنى معتبر عند اكثر المسلمين والخاص قسمان احدهما
انه كذلك مع العمل الصالح بمعنى كون العمل جزءا منه وصاحب الكبيرة عليه ليس بمؤمن وهذا مذهب الوعيدية وقريب منه قول المعتزلة بان للفاسق منزلة
بين المنزلتين والثاني اعتقاد امامة الائمة الاثني عشر اماما وهذا هو المعنى المتعارف بين الامامية فاذا وقف واقف على المؤمنين واطلق فان كان
من الامامية انصرف الوقف الى الاثني عشرية لانه المعروف عندهم من هذا الاطلاق وان كان من غيرهم فظاهر المص والاكثر كونه كذلك وهو مشكل لان ذلك
غير معروف عنده ولا قصده متوجه اليه فكيف يحمل عليه وليس الحكم فيه كالمسلمين في ان لفظه عام فينصرف الى ما دل عليه اللفظ وان خالف معتقد
الواقف كما تقدم لان الايمان لغة هو مطلق التصديق وليس مرادا هنا واصطلاحا يختلف بحسب المصطلحين والمعنى الذي اعتبره اكثر المسلمين هو
المعنى العام فلو قيل بحمله عليه اذا كان الواقف غير امامي كان حسنا او يقال اذا كان من الوعيدية يحمل على معتقده او من الامامية فعلى معتقده او من
غيره فعلى معتقده عملا بشهادة الحال ودلالة العرف الخاص والقرائن الحالية ولو كان الواقف اماميا وعيديا كما اتفق لكثير من قدمائنا تعارض
العرفان عنده ولعل حمله على المعنى المشهور وهو الاخير اوضح لانه اعرف في اذا انفرد ذلك فهل يشترط مع الاعتقاد المذكور في المعنى المشهور اجتناب
الكبائر قال الشيخ نعم فلا يجوز للفساق من الامامية اخذ شيء منه وتبعه جماعة ولعل مبناه على ان العمل جزء من الايمان كما هو مأثور من السلف وورد

٣٥٠ فى كثير من الاخبار وانه مركب من ثلثة اشياء اعتقاد بالجنان واقرار باللسان وعمل بالاركان فيكون العمل ثلث الايمان والمشهور بل الاصح عدم اعتباره واليه ذهب الشيخ ره فى التبيان ايضا لما حقق فى الكلام ان الايمان هو التصديق بالقلب والاقرار باللسان على الوجه السابق وان العمل ليس بجزء منه ولا شرط بقى هنا امران احدهما ان القائل بحرمان الفاسق عبر باشتراط اجتناب الكبائر وفرع عليه حرمان الفاسق من المؤمنين وبين الاصل والفرع تغاير كثير فان الفسق يحصل بتكلف الكبائر وبالاصرار على الصغائر وبمخالفة المروة وان لم يكن الفعل محرما لان الفسق يقابل العدالة فاذا ازالها مخالفة المروة ثبت الفسق ولا شبهة فى ان ترك المروة لا يخرج عن الايمان لانه ليس من الاعمال السيئة على اصل القائل كما لا شبهة فى ان ارتكاب الكبائر عنده مخرج وبقى لزوم الاصرار على الصغائر فعلى تقريبه يخرج دون اصله ويمكن ادراجه بان الاصرار على الصغيرة يلحقها بالكبيرة كما نبه عليه قوله لا صغيرة مع اصرار ابطل جميع الذنوب كبائر وان صغرها وكبرها اضافى كما ذهب اليه جماعة والثانى ان المعروف من اطلاق القائل بالمذهب المشهور ان المؤمن معتقد امامة الاثنا عشر كما ذكرناه دون غيرهم ولم يذكروا اشتراط امر اخر ولكن الشهيد ره صرح باشتراط اعتقاد عصمتهم بناء على انه لازم المذهب وفى اشتراطه نظر وان كان اولى ويلزمه اشتراط اعتقاد افضليتهم على غيرهم وغيره من معتقدات الامامية المجمع عليها عندهم والفتاوى خالية عنه واللفظ يشهد بخلافه قوله ولو وقف على الشيعة فهو للامامية اه اسم الشيعة يطلق على من قدم عليا ع فى الامامة على غيره بعد النبى ص ولا شبهة فى كون الامامية منهم وكذا الجارودية الاسماعيلية حيث لا يكونوا ملاحدة واما فرق الشيعة كالكيسانية والواقفية والفطحية فداخلة لكن لانقراضهم استغنى عن ذكرهم والقول بانصرافه الى من ذكر هو المشهور بين الاصحاب تبعا للشيخ ره وفصل ابن ادريس ره فقال ان كان الواقف من احد فرق الشيعة حمل كلامه العام على شاهد الحال وفحوى قوله ويختص به ضرورة ان اهل نحلته دون من عداهم عملا بشاهد الحال ونفى عنه كره الباس وهو حسن مع قيام القرينة على ارادته لهم ومع اشتباه الحال فالحكم بعموم اللفظ كالمسلمين وربما خص بعضهم الاسم بالامامية وهو غريب ودخل الجارودية من فرق الزيدية لانه لا يقول منهم بامامة على عليه السلم دون غيره من المشايخ وهم فان الصالحية منهم والسليمانية والبترية يقولون بامامة الشيخين وان اختلفوا فى غيرهما والجارودية نسبة الى ابى الجارود واسمه زياد بن المنذر قوله وهكذا اذا وصف الموقوف عليه بنسبة اه هذا هو الضابط فى جميع هذه المسائل لكن مع اتفاق العرف او الاصطلاح على الاطلاق لا كلام فى انصرافه اليه ومع التعدد يحمل على المتعارف عند الواقف وبهذا يخرج الخلاف والحكم فى الجميع قوله فلو وقف على الامامية كان للاثنى عشرية اى القائلين بامامة المعتقدين لها والكلام فى اعتقاد عصمتهم كما سبق فى المؤمنين فان الشهيد ره شرط فى ذلك فيهما ويظهر منه ان الخلاف فى اشتراط اجتناب الكبائر ات هنا وليس كذلك والفرق يظهر من دليل القائل باشتراطه فان مفهوم الامامية لا مدخل له فى العمل مطلقا بخلاف المؤمنين قوله ولو وقف على الزيدية كان للقائلين بامامة زيد بن على ع الزيدية منسوبون الى زيد بن على بن الحسين عليهما السلم ويجعلون الامامة بعده لكل من خرج بالسيف من ولد فاطمة ع من ذوى الراى والعلم والصلاح هكذا حكم الشيخان وتبعهما الاكثر وقال ابن ادريس ره هذا الاطلاق لا يصح بل ان كان الواقف زيديا كان كذلك وان كان اماميا كان الوقف باطلا لابتنائه منه على ان وقف المحق على غيره باطل وهو بسيط قوله ويشترك الذكور والاناث المنتسبون اليه اه لا اشكال فى دخول الذكور والاناث فى المنتسبين وان وقع بلفظ المذكر كالهاشميين والعلويين لان اللفظ يشمل الاناث تبعا كما بينا ولهذا فى جميع الخطاب الواقع فى التكليف فى الكتاب والسنة ولصدق اطلاقه على الاناث فى فلانة علوية او هاشمية او تميمية وغيره والخلاف الذى اشار اليه بين الاصحاب فى اختصاص النسبة المقتضية له بالاب او عمومها للاب والام والمشهور بينهم الاختصاص بالاب لانه المعروف منه لغة وشرعا قال تعالى ادعوهم لابائهم وقال الكاظم ع من كانت امه من بنى هاشم وابوه من سائر قريش فان الصدقة تحل له وليس له من الخمس شئ فان الله تعالى يقول ادعوهم لابائهم وقال الشاعر بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنوهن ابناء الرجال الاباعد وذهب المرتضى الى دخول ابناء البنات لاستعمال ذلك فيه والاصل فيه الحقيقة اما الاول فلقوله ص مشيرا الى الحسن والحسين هذان ابناى امامان قاما او قعدا ولقوله تعالى ومن ذريته داود الى قوله وعيسى مع عدم انتساب عيسى اليه بالاب واما الثانى فقد حقق فى الاصول واجيب بتسليم الاستعمال الكثير من الحقيقة وقد حقق فيه ايضا ولاستلزامه الاشتراك والمجاز خير من الاشتراك ويمكن دفع الاخير بجعله للقدر المشترك بين الامرين وهو خير منهما قوله ولو وقف على الجيران اه وجه الاول واضح لانه المرجع حيث لا يكون للفظ حقيقة شرعية والثانى قول الاكثر ومنهم الشيخان واتباعهما وابن ادريس والشهيد ره ومال اليه العلامة فى التحرير ومع ذلك لم نقف لهم على مستند خصوصا لمثل ابن ادريس الذى لا يعول فى مثل ذلك على الاخبار الصحيحة ونحوها والعرف لا يدل عليه فكيف فيما لا مستند له ولعله عول على ما تخيله من الاجماع عليه كما اتفق له ذلك مرارا واما الثالث فلم اعلم قائله وجماعة من ملحقى مسائل الخلاف كالامام فخر الدين فى الشرح والمقداد فى التنقيح والشيخ على اسندوه ادلة الى رواية انها عن عائشة ان النبى ص سئل عن حد الجوار فقال الى اربعين دارا مع ان الكلينى ره ذكر فى الكافى ثلث روايات بذلك معتبرات الاسناد الحديث رواها عن على بن ابرهيم عن ابيه عن ابن ابى عمير عن جميل بن دراج عن ابى جعفر ع قال حد الجوار اربعون دارا من كل جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله والثانية بالاسناد عن ابن ابى عمير عن معوية بن عمار عن عمرو بن عكرمة عن ابى عبد الله ع قال قال رسول الله ص كل اربعين دارا جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله والثالثة عن عمرو بن عكرمة ايضا عن ابى عبد الله ع فى حديث طويل فى اخره ان رسول الله ص امر عليا ع وسلمان وابا ذر ان ينادوا فى المسجد باعلى اصواتهم انه لا ايمان لمن لم يامن جاره بوائقه فنادوا بها ثلثا ثم اومى بيده الى كل اربعين دارا من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله والروايات الاولى من الحسن ولولا شذوذ هذا القول بين اصحابنا لكان القول به حسنا لكثرة رواياته من الطرفين وكثيرا ما يثبت الاصحاب اقوالا لا يبلغون هذا الحد فى السند والمعارضة عاملين برواياتهم فى ذلك اذا تقرر ذلك فنقول ان رجعنا ذلك الى العرف فالامر واضح فالحكم بدخول ما يدخل وما لا فلا وان رجعنا الى الاذرع فالمعتبر منها الشرعية وهى اربعة وعشرون اصبعا ثم ان انتهى العدد الى اخر دار او بين دارين فالحد بينهما وان انتهى

ولو وقف على الشيعة فهو للامامية والجارودية دون غيرهم من فرق الزيدية وكذا اذا وصف الموقوف عليه بنسبة دخل فيها كل من اطلقت عليه فلو وقف على الامامية كان للاثنى عشرية ولو وقف على الزيدية كان للقائلين بامامة زيد بن على ع وكذا لو علقها بنسبة الى اب كان لكل من انتسب اليه بالابوة كالهاشميين فهو لمن انتسب الى هاشم من ولد ابى طالب والحرث والعباس وابى لهب والطالبيين فهو لمن ولده ابو طالب ع ويشترك الذكور والاناث المنتسبون اليه من جهة الاب نظرا الى العرف وفيه خلاف للاصحاب ولو وقف على الجيران رجع الى العرف وقيل لمن يلى داره الى اربعين ذراعا وهو حسن وقيل الى اربعين دارا من كل جانب وهو مطرح
متن

٣٥١ فى اثناء دار فهل يدخل فى الحد لا يبعد دخول الغاية فى المعنى مطلقا لا بالتفصيل بالمفصل المحسوس فلا يدخل وعدمه فيدخل والاولى تفريعها على مرجح الدخول ولو وصل المقدار الى باب داره خاصة بنى على ما ذكر والاولى بعدم الدخول هنا وصرح ابن البراج بدخوله فى عبارة ردية وقواه فى س ولو اعتبرنا فى الدور العدد رجع اليه ولا فرق بين الدار الصغيرة والكبيرة فى الجوانب فان اختلفت المساحة فى الجوانب كثيرا عملا بمسمى العدد ولو كان من اهل البادية اعتبر من ينزل حوله ويسمى جاره عرفا او مساحة او عددا بالنسبة الى البيوت المخصوصة بقى فى المسئلة امور الاول لا يعتبر فى الجار ملكية الدار فلو كان مستاجرا او مستعيرا استحق على الاقوى ويحتمل اعتبار الملكية وعليه لا يستحق المالك ولا الساكن اما الاول فلعدم المجاورة واما الثانى فلعدم الملك وفى الحاق الغاصب بمستحق المنفعة بحث وجهان من صدق الجار عليه عرفا ومن العدوان فلا يترتب على مجاورته اثر وفيه نظر لعدم المنافاة ويتجه فى بيتها عدم الاستحقاق ومع توقفه فى استحقاق المستاجر والمستعير الثانى لو خرج الجار عن الدار فان بقى مالكا اعتبر فى بقاء استحقاقه صدق اسم الجار عليه عرفا وان لم يعتبر العرف ابتداء فان خرج عنه بان انتقل الى دار اخرى وهجر الاولى ونحو ذلك خرج عن الاستحقاق ولو لم يكن مالكا بل مستاجرا انقضت مدته او مستعيرا ونحوهما خرج عن الاستحقاق فان عاد الثالث لو باع صاحب الدار داره التى يسكنها خرج عن الوقف ودخل المشترى عوضه ان سكن فان استاجرها البايع عاد اليه الاستحقاق وهكذا الرابع لو لم يسكن الدار لم يستحق لانتفاء الاسم عرفا وان اعتبرنا الدار اذ المعتبر عدد الدور مع صدق اسم الجوار مع احتماله للاطلاق اما لو كانت موطنه لكن غاب عنها بسفر بنية العود لم يخرج عن الاستحقاق سواء كان الوقف متقدما على سفره ام اتفق فى غيبته الخامس لو كان له داران يتردد اليهما فى السكنى فهو جار لاهلهما فيستحق بسببهما اذا صدق الاسم مع وجود القدر المعتبر عنده معتبره السادس لو كان يسكنهما على التناوب فيحسب الفصول استحق زمن السكنى خاصة السابع يقسم حاصل الوقف على عدد رؤس الجيران مطلقا ان اعتبرنا فيه العرف او الاذرع ويستوى فيه الصغير والكبير والذكر والانثى دون العبد لعدم اهليته الملك والظاهر عدم الفرق بين صاحب الدار ومن فى عيلوله من ولده وزوجته وغيرهما لتناول الاسم للجميع وان كان تناوله له اقوى ولو اعتبرنا عدد الدور فهى قسمته على رؤس اهلها او على عدد الدور وجهان وعلى الثانى يقسم على الدور اولا ثم يقسم حصة كل دار على رؤس اهلها قوله ولو وقف على مصلحة فبطل رسمها صرف فى وجوه البر هذا الحكم ذكره الشيخ ره وتبعه عليه الجماعة ولم اقف فيه على دليل منهم الا المصنف النافع فانه نسبه الى قول مشعر بتردده ووجه الحكم ان الملك خرج عن الواقف بالوقف الصحيح اولا فلا يعود اليه والقربة الخاصة قد تعذرت فيصرف الى غيرها من القرب لاشتراك الجميع فى اصل القربة ولانها اقرب شئ الى مراد الواقف ولا اولوية لما اشبه تلك المصلحة التى بطل رسمها لاستواء القرب كلها فى عدم تناول عقد الوقف لها وعدم قصد الواقف لها بخصوصها ومجرد المشابهة لا دخل له فى تعلقه بها فيبطل القيد ويبقى اصل الوقف من حيث القربة هذا غاية ما قرروه لتوجيهه وفيه نظر فانه لا يلزم من قصد القربة الخاصة وارادتها قصد القربة المطلقة فان خصوصيات العبادات مقصودة ولا يلزم تعديه بامر اراده نبيض والمشهور الدعوى من ان المطلق جزء من المقيد فقصده يستلزم قصده كما ان العلم به يستلزم العلم به ممنوع والتحقيق ان المصلحة المذكورة الموقوف عليها لا يخ اما ان يكون مما ينقرض غالبا او مما يدوم غالبا او يشتبه الحال فالاول كالوقف على مصلحة شجر مخصوص كالتين والعنب وهذا الوقف يكون كمنقطع الاخر يعود بعض افراده فيرجع بعد انقضائه الى الواقف او ورثته على الخلاف حيث لا يجعل بعده لمصلحة اخرى تقتضى التابيد وعلى الثانى كالوقف على مصلحة عين من ماء مخصوص ونحوه مما تقتضى العادة بدوامه فيتفق غوره او على قنطرة نهر فيتفق انقطاعه او انتقاله عن ذلك المكان حيث لا يكون العادة قاضية بذلك والمتجه فيه ما ذكره الاصحاب لخروج الملك عن الواقف بالوقف فعوده اليه يحتاج الى دليل وهو منتف وصرفه فى وجوه البر انسب بمراعاة غرضه الاصلى ان لم يحصر فيما هو اعم منه والثالث كالوقف على مسجد فى قرية صغيرة او على مدرسة كذلك بحيث يحتمل انقطاع مصلحته كما يحتمل دوامها وفى حملها على اى الجهتين نظر من اصالة البقاء فيكون كالمؤبد والشك فى حصول شرط انتقال الملك عن مالكه مطلقا الذى هو التابيد فيحصل الشك فى المشروط فلا يحكم الا بالمتيقن منه وهو خروجه عن ملكه مدة تلك المصلحة ويبقى الباقى على اصالة البقاء على ملك مالكه ويمكن ان يقال هنا ان الوقف على المصالح الخاصة فى الحقيقة وقف على المسلمين لانه مخصص ببعض مصالحهم كما نبه فى الوقف على المساجد وذلك هو المصحح للوقف على تلك المصالح التى لا تقبل الملك وح فلا يلزم من بطلان المصلحة بطلان الوقف بل يصرف الى سائر مصالح المسلمين او يتعين الاقرب الى تلك المصلحة فالاقرب فيصرف وقف المسجد الى مسجد اخر والمدرسة الى مدرسة اخرى والقنطرة الى مثلها وهكذا نظرا الى تعلق غرض الواقف بذلك الصنف فاذا فات الشخص كان باقى افراد الصنف اقرب الى مراده ولعل هذا اقرب الا انه يشكل بالمصلحة التى يعلم انقطاعها فان الدليل ات فيها وحكم منقطع الاخر متناول لها الا ان يختص هذا بما لا يتعلق بمصلحة المسلمين بل بمثل الوقف على اولاده من غير ان يسوقه فى باقى البطون ونحو ذلك وليس بذلك البعيد وللتوقف مجال واعلم انه على تقدير صرف الوقف فى وجوه البر مع بطلان الخاصة لو عادت بعد انقطاعها وجب عوده اليها لوجوب الوفاء بالعقد السابق خرج منه ما اذا تعذر فيبقى الباقى على هذا قوله ولو وقف فى وجوه البر واطلق اه البر بالكسر يطلق على معان منها الطاعة والاحسان والخير وهذه الثلثة تصلح هنا فمعنى وجوه البر ونحو الخير او وجوه الطاعة لله ونحوه فيصرف فى القربات كلها كنفع الفقراء والمساكين وطلبة العلم وعمارة المساجد والمدارس والقناطر والمشاهد واعانة الحاج والزائرين واكفان الموتى ونحو ذلك وفى جواز صرفه فى مطلق نفع المسلمين وان كانوا اغنياء وجه لانه من جملة وجوه الخير وان كان غيره من الوجوه اكمل فان المذكورة سابقة متفاضلة ايضا ولا يجب تحرى الاكمل منها للاصل وصدق المعنى الموقوف عليه قوله ولو وقف على بنى تميم صح اه القائل بعدم الصحة ابن حمزة فانه قال لا يصح الوقف على بنى فلان وهم غير محصورين فى البلاد وهو مذهب الشافعى للجهل بالمصرف حيث انه يتعذر استيعابهم وحصرهم وهو مدفوع بالاخبار والاجماع الدالين

ولو وقف على مصلحة فبطل رسمها صرف فى وجوه البر ولو وقف فى وجوه البر واطلق صرف فى الفقراء والمساكين وكل مصلحة يتقرب بها الى الله سبحانه ولو وقف على بنى تميم صح ويصرف الى من يوجد منهم وقيل لا يصح لانهم مجهولون والاول هو المذهب
متن

٢٥٢ على صحة الوقف على الفقراء والمساكين وعلى المسلمين والمؤمنين مع انتشارهم وعدم حصرهم ونبه بقوله والاول هو المذهب على ندور المخالف فضعف
قوله بحيث لا يكاد تخرج المسئلة بسببه خلافية عن الاجماع وفي كره اسند القول الى علمائنا مشعرا بالاجماع عليه قوله ولو وقف على الذمي جاز
اشار بقوله لان الوقف تمليك الى دليل الجواز وحاصله ان الوقف كما سلف تمليك عين او منفعة والذمي قابل للتمليك والاباحة واشار الى
ان عدم الصحة مبني على اشتراط القربة وقد علم من عدم اشتراطها فيما سبق ومن جملة تمليكا ومن قوله بعد نقل اشتراط القربة والاول اشبه الا ان يختار
عدم اشتراطها في الوقف وهو الوجه لعدم دليل صالح على اشتراطها وان توقف عليها حصول الثواب وعموم الادلة على صحته وان الوقوف على حسب ما
يقفها اربابها يدل على عدمه وقد تقدم الكلام في تحقيق هذه الاقوال ولعله اعاد المسئلة لينبه على الخلاف فقد ذكر الحكم فيما سبق مجردا عنه قوله
وكذا يصح على المرتد المراد به المرتد عن ملة والمراة المرتدة عن فطرة اما الرجل المرتد عن فطرة فلا يصح الوقف عليه لانه لا يقبل التمليك وهو شرط صحة الوقف
ووجه صحة الوقف على المرتد ما تقدم من وجه الصحة على الكافر لانه بمعناه قوله وفي الحربي تردد اشبهه المنع قد تقدم الكلام في ذلك وما يدل على
القولين وكانه اعاد للتنبيه على الخلاف وكان الاولى الاكتفاء بذكره مرة واحدة وكذا الذمي قوله ولو وقف ولم يذكر المصرف بطل الوقف
هذا هو المشهور بين الاصحاب ولم اقف فيه على مخالف الا ابن الجنيد وخلافه غير قادح هنا على قاعدة الاصحاب ويدل عليه ايضا ان الوقف تمليك
كما مر فلا بد من مالك كالبيع والهبة فانه لو قال بعت داري بكذا او وهبتها ولم يذكر المصرف بطل اتفاقا ولانه لو وقف على مجهول كوقفت على جماعة
بطل فاذا اطلق كان اولى بالبطلان لان علة البطلان جهالة المصرف وهي متحققة فيهما مع زيادة في هذا وقال ابن الجنيد لو قال صدقة لله ولم يذكر من يتصدق
بها عليه جاز ذلك وكان في اهل الصدقات الذين سماهم الله تعالى لان الغرض من الوقف الصدقة والقربة وهو يتحقق ورد بان الغرض من الوقف
ليس مطلق القربة بل القربة المخصوصة كما ذكر قوله وكذا لو وقف على غير معين كاحد هذين او على احد المشهدين او الفريقين فالكل باطل الوجه فيه ما
تقدم من انه تمليك فلا بد من مالك معين ولو في ضمن عام او مطلق ولا يعقل تمليك ما ليس بمعين ولان الوقف حكم شرعي فلا بد له من محل معين
يقوم به كما يفتقر مطلق العرض الى المحل الجوهري واحد الامرين امر كلي لا وجود له خارجا وان كان كل واحد منهما موجودا خارجا قوله واذا وقف على اولاده
او اخوته او ذوي قرابته اه وجه الاشتراك في الجميع تناول اسم القرابة والاولاد ونحوهما للجميع على السواء والاناث يدخلن تبعا في اللفظ المختص بالذكور في مثل هذه الاطلاقات
كما يدخلن في الاوامر الشرعية المختصة بالذكور اجماعا وحيث ينتفي المقتضي للتفصيل فالحكم بالاشتراك في الاستحقاق يقتضي التسوية بين الجميع وخالف
في ذلك ابن الجنيد وجعل مع الاطلاق للذكر مثل حظ الانثيين حملا على الميراث وهو ضعيف قوله ولو وقف على اخواله واعمامه تساووا جميعا
لاشتراكهم في اصل الوقف والاصل يقتضي التسوية الا ما اخرجه الدليل الخارجي كالارث او الخاص كما لو شرط تفضيل بعضهم على بعض صح فلا ينحصر
التفضيل في الارث بل على حسب ما شرط لعموم الامر بالوفاء به ويفهم من تعليل ابن الجنيد في الذكور والاناث كون الاعمام والاخوال متفاضلين كذلك
وسياتي في الوصية قول بان اطلاقها للاخوال والاعمام يقتضي ان يكون للاعمام الثلثان وللاخوال الثلث وهو ضعيف قوله واذا وقف على اقرب
الناس اليه اه الضابط انه ينزل على مراتب الارث فيبدء بالاباء والاولاد ثم مع فقد الاولاد للصلب البطن فلاولادهم ويشاركون اباء الواقف
دون ابائهم ولئن كان العبارة قد تشعر بخلافه ثم ينتقل الى الاخوة والاجداد ويقدم الاقرب الى الواقف فالاقرب ثم الى الاعمام والاخوال كذلك
في الاستحقاق في كل مرتبة لان ذلك هو الاصل الا ان يشترط خلافه فيتبع شرطه لان شرط الابتناء مقتضى الوقف فيجب الوفاء به ومقتضى هذه
القاعدة انه لو اجتمع الاخوة المتفرقون او الاخوال او الاعمام كذلك اشتركوا في الاستحقاق واستووا فيه والامر فيه كذلك وللشيخ قول بان المتقرب با
لابوين اولى من المتقرب باحدهما يلحق بالام فيكون الاخ للابوين اولى من الاخ للام وهكذا وقواه العلامة في لف في الاخوة وقطع به في ير مطلقا من غير فرق
بين الاخوة وغيرهم ممن يتقرب بالابوين والاقوى المشهور قوله فلو قرنه بمدة بطل الى قوله وهو الاشبه هنا مسئلتان احدهما ان يقرن الوقف بمدة كسنة مثلا
وقد قطع المص ببطلانه لان الوقف شرطه التابيد فاذا لم يحصل الشرط وقيل انما يبطل الوقف لكن يصير حبسا كالثانية لوجود المقتضي وهو الصيغة
الصالحة للحبس لاشتراك الوقف والحبس في المعنى فيمكن اقامة كل واحد مقام الاخر فاذا قرن الوقف بعدم التابيد كان قرينة ارادة الحبس كما لو اقترن
بالتابيد فانه يكون وقفا كاملا وهذا هو الاقوى لكن هذا انما يتم مع قصد الحبس فلو قصد الوقف الحقيقي وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط والثانية
ان يجعله لمن ينقرض غالبا ولم يذكر المصرف بعده كما لو وقفه على اولاده واقتصر على بطون تنقرض غالبا وفي صحته وقفا او حبسا او بطلانه راسا
اقوال اشار اليها المص واختار اولها ويمكن ان يكون اختار الثاني لان وجوب اجرائه حتى ينقرض المسمون يشمله ووجه الاول ان الوقف نوع تمليك
وصدقة فيتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره ولاصالة الصحة ولعموم الامر بالوفاء بالعقد ولان تمليك الاخير لو كان شرطا في تمليك الاول لزم تقدم
المعلول على العلة ولرواية ابي بصير عن الباقر ع ان فاطمة ع اوصت بحوائطها السبعة الى علي ع ثم الى الحسن ع ثم الى الحسين ع ثم الى الاكبر من ولدها ولعموم
ما سلف من توقيع العسكري ع الوقوف على حسب ما يقفها اهلها واجيب عن الاول بان التمليك لم يعقل موقتا وكذا الصدقة واصالة الصحة موقوفة
على اجتماع شرائطها وهو عين المتنازع لان الخصم يجعل منها التابيد والامر بالوفاء بالعقد موقوف على تحقق العقد وهو موضع النزاع وكون تمليك
الاخير شرطا غير لازم وانما الشرط بيان مصرف الاخير ليتحقق معنى الوقف وفعل فاطمة ع لا حجة فيه من حيث انها لم تصرح بالوقف بل بالوصية ولا
اشكال فيها ولو سلم ارادتها الوقف فجاز علمها ع بتابيد ولدها للنص على الائمة وانهم باقون ببقاء الدنيا وقوله ع جملتان متصلتان لم ينقرضا
حتى يردا على الحوض وقول العسكري ع موقوف على تحقق الوقف وهو المتنازع وفيه نظر لان التمليك الموقت متحقق في الحبس واخويه وهذا منه
واشتراط التابيد متنازع مشكوك فيه فيجوز التمسك بالاصل وعموم الامر بالوفاء بالعقد اذ لا شبهة في كونه عقدا غايته النزاع في بعض

شرائطه

٢٥٣ شروطه والاستدلال بعدم افتراق الحبلين الى ان يردا الحوض على بقاء الذرية الى اخر الزمان فيه ان افتراقهما لازم بعد الموت الى البعث فعدم الافتراق اما
كناية عن الاجماع باعتبار بقاء النفوس الناطقة او على ضرب من المجاز ومعه لا يفيد المطلوب فالقول بالصحة حسن ولكن لا يظهر الفرق بين كونه وقفا او
او حبسا بدون القصد فالاولى الرجوع اليه فيه ولا يقدح في الحبس استعمال الصيغة على وجه المجاز اما لانه شايع في هذا الاستعمال ولمنع اختصاص كل بصيغة
خاصة بل انما افاده وهو حاصل والقول باستلزام الصحة انتقال الملك عن الواقف والامر الحبس فيجب ان لا يعود عين النزاع وبالجملة فالقول بالصحة
في الجملة متجه وفائدة الفرق بين الحبس والوقف على هذا الوجه نادرة واما القول بالبطلان فنقله الشيخ عن بعض الاصحاب واحتج له بان الوقف شرطه
التابيد فاذا لم يرده الى ما يدوم لم يتحقق الشرط ولانه يكون منقطعا فيصير الوقف على مجهول وعيبه ان المجهول ان اريد به في الابتداء فظاهر فساده وان اريد
به بعد الانقراض فليس هناك موقوف عليه اصلا فلا يحكم بالجهالة اذ بعد انقراضه يصير موروثا كما ياتي لا موقوفا والكلام في اشتراط التابيد قد سبق منه
قوله فاذا انقرضوا رجع الى ورثة الواقف اه هذا الخلاف متفرع على القول بصحته وقفا اذ لا شبهة في كونه مع وقوعه حبسا يرجع الى الواقف او الى ورثته
كما انه مع البطلان لا يخرج عنه وانما الكلام على القول بصحته وقفا وقد اختلف الاصحاب في انتقاله بعد انقراض المسمين على اقوال احدها وهو قول الاكثر
ومنهم العلامة في اكثر كتبه رجوعه الى ورثة الواقف لانه لم يخرج عن ملكه بالكلية وانما تناول اشخاصا فلا يتعدى الى غيرهم ولظاهر قول العسكري ع ان
الوقف على حسب ما يقفها اهلها وانما وقفه هنا على من ذكر فلا يتعدى ويبقى اصل الملك له كالحبس او هو حبس واستدل له ابن بابويه برواية جعفر بن حيان
عن الصادق ع وهي مع تسليم سندها لا دلالة لها على المطلوب فلذا لم يطل الكلام بذكرها والثاني انتقاله الى ورثة الموقوف عليه اختاره المفيد وابن ادريس
وقواه العلامة لانتقال الملك اليهم قبل الانقراض فيستصحب ولان عوده الى الواقف بعد خروجه يفتقر الى سبب ولم يوجد ولانه نوع صدقة فلا يرجع
اليه والثالث انه يصرف في وجوه البر ذهب اليه السيد ابو المكارم بن زهرة ونفى عنه الباس في انه لخروج الملك عن الواقف فلا يعود اليه ولا ينتقل
العقد بورثة الموقوف عليه وعدم القصد اليهم فلا ينتقل اليهم والا فيشي الى مصرفه وجوه البر وضعف القولين ظاهر واصحها الاول والمعتبر وارثه
عند انقراض الموقوف عليه كالولاء ويحتمل وارثه عند موته مسترسلا الى ان يصادف الانقراض وتظهر الفائدة فيما لو مات الواقف عن ولدين ثم مات احدهما
عن ولد قبل الانقراض فعلى الاول يرجع الى الولد الباقي خاصة وعلى الثاني يشترك هو وابن اخيه لتلقيه من ابيه كما لو كان حيا قوله ولو قال وقفت اذا جاء
راس الشهر او ان قدم زيد لم يصح هذا تفريع على اشتراط التنجيز وفيه تشويش اذ كان حقه الابتداء بتفريعه وشبه بالمثالين على انه لا فرق بين تعليقه
بوصف لا بد من وقوعه كمجي راس الشهر وهو الذي يطلق عليه الصفة وبين تعليقه بما يحتمل الوقوع وعدمه كقدوم زيد وهو المعبر عنه بالشرط واشتراط التنجيز
مط موضع وفاق كالبيع وغيره من العقود وليس عليه دليل بخصوصه نعم يتوجه على قول الشيخ بجواز الوقف في المنقطع الابتداء اذا كان الموقوف عليه اولا ممن
يمكن انقراضه كنفسه وعبده بمعنى صحته بعد انقراض من يبطل في حقه جواز المعلق على بعض الوجوه وقد تقدم ضعفه ويستثنى من بطلانه بتعليقه على الشرط
ما لو كان الشرط واقعا والواقف عالما بوقوعه كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعة فلا يضر كغيره قوله والقبض شرط في صحته فلو وقف ولم يقبض ثم مات كان
ميراثا لا خلاف عندنا في اشتراط القبض في تمامية الوقف بحيث يترتب عليه اثره بمعنى كون انتقال الملك مشروطا بالايجاب والقبول والقبض فيكون العقد
جزء السبب الناقل وتمامه القبض وقبله يكون العقد صحيحا في نفسه لكنه ليس بناقل للملك فيجوز فسخه قبله ويبطل بالموت قبله والنماء المتخلل بين العقد
والقبض للواقف وبهذا يظهر ان القبض من شرائط صحة الوقف كما عبر به المص وجماعة ولكن بعضهم عبر بانه شرط اللزوم ولا يريدون به معنى غير ما ذكرناه وان
كان من حيث اللفظ محتملا لكونه عقدا تاما ناقلا للملك نقلا غير لازم كالملك في زمن الخيار للبايع فان النماء المتخلل على هذا التقدير للمنتقل اليه ولعل كلامه
هنا اتفاقا وانما اراد بكونه شرطا في اللزوم ان العقد لا يتم ولا يلزم بحيث يترتب اثره وان العقد لا يلزم ولا يتحقق بدونه ونحو ذلك ويدل على جواز الرجوع فيه
قبل القبض مع الاجماع صحيحة صفوان بن يحيى عن ابي الحسن ع قال سألته عن الرجل يوقف الضيعة ثم يبدو له ان يحدث في ذلك شيئا فقال ان كان اوقفها
لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيما لم يكن له ان يرجع وان كانوا صغارا وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له ان يرجع فيها وان كانوا كبارا ولم يسلمها
اليهم ولم يخاصموا حتى يحوزها عنه فله ان يرجع فيها لانهم لم يحوزوها وقد بلغوا وعلى بطلانه بموت الواقف قبله رواية عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله ع انه
قال في رجل تصدق على ولد له قد ادركوا فقال اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لان الوالد هو الذي
يلي امره وقد فهم الاصحاب من الحديث ان المراد من الصدقة الوقف واستدلوا به على ما ذكرناه مع احتمال ان يريد بالصدقة معناها الخاص فلا يكون دليلا
ويؤيده قوله في اخر الحديث وقال لا يرجع في الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله تعالى فان هذا الحكم من خواص الصدقة الخاصة لا الوقف والظاهر ان
موت الموقوف عليه قبل القبض كموت الواقف يبطل ما لا يزال وارثه وذلك يقتضي البطلان كما لو نقل في جنونه بخلاف موت الموقوف عليه فان المال لم
ولم ينتقل الى غيره لعدم تمامية الملك وفي ير توقف في صحته اذا قبض البطن الثاني ولم يذكره في غيره ولا غيره وفي معنى الموت الجنون والاغماء اذا تقدر
ذلك فالقبض المعتبر هنا هو المعتبر في البيع وقد حققناه ثم والاولى انه لا يشترط فيه الفورية للعقد للاصل وانتفاء دليل يدل عليه وفي الروايتين السابقتين
ارشاد عليه حيث علق البطلان بعدم القبض الى ان يموت فان مقتضاه الاكتفاء به قبل الموت متى حصل ويحتمل اعتبار الفورية لانه ركن في العقد
فجرى مجرى القبول خصوصا على القول بعدم اشتراط القبول وبهذا يفارق قبض البيع فان الملك والعقد يتم بدونه فلا يشترط في تحقق حكمه فوريته قطعا
قوله ولو وقف على اولاده الاصاغر اه لما كان المعتبر في القبض رفع يد الواقف ووضع يد الموقوف عليه وكانت يد الولي عين يد المولى عليه كان وقف الاب
والجد وغيرهما ممن له الولاية على غير الكامل الذي يده على المولى عليه متحققا بالايجاب والقبول لان القبض حاصل قبل الوقف فيستصحب وينصرف الى المولى عليه
بعده لما ذكرناه والظاهر عدم الفرق بين قصده بعد ذلك القبض عن المولى عليه للوقف وعدمه لتحقق القبض الذي لم يدل الدليل على ازيد من تحققه ونحو

اعتبار قبضه وقبضا عنه بعد العقد لان القصد هو الفارق بين القبض السابق الذي كان لغير الوقف وبينه ولا فرق في هذا الحكم بين اقسام الولي كالاب والجد والحاكم والوصي على اصح القولين ولكن المص تردد في الحاق الوصي بغيره من الاولياء في ذلك وكذا العلامة في ير نظرا الى ضعف يده وولايته بالنسبة الى غيرهما ولا وجه للتردد فان اصل الولاية كافية في ذلك والمعتبر هو تحقق كونه تحت يد الواقف مضافا الى ولايته على الموقوف عليه فيكون يده كيده ولا يظهر لضعف اليد وقوتها اثر في ذلك وفي حكم ما ذكر ما لو كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه قبل الوقف بوديعة وعارية ونحوهما لوجود المقتضي للصحة وهو القبض فان استدامته كابتدائه ان لم يكن اقوى ولا دليل على اعتبار كونه واقعا ابتداء بعد الوقف ولو كان القبض واقعا بغير اذن المالك كالمقبوض بالغصب والشراء الفاسد ففي الاكتفاء به نظر من صدقه في الجملة كما ذكر والنهي عنه غير قادح هنا لانه ليس بعبادة خصوصا اذا لم يشترط فيه القربة ومن ان القبض ركن من اركان العقد والنهي عنه لا يعتد به شرعا ولهذا لو قبض الموقوف عليه بدون اذن الواقف لم يعتد به فلو اعتبر مطلق القبض لكفى وان اثم وقد مضى مثله في باب الرهن واختلف كلامه في كره فقطع هنا بالاكتفاء بقبض الغاصب وفي الرهن بعدمه وانه يشترط الاذن ومضي زمان يمكن فيه تجديد القبض وسيأتي مثله في الهبة وان كان المص يؤذن بالاكتفاء بقبض الغاصب في تلك المواد حيث لا يعتبر تجديد القبض لا يعتبر مضي زمان يمكن فيه احداثه وان اعتبر الاذن لان الاذن فيه يستدعي تحصيله ومن ثم اعتبر مضي زمان بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد وقد تقدم انه يحقق في الرهن قوله ولو وقف على نفسه لم يصح اه لا خلاف بين اصحابنا في بطلان وقف الانسان على نفسه ولان الوقف ازالة ملك وتمليك من الواقف وادخال الملك على الموقوف عليه والملك هنا متحقق ثابت لا يعقل ادخاله وتجديده مع ثبوته ولا اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة ولانه تمليك منفعة وحدها او مع الرقبة ولا يعقل تمليكها الانسان نفسه وخالف في ذلك بعض العامة فصححه بناء على ان استحقاق الشيء وقفا غير استحقاقه ملكا وقد يقصد حبسه ومنع نفسه من التصرف المزيل للملك اذا تقرر ذلك فلو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الاول لبطلانه في حق نفسه وهل يصح في حق غيره قولان تقدم الكلام فيهما وان الاقوى البطلان مطلقا وعلى تقدير الصحة هل يصح لغيره من حين الوقف او بعد موت الواقف وجهان وقد تقدم اختيار الشيخ للاول وهو مشكل لانه خلاف مقتضى الوقف وقال العسكري ع الوقوف على حسب ما يقفها اهلها واهلها هنا لم يقفه في ذلك الغير ابتداء فكيف يصرف اليه والاقوى تفريعا على الصحة انصرافه اليه بعد موت الموقوف عليه وبهذا يسمى منقطع الاول ولو انعكس الفرض بان وقف على غيره ممن ينقرض ثم على نفسه فهو منقطع الاخر وقد تقدم اختيار صحته حبسا على ذلك الغير ولو عقب ذلك بعد نفسه بالوقف على آخر فهو كمنقطع الوسط وحكمه فيما بعد نفسه كالاول ولو عطف الغير في الاول على نفسه بالواو فليس بمنقطع الاول لبقاء الموقوف عليه ابتداء وهو الغير فان الموقوف عليه ليس هو المجموع منه ومن الغير من حيث هو مجموع بل كل واحد منهما والاقوى صحة الوقف على غيره في نصفه وبطلان النصف في حقه لعدم المانع من نفوذ الوقف في النصف مع وجود المقتضي للصحة وهو الصيغة مع ما يعتبر معها ويحتمل ضعيفا ان يكون الكل للغير خصوصا لو جعلناه للغير في السابق كما مر نظرا الى ان الموقوف بالنسبة اليهما هو المجموع من حيث هو المجموع والحكم بالتنصيف انما نشأ من امتناع كون المجموع وقفا على كل منهما كمنقطع الاول فاذا امتنع الوقف على احدهما خاصة انصرف وقف المجموع الى الاخر ويضعف بانه انما وقف عليهما بحيث يكون لكل منهما حصة فاذا بطل في احدهما لم يصرف الموقوف كله الى الاخر لان ذلك خلاف مدلول الصيغة وخلاف مراد الواقف والعقد تابع للقصد قوله وكذا لو وقف على غيره اه لما كان قاعدة مذهب الاصحاب اشتراط اخراج الوقف عن نفسه بحيث لا يبقى له استحقاق فيه من حيث ان الوقف يقتضي نقل الملك والمنافع عن نفسه فاذا اشترط الواقف قضاء ديونه او ادرار مؤنته او نحو ذلك فقد شرط ما ينافي مقتضاه فيبطل الشرط والوقف معا ولا فرق بين ان يشترط قضاء دين معين وعدمه ولا بين اشتراط ادرار مؤنته مدة معينة ومدة عمره ومثله شرط الانتفاع به مدة حيوته او مدة معلومة وسواء قدر ما يؤخذ منه او اطلقه لوجود المقتضي في الجميع ومن جوز الوقف على نفسه جوز اشتراط هذه الاشياء مط ومنع الاشتراط المذكور مختص بنفسه فلو شرط اكل اهله منه صح الشرط والوقف كما فعله النبي ص في صدقته وشرطته فاطمة ع كذلك وكذا لو شرط ان يأكل الناظر منه او يطعم غيره فان كان وليه الواقف كان له ذلك عملا بالشرط ولا يكون ذلك شرطا للنفع على نفسه قوله اما لو وقف على الفقراء اه الفرق ان ذلك ليس وقفا على نفسه ولا على جامع هو منهم فان الوقف على مثل ذلك ليس وقفا على الاشخاص المتصفين بهذا الوصف بل على الجهة المخصوصة ولهذا لا يعتبر قبولهم ولا قبضهم وان امكن ولا ينتقل الملك اليهم وانما ينتقل الى الله تع ولا يجب صرف النماء في جميعهم ومثل هذا يسمى وقفا على الجهة لان الواقف ينظر الى جهة الفقر والمسكنة مثلا ويقصد نفع موصوف بهذه الصفة لا شخص بعينه ولا فرق في صحة المشاركة بين ان يكون الواقف متصفا بالصفة التي هي مناط الوقف حالة الوقف وبعده وخالف في اصل الحكم ابن ادريس ره فمنع من انتفاع الواقف بالوقف في ذلك وفي نظائره لخروجه عنه فلا يعود وقد عرفت جوابه وفي بعض فتاوى الشهيد ره انه يشاركهم ما لم يقصد منع نفسه او ادخالها وهو حسن فانه اذا قصد ادخال نفسه فقد وقف على نفسه ولم يقصد الجهة واذا قصد منع نفسه فقد خصص العام بالنية وهو جائز فيجب اتباع شرطه للخبر السابق وانما الكلام عند الاطلاق قوله ولو شرط عوده اليه عند الحاجة اه البحث هنا يقع في موضعين الاول في صحة هذا الشرط وعدمه قولان احدهما واختاره المص بل ادعى المرتضى عليه الاجماع صحة العقد والشرط لعموم اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وقول العسكري ع الوقوف على حسب ما يقفها اهلها وخصوص رواية اسمعيل بن الفضل قال سألت ابا عبد الله ع عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حيوته في كل وجه من وجوه الخير وقال ان احتجت الى شيء من مالي او من غلته فانا احق به اله ذلك وقد جعله لله وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل ايرجع ميراثا او يمضي صدقته قال يرجع ميراثا على اهله والمراد بالصدقة في الرواية الوقف بقرينة البلد ولان الوقف تمليك للمنافع فجاز شرط الخيار فيه كالاجارة وثانيهما البطلان ذهب اليه الشيخ ره في احد قوليه وابن ادريس والمص في النافع لان هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف لان الوقف اذا تم لم يعد الى المالك على حال فيكون فاسدا ويفسد به العقد واجابوا عن الاول بان وجوب

الوفاء

الوفاء بالعقد والكون مع الشرط مشروط بوقوعه على الوجه الشرعي وهو عين المتنازع فيه وصحة الشرط المذكور ممنوعة فانها عين المتنازع والرواية الخاصة في طريقها ابان والظاهر انه ابن عثمان وحاله معلوم وفيه انه لا شبهة في كون الواقع عقدا صحيحا لم يفسد والحاصل فيه شرطا مفيدا ولهما العموم حيث لا اتفاق على بطلانهما وان كان من المتنازع وهذا آت في كثير من نظائره من مسائل الخلاف واما ابان بن عثمان فقد اتفقت العصابة على تصحيح ما يصح عنه فلا يقدح الطعن في مذهبه كيف وقد انضاف الى ذلك اتفاق الاصحاب او اكثرهم على العمل بمضمون حديثه ومن ذلك يظهر بطلان حجة المانع والعجب ان ابن ادريس ادعى الاجماع على البطلان مع تصريح المرتضى قبله بالاجماع على خلافه ووافقه المفيد والشيخ في ير وابن البراج وسلار وغيرهم ممن سبقه وح فالعمل بالمشهور لوجوده الثاني على تقدير الصحة والحاجة يجوز له الرجوع ويصير ملكا ويبطل الوقف وان لم يرجع او لم يحتج حتى مات هل يبطل الوقف ويصير ميراثا بالشرط المذكور ويصير حبسا ام يستمر الوقف على حاله قولان اختار المص هنا والعلامة وجماعة الاول عملا بمقتضى الرواية الخاصة ولاشتراك الوقف والحبس في كثير من الاحكام ولان الوقف لما كان شرطه التأبيد والشرط ينافيه حمل على الحبس ولم يخرج عن ملك المالك بل يورث عنه بعد موته وان لم يحتج اليه فان قيل اذا كان قد جعل غاية الحبس حصول الحاجة فاذا مات قبل حصولها ودخوله وجب ان يبقى على ما كان عملا بمقتضى الغاية والا لزم جعل ما ليس بغاية غاية قلنا الحاجة تتحقق بالموت لانتقال المال فيصير الميت فقيرا وايضا فان الحبس لابد ان يكون له نهاية وحيث لم يكن له نهاية في هذه الصورة جعل موته النهاية لانه محل انتقال الملك الى الوارث ولا يعقل بقاء الحبس بعد الموت والرواية تؤيد ذلك وذهب المرتضى ومن تبعه الى الثاني لان صحة الشرط تقتضي العمل بمقتضاه ومقتضى العقد فان رجع الواقف بمقتضى شرطه بطل الوقف عملا بالشرط وان لم يرجع ومات كان على ما كان عملا بمقتضى العقد وهذا احسن ان لم يعتبر الرواية والا فالاول احسن بقي هنا امور احدها ان الحاجة التي شرط عوده عندها ان بين الواقف كميتها فهو ما له عن قدر معين او عن قوت لسنة او غيره اتبع وان اطلق رجع فيها الى العرف ولا شك ان مستحق الزكوة لفقره وغرمه محتاج شرعا وعرفا فيصح اليه واحتمل في س تفسيرها بقصور ماله عن قوت يوم وليلة وبجواز الغيرة والاول اشبه والثاني ان قول المص ره ويعود اليه مع الحاجة ويورث لا يريد بكونه يورث مع عوده لان ليس ذلك موضع شبهة ولانه يصير مستدركا لان عوده الى ملكه يستلزم كونه موروثا ان بقي على ملكه بل المراد انه يورث على تقدير عدم حاجته اليه بناء على صيرورته حبسا كما ذكرناه ومن شأن الحبس ان يبطل بالموت ويورث فيكون ذلك اشارة الى القول الاول في الموضع الثاني الثالث قوله صح الشرط وبطل الوقف لا يخ من تجوز لان الوقف لم ينعقد حتى يحكم ببطلانه وانما المراد ان العقد الواقع بصيغة الوقف يقع حبسا لا وقفا فبطلان الوقف منزل على ذلك الرابع قوله ويعود اليه مع الحاجة يقتضي انه مع تحققها لا يتوقف عوده ماله على فسخ العقد بل ينفسخ بمجرد ظهورها وهذا هو الظاهر من لفظ شرطه لان شرطه عوده بها لا اعادته وبهذا عبر الاكثر ويحتمل عدم عوده بمجرد ظهورها بل يتوقف على اختياره العود لان ذلك بمنزلة شرط الخيار لمنفعة الرجوع ومن شأن هذه الشروط افادة التسلط على الفسخ لا الانفساخ بنفسه بل لو شرط الانفساخ بنفسه لم يصح لان ذلك غير معهود شرعا وقد يستند تجويز الانفساخ بنفسه بظاهر الشرط فان مقتضاه عوده مع الحاجة بالفعل فيدخل في عموم المؤمنون عند شروطهم ويفرق بين ما لو شرط ذلك بهذا اللفظ وبين ما لو شرط تسلطه عليه مع الحاجة فينفسخ بنفسه في الاول دون الثاني ولا يرد عليه ان هذا العقد لا يقبل الخيار فان هذا النوع من الخيار مستثنى بالنص والفتوى دون غيره قوله ولو شرط اخراج من يريد بطل الوقف هذا عندنا موضع وفاق ولان وضع الوقف على اللزوم واذا شرط اخراج من يريد من الموقوف عليهم كان منافيا لمقتضى الوقف اذ هو بمنزلة اشتراط الخيار وهو باطل وخالف في ذلك بعض العامة فسوغ هذا الشرط كما سوغ شرط صرف الريع مدة الى غير الموقوف عليه او صرفها مدة اليه ومدة الى آخر ونحو ذلك والاصل ممنوع قوله ولو شرط ادخال من يريد مع الموقوف عليهم جاز سواء وقف على اولاده او على غيرهم لان هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف بناء على جواز ادخال من سيوجد ويتولد مع الموجود واشتراط ادخال من يريد ادخاله في معناه بل اضعف لانه قد يريد فيكون في معنى اشتراط دخوله وقد لا يريد فيبقى الوقف على اصله فاذا جاز الاول اتفاقا جاز الاخر كذلك وبطريق اولى ومايقال من ان ادخال من يريد يقتضي نقصان حصة الموقوف عليهم فيكون ابطالا للوقف في ذلك البعض غير قادح لان ذلك وارد في شرط ادخال المولود ونحوه ولان العقد لما تضمن الشرط لم يكن للموقوف عليهم حق الا ما طابق له فلا تغيير ولان الوقف لازم في حق الموقوف عليه في الجملة وانما المختلف الحصة وذلك غير قادح كالوقف على بطون فزادت تارة ونقصت اخرى قوله لو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد لم يجز وبطل الوقف هذا هو المشهور بل ادعى عليه الشيخ الاجماع ولما تقدم من ان بناء الوقف على اللزوم فاذا شرط نقله عن الموقوف عليه الى غيره فقد شرط خلاف مقتضاه فيبطل الشرط والعقد وفي ير استشكل الحكم بالبطلان لما ذكرناه ومن عموم المؤمنون عند شروطهم وقول العسكري السابق وانه يجوز الوقف على اولاده ثم على المساكين وقد ادعى في كره على صحته الاجماع وهو يقتضي منع منافاة الشرط لمقتضى الوقف ولانه يصح الوقف باعتبار صفة للموقوف عليه كالفقر فاذا زالت انتقل عنه الى غيره ان شرطه وهو في معنى اشتراط النقل واستقربه في س ويمكن الفرق بين ما هنا وبين الوقف باعتبار الصفة فانه ليس على الموقوف عليه مط بل على المتصف بها خاصة فاذا زالت كان في معنى عدم الموقوف عليه لموت ونحوه بخلاف نقله عنه بالاختيار واما الاجماع الذي نقله في كره فقد يمنع وعدا الى الاشكال كهذه المسئلة قوله وقيل اذا وقف على اولاده الاصاغر اه القول المذكور للشيخ في ير وتبعه عليه تلميذه القاضي لكن بشرط عدم قصره ابتداء على الموجودين ومستند القول صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الص ع في الرجل يجعل لولده شيئا وهم صغار ثم يبدو له ويجعل معهم غيرهم من ولده قال لا بأس وقريب منها رواية محمد بن سهل عن ابيه قال سألت ابا الحسن الرضا ع عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك ان يدخل معه غيره من ولده قال لا بأس به ومثلها صحيحة علي بن يقطين عن الكاظم ع واجيب بمنع دلالتهما على الوقف لان الجعل والصدقة اعم منه فربما كان السبب غير مقتض للزوم والمشهور عدم الجواز الا مع الشرط في عقد الوقف لعموم الادلة السابقة ويؤيدها رواية جميل بن دراج قال قلت لابي عبد الله ع رجل يتصدق على ولده بصدقة

٢٥٦ وهم صغار الى ان يرجع فيها قال لا الصدقة لله وصحيحة علي بن يقطين عن ابي الحسن ع في الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبينه لهم أله ان يدخل معهم من ولده غيرهم بعد ان ابانهم بصدقة قال ليس له ذلك الا ان يشترط انه من ولد فهو مثل من تصدق عليه فذلك له والخبر الاول لا دلالة له على مطلوبهم لانه سئل عن الرجوع فيها واشراك غيرهم معهم ليس برجوع واما صحيحة علي بن يقطين فمعارضة بصحيحة السابقة ويمكن التوفيق بينهما بامرين احدهما ان يكون في الثانية قد شرط ضمه على الاولين كما يشعر به قوله بعد ان ابانهم ويحمل الاول على عدم الشرط لذلك كما يدل عليه الاطلاق فيكون ذلك كقول القاضي و الثاني حمل النهي في الثانية على كراهته جمعا وكلا الامرين آت الا ان الاول من التاويلين اوجه واما دلالة الصدقة على الوقف وعدمه فمشترك الا ان الظاهر ان اكثر الاخبار في هذا الباب بالقرائن قوله والقبض معتبر في الموقوف عليه اولا ويسقط اعتبار ذلك في بقية الطبقات لانهم يتلقون الملك عن الاول وقد تحقق الوقف ولزم بقبضه فلو اشترط قبض الثاني لانقلب العقد اللازم جائزا بغير دليل وهو بط قوله ولو وقف على الفقراء او على الفقهاء فلابد من نصب قيم لقبض الوقف لما كان القبض معتبرا في صحة الوقف وكان الوقف على مثل الفقراء والفقهاء وقفا على الجهة كما سلف لم يكن اعتبار قبض بعض مستحقي الوقف لانه ليس هو الموقوف عليه في الحقيقة وانما كان الوقف على جهة من جهات مصلحته فلابد من قابض للوقف ولما كان الحاكم هو الذي يرجع اليه حكم هذه المصالح كان نصب القيم لقبض وقفها اليه وهو المراد من اطلاق نصب القيم وادنى منه لو قبض بنفسه او نصب المالك بنفسه قيما للقبض فالاقرب الاجزاء خصوصا مع فقد الحاكم ومنصوبه ويحمل النصب قبل ايقاع صيغة ان اعتبرنا مقارنته والا فقبله او بعده وهو الاقوى قوله ولو كان الوقف على المصلحة العامة كالقناطر كفى ايقاع الوقف عن اشتراط القبول وكان القبض الى الناظر في تلك المصلحة هنا حكمان احدهما ان الوقف على المصالح العامة كالقناطر والمساجد لا يشترط فيه القبول ووجهه ظ لان القبول يكون من الموقوف عليه وقد عرفت ان الموقوف عليه في مثل ذلك هو الجهة ولا يعقل اعتبار قبولها بخلاف ما لو كان الوقف على معين فان قبوله ممكن فيمكن القول باعتباره وبينهم من قول المص ان القبول ممتنع في الجهة ولم يعلم منه ما يدل على اعتباره والثاني ان قبض الوقف في مثل ذلك ولا ريب في اعتباره مط ثم ان كان لتلك المصلحة ناظر شرعي من قبل الواقف تولى القبض من غير اشتراط مراجعة الحاكم لان الناظر مقدم عليه فان لم يكن لها ناظر خاص فالقبض الى الحاكم قوله ولو وقف مسجدا صح الوقف ولو صلى فيه واحد لانه يتحقق قبض المسجد بصلوة واحد فيه بعد الوقف وقبض المقبرة بدفن واحد فيها ويجب تقييده بوقوع ذلك باذن الواقف ليتحقق الاقباض الذي هو شرط صحة القبض وقيده اخرون بايقاع الصلوة والدفن بنية القبض ايضا فلو وقعا ذلك لا بنيته كالوقوع قبل العلم بالوقف او بعده قبل الاذن في الصلوة او بعدها لا بقصد القبض اما الذهول عنه او لغير ذلك لم يلزم وشمله الدفن وانما اختص هذا الوقف بنية القبض ولم يشترط في مطلقه لان المقبض هنا صرفه الى الجهة الموقوف عليها وقبض بعض المستحقين كقبض الاجنبي بالنسبة الى غير الموقوف عليه فلابد من نية صارفة الى الوقف بخلاف الوقف على معين فان قبضه متحقق لنفسه والمطلوب صرفه اليه وهو حاصل فلا حاجة الى قصد تعيينه ومن الفرق يظهر ان القابض لو كان وكيلا عن الموقوف عليه اعتبر قصده القبض عن الغير وكذا لو وقف الاب او الجد ما بيدهما على المولى عليه اعتبر نيتهما عن الطفل ولا يكفي استصحابه بهما لان القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره هذا كله اذا لم يقبضه الحاكم الشرعي او منصوبه والا فالاقوى الاكتفاء به اذا وقع باذن الواقف لانه نائب المسلمين وهذا في الحقيقة وقف عليهم وان اختص بجهة المسجد والمقبرة ولانه ولي المصالح العام لو سلم عدم كونه وقفا على المسلمين فيعتبر قبضه وربما كان قبضه اقوى من قبض المصلي والدافن لان الصلوة والدفن تصرف في الوقف فهو فرع صحة الوقف التي هي فرع تحقق القبض بخلاف قبض الحاكم لانه نفس حقيقته واعلم انه لا فرق في الصلوة بين الواجبة والمندوبة ولا بين الواقعة من الواقف وغيره ويشترط كونها صحيحة ليتحقق مسماها شرعا وكذا لا فرق في المدفون بين الصغير والكبير ويعتبر كونه واقعا على الوجه الشرعي جامعا الشرايط وكون المدفون من جملة الموقوف عليه فمنهم كالمسلم فيما يوقف على المسلمين وفي حكمه من يتبعه من طفل ومجنون وفي الصغير المسبي الوجهان قوله ولو صرف الناس في الصلوة في المسجد او في الدفن اه صرح بالتشديد اي اذن لهم في التصرف ووجه عدم الاكتفاء بعد كون الوقف من العقود اللازمة المتوقفة على صيغة مخصوصة ظاهر ولاصالة بقاء الملك على مالكه ما لم يثبت المزيل وكذا القول فيما لو تلفظ بالصيغة ولم يقبضه لان القبض احد اركان صحته وهذا موضع وفاق وانما نبه به على خلاف ابي حنيفة حيث جعل الوقف متحققا بالاذن مع الصلوة وبالدفن كما محتجا بالعرف وقياسا على تقديم الطعام للضيف والعرف ممنوع قوله الوقف ينتقل الى ملك الموقوف عليه اه الكلام هنا يقع في موضعين احدهما ان الموقوف هل ينتقل عن ملك الواقف ام يبقى على ملكه فالمشهور وهو اختيار المص ره انتقاله عنه لان الوقف سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فيزيل الملك كالعتق ولانه لو كان باقيا على ملكه لرجعت اليه قيمته كالملك المطلق ويظهر من ابي الصلاح من علمائنا وهو اختيار جماعة من العامة انه لا ينتقل عن ملكه لقول النبي ص حبس الاصل وسبل الثمرة والحبس على الادمي لا يخرج عن الملك ولجواز ادخال من يريد مع صغر الاولاد ولو انتقل لم يجز ذلك ودليل الصغرى قد تقدم والكبرى ظاهرة واجيب عن الاول بان المراد بتحبيس الاصل ان يكون محبوسا على ملك الموقوف عليه وما في معناه لا يباع ولا يوهب ولا يورث والملك انما زال على هذا الحد من شرايط ومطلق الحبس لا يدل على عدم الخروج فان منه ما يخرج عن الملك مع ان هذا الحبس ليس هو ذاك لانه قسيمه فلا يكون قسما منه بل هذا حبس اقوى وادخال من يريد مع اولاده ان سلم فبدليل خارج والاقوى الاول والثاني على تقدير القول بانتقاله عن ملكه الى من ينتقل فذهب الاكثر ومنهم المص الى انه ينتقل الى الموقوف عليه واليه اشار المص ره من انه مال مملوك لوجود فائدة الملك فيه وهي ضمانه بالمثل او القيمة وليس الضمان للواقف ولا لغيره فيكون للموقوف عليه ومنعه من بيعه لا ينافي الملك كام الولد فانه مملوكة للمولى مع عدم جواز بيعها وقد يجوز بيعه على بعض الوجوه وسيأتي نقض ذلك ببواري المسجد والانه فانها تضمن بالقيمة وملكها لله تعالى لا للناس وقد يقال ان النقض انما يتم اذا جعلنا المضمون في الوقف على المعين وقفا لو جعلناه للموقوف عليهم لم يتم فيه نظر لانا نجعله للموقوف عليهم طلقا وربما يؤكد النقض من حيث ان ذلك آكد في تحقق الملك بخلاف جعله وقفا فانه يبقى على اصل الشبهة واحتج الامام فخر الدين

في الانتقال

٢٥٧ على الانتقال اليه برواية علي بن سليمان النوفلي المتضمنة للسؤال عن ارض موقوفة على قوم متفرقين في البلاد فاجاب ابو جعفر الثاني ع بانها لمن حضر البلد الذي فيه الملك ووجه الاستدلال انه ع اثبت اللام المفيدة للملك وان المحكوم عليه هو الارض لا منفعتها لانها المذكورة سابقا وفيه نظر لان الحكم لو كان على الارض لما استحق من غاب عن البلد منهم شيئا منها وهو خلاف الاجماع وانما الحكم انه لا يجب تتبع من غاب مع انه لو تتبع جاز ومثله ما لو ذهب بعض من في البلد وحضر قوم آخرون فان الحكم ينعكس وهو ينافي الملك المذكور وكيف كان فالاقوى الانتقال اليه كما ذكر لكن هذا انما يتم في الموقوف عليه المعين المنحصر اما لو كان على جهة عامة او مسجد ونحوه فالاقوى ان الملك فيه لله تعالى لتساوي نسبة كل واحد من المستحقين اليه واستحالة تملك كل واحد او واحد معين للاجماع واستحالة الترجيح ولا المجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضر به والمص ره اطلق الحكم بانتقاله الى الموقوف عليهم فيمكن ان يريد به مط كما اطلقه الشيخ ره وجماعة نظرا الى ما تقدم وجواز كون الموقوف عليه هو الامر الكلي مقيدا بمن حضر وما يقال في جوابه من ان المالك لابد ان يكون موجودا في الخارج لاستحالة ملك من لا وجود له ولا تعيين عين المتنازع وجاز ان يكون الموقوف عليه الجهة والملك لها ويمنع من عدم قبولها للملك فانه كما يجوز نسبة الملك اليها كذلك فالاقوى التفصيل خصوصا في الوقف على المسجد والمقبرة لانه فيهما فك ملك كتحرير العبد ومن ثم لا يشترط فيه القبول من الحاكم ولا من غيره ولا يشترط القبض من الحاكم بل كل من تولاه من المسلمين صح قبضه بالصلوة كما مر ومثله المقبرة اما الجهات العامة فلما اشترط فيها قبض القيم او الحاكم وقيل باشتراط القبول فيها كان الشبهة فيها اقوى والمراد بكون الملك لله تعالى انفكاك الموقوف عن ملك الادميين واختصاصهم لا كونه مباحا كغيره مما يملكه الله تعالى وتظهر فائدة الخلاف في مواضع سيفرع المص بعضها قوله ولو وقف حصة من عبد اه هذا من جملة الفروع على انتقال الملك عن الواقف ولا فرق بين كون الموقوف حصة من العبد وجميعه لاشتراكهما في المعنى وانما فرضه في الحصة ليتفرع عليه ما سيأتي من وقف الشريك حصته قوله ولو اعتقه الموقوف عليه لم يصح ايضا لتعلق حق البطون به لما كان الحكم بانتقال الملك الى الموقوف عليه ربما اوهم جواز تصرفه في العين بالعتق وغيره والامر ليس كذلك نبه على منعه ايضا وعلله بانه وان كان مالكا الآن لكن ليس منحصرا فيه بل مشتركا بينه وبين ما بعده من البطون وان لم تكن موجودة بالفعل فتصرفه فيه بالعتق يبطل حقهم منه فلا يصح وهذا التعليل لا يتم مط اذ ليس من شرط الوقف ان يكون بعده على بطون بل قد يكون مختصا به لما تقدم من حكمه بصحة الوقف المنقطع الاخر وقد يكون بعده لجهات عامة ثم ولا يسمى بطونا ويمكن التزامه من الاول بجعل الوقف المنقطع حبسا كما هو احد الاقوال في المسئلة وان لم يكن صرح به والكلام هنا ليس في الحبس والجهات العامة بعده في حكم البطون وكيف كان فالتعليل العبارة من جوزه الاولى بتعليل عدم صحة عتقه بكون الوقف يقتضي تحبيس الاصل على الموقوف عليه مط والعتق ينافيه وح فالقول بملكه له لا يقتضي جواز تصرفه في الاصل لمنعه من كل تصرف ناقل للملك من العتق وغيره قوله ولو اعتقه الشريك مضى العتق في حصته اه هذا ايضا من جملة ما يتفرع على الخلاف السابق وتحرير القول في ذلك ان نقول العبد الذي بعضه وقف وبعضه طلق لو اعتق صاحب الطلق حصته هل يسري عليه فينعتق جميعه ام لا يبنى على ان الملك في الوقف هل يبقى للواقف ام ينتقل الى الله تعالى ام الى الموقوف عليه فعلى الاولين لا يسري لانه اذا انتقل الى الله تعالى كان في معنى التحرير الذي لا يقبل التغيير واذا لم ينتقل عن الواقف كان في معنى اعتاقه وهو ممتنع ايضا لما يستلزم من ابطال حق الموقوف عليه وعلى القول بانتقاله الى الموقوف عليه ففي السراية وجهان اشار اليهما المص ذهب الاكثرون بل كاد يكون اجماعا الى عدم السراية لما اشار اليه المص من العلة وهو ان العتق لا ينفذ في الحصة الموقوفة مباشرة كما سبق فالاولى ان لا ينفذ فيها سراية ووجه الاولوية ان العتق مباشرة اقوى من العتق بالسراية لانه يؤثر في ازالة الرق بلا واسطة وهي انما تؤثر فيه بواسطة المباشرة ولانها من خواص عتق المباشرة وتوابعه فاذا لم يؤثر الاقوى المتبوع وذو الخاصة فالاضعف والتابع اولى ووجه السراية ما افاده المص بقوله ويلزم من القول بانتقاله الى الموقوف عليهم افتكاكه من الرق ويفرق بين العتق مباشرة وبينه سراية بان العتق مباشرة يتوقف على انحصار الملك في المباشر او فيه وفي شريكه وليس كذا افتكاكه فانه ازالة للرق شرعا وتقرير الفرق ان المانع من نفوذ العتق فيه مباشرة فقد شرط من شرائط العتق مباشرة وهو انحصار الملك في المباشر او فيه وفي شريكه بحصر فيتخلف لاجله تأثير المباشرة لفوات هذا الشرط وليس هذا الشرط معتبرا في عتق السراية اذ هو ازالة الرق شرعا بطريق القهر فهي افتكاك محض بمنزلة اتلاف الحصة فيغرم قيمتها للموقوف عليه فلا منافاة بين عدم نفوذ الاقوى لفقد شرط ونفوذ الاضعف لاجتماع شرايطه ويؤيده عموم قول النبي ص من اعتق شركا من عبد وله مال قوم عليه الباقي وهذا الفرق مبني على ان المانع من عتق الموقوف عليه انما هو حق الشركاء كما تقدم تقريره منه بقوله لتعلق حق البطون به وقد عرفت انه غير جيد وانه ممنوع من التصرف سواء كان شريكا ام لا لاقتضاء الوقف تحبيس الاصل مط وح فلا فرق بين العتق مباشرة وسراية وانما يتم الفرق في بعض الفروض وهو ما لو كان الوقف على بطون متعددة او جهات كذلك لا مط واما عموم النص بالسراية فمعارض بمثله في المنع من التصرف في اصل الوقف فيبقى معنا استصحاب الحكم الى ان يثبت الناقل الخالي عن المعارض ولاقتضاء السراية سلطنة على مال الغير فيقتصر فيها على موضع الوفاق واعلم ان ما بيناه من الحكم على الاقوال الثلثة هو ظ كلام المص ره لانه قال ويلزم من القول بانتقاله الى الموقوف عليهم افتكاكه ومفهومه انا اذا لم نقل بذلك سواء قلنا بانتقاله الى الله تعالى ام لم بقائه على ملك الواقف لا ينفك وبهذا المفهوم صرح الشهيد ره في س فقال ان الوجهين مبنيان على المالك فان قلنا انه هو الله تعالى او الواقف فلا سراية وان جعلناه الموقوف عليه فالاقرب عدم السراية وفي شرح الارشاد جعل الاحتمال قائما عليهما فقال ان احتمال التقويم يضعف على تقدير القول بانتقال الموقوف الى الله تعالى ويقوى على تقدير القول بانتقاله الى الموقوف عليهم هذا لفظه ولم يذكر حكمه على القول بعدم انتقاله عن ملك الواقف والحق ان الاحتمال قائم على الجميع لان عموم خبر السراية شامل للجميع والمنع مباشرة لمعارض موجود كذلك وقد قررناه سابقا والفرق بين مالك الواقف والموقوف عليه ضعيف جدا فان كلا منهما ممنوع من التصرف اما لحق الموقوف عليه مط او للباقي البطون او لعموم اقتضاء الوقف تحبيس الاصل عن مثل هذا التصرف واما القول بانتقاله الى الله تعالى فقد عرفت ان المراد منه قطع سلطنة المالكين من الواقف والموقوف عليه وذلك التحرير لا ينافي

اشكال

٣٥٨ امكان عتقه حيث يدل عليه دليل وليس هو في معنى التحرير مطلقا ولهذا جاز بيعه في بعض الموارد بخلاف التحرير وان كان الحكم على تقدير انتقاله الى الموقوف عليه اوضح
واعلم انه على القول بالسراية ودفع القيمة يكون بمنزلة الاتلاف الوقف على بعض مضمون وفي شراء حصة من عبد بها يكون وقفا اوله قصاص الموجود بها قولان
يلحق الكلام فيهما قوله ولو كان الموقوف مملوكا كانت نفقته في كسبه الى آخره هذا الحكم متفرع على مالك الوقف فان جعلناه للموقوف عليه كما اختاره المص فنفقته في كسبه
احق بها لان نفقته من كسبه لان نفقته من شروط بقائه كعمارة العقار وهي مقدمة من غلته على حق الموقوف عليه ولان الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه
وهو موقوف على بقاء عينه وانما يبقى بالنفقة فيصير كانه شرطها من كسبه والثاني وهو الاقوى وجوبها على الموقوف عليه لانه ملكه والنفقة تابعة للملك
لله تعالى فيبنى على ان نفقة مستحق المنافع كالاجير الخاص والموصى بخدمته على مستحقها ام لا فان جعلناها عليه فهي على الموقوف عليه ايضا والا ففي كسبه
فان تعذر ففي بيت المال ويحتمل كونها في بيت المال مطلقا على الموقوف عليه على الاول وعلى الواقف على الثاني فان تعذرت لاعسار او غيره ففي كسبه فان
قصر ففي بيت المال ويحتمل تقديم كسبه وتقديم بيت المال واما عمارة العقار فحيث يشترط والا فمن غلته فان قصرت لم يجب على احد بخلاف الحيوان
لوجوب صيانة روحه ولو مات العبد فمؤنة تجهيزه كنفقته في حياته قوله ولو صار مقعدا انعتق الى آخره انما يبطل عن مولاه نفقته من حيث هو مملوك لانه قد
صار حرا لكن نفقته بجميع عجزه وعدم وجود باذل لها على المسلمين كفاية كغيره من المضطرين والموقوف عليه من الجملة فيجب عليه لكن من هذه الحيثية لا من حيث
المملوكية قوله ولو جنى العبد الموقوف عمدا لزمه القصاص هو موضع وفاق ثم ان كانت الجناية دون النفس بقي الباقي وقفا لوجود المقتضي فيه اذ لا يبطل الكل
ببطلان بعض قوله وان كانت نفسا ولخيار الولي القصاص في الامر ونحو ان اختار الاسترقاق الذي هو احد فردي الحقين المخير فيهما ولي المجني عليه اذا
كان الجاني عبدا عمدا ضد قطع المصنف بانه ليس له استرقاقه وجهان الوقف في غير الثاني ربما امتنع بانه وهو بناء في استرقاقه لا سلك انه بطلان
الوقف مع بقاءه وخرج عن الوقف في بعض الموارد لدليل خارج لا يقتضي التعدي حيث لا دليل وقيل له الاسترقاق ايضا لان المجني عليه يستحق ابطال الوقف
والتراجع عن ملك الموقوف عليهم بالقتل قطعا والعفو عنه مطلوب شرعا وفي استرقاقه جمع بين حق المجني عليه وفضيلة العفو وابقاء النفس المحترمة بالاصل
فيكون اولى من القتل والتابيد الواجب في الوقف انما هو حيث لا يطرأ عليه ما ينافيه وهو موجود هنا فيما هو اقوى من الاسترقاق قوله وان كانت الجناية
خطأ تعلقت بمال الموقوف عليه الى آخره القول الاول للشيخ وجماعة ووجهه ما ذكره المص من تعذر استيفائها من رقبته اذ لا يتعلق الارش الا برقبة من يباع وقد امتنع
ذلك لحق الموقوف عليه فكان عليه ان يفديه بالارش والاقوى ما اختاره المص لان فيه جمعا بين الحقين نعم لو لم يكن كسب الجاني تعلقت الجناية برقبته وجاز
بيعه كما يقتل في العمد والبيع ادون من القتل بل الحامل في الف التعلق بالرقبة وجواز البيع مطلقا ما ذكرناه وهذا كله مبني على انتقال الملك الى الموقوف عليه اما لو قلنا
بعدم انتقاله او انتقاله الى الله تعالى تعلق بكسبه قطعا ويحتمل تعلقها بمال الواقف لو لم نقل بانتقاله عنه وتعلقها ببيت المال لو قلنا بالانتقال الى
الله تعالى قوله اما لو جنى عليه الى آخره اما استحقاقهم للارش فلا شبهة فيه لانه عوض عن جزء فائت او صفة وكلاهما من توابع العين التي هي مستحقة لهم او مملوكة
واما استحقاقهم القصاص على تقدير فوات نفسه فينبغي تفريعه على القول بانتقال الملك اليهم ليكونوا هم الاولياء كما لو كان المقتول عبدهم اما لو قلنا
بانتقاله الى الله تعالى احتمل ان يكون حكم القصاص الى الحاكم لانه ولي هذه المصالح المتعلقة بالله تعالى ويحتمل ضعيفا استحقاق الموقوف عليهم من حيث تعلقهم
واستحقاقهم منفعته ولاحتمال ان يصالح القاتل على مال فيرجع نفعه اليهم مطلقا او وقفا على ما سيأتي وعلى كل حال فعلقة الملك متعلقة بهم وان لم نقل
بملك نفس الرقبة ولو قلنا ببقائه على ملك الواقف فحق القصاص له والمراد بكونها نفسا انه يوجب القصاص ان يكون القاتل عبدا مثله ويكون موجبة
للمال ان يكون القتل خطأ او القاتل حرا او فيه شيء من الحرية اذا تقرر ذلك فان اخذت الدية على تقدير ثبوتها او صولحوا في العمد فهل يجب ان يقام بها عبد مقامه
او بعض عبد يكون وقفا او يختص بها الموجودون من الموقوف عليهم وقت الجناية قولان ناشيان من المصالي وجهيهما وجه الاول ان الدية عوض رقبة والرقبة
ليست ملكا تاما للموجودين بل للبطون اللاحقة فيها حق وان لم يكن بالفعل لكنه بالقوة القريبة منه لحصول السبب المملك والمعدات للملك ولم يتخلف
منها سوى وجودهم وح فلا سبيل الى ابطال حقهم فيجب ان يشترى به عبد او بعض عبد يكون وقفا ابقاء للوقف بحسب الامكان وصيانة له عن الابطال وتوصلا
الى غرض الواقف ولان الوقف تابع لبقاء المالية ولهذا يجب الشراء بقيمته حيث يجوز بيعه يكون وقفا ووجه الثاني ان الوقف ابتداء متعلق بالعين لان
موضوعه العين المتخصصة لا غير وقد بطلت بابطاله فامتنع ان يكون لمن سيوجد من البطون فيه حق لانهم حال الجناية غير مستحقين وقد صيرناهم مستحقين
فخرج التالف عن كونه وقفا ويضعف بان القيمة بدل عن العين فيملكها من يملكها على حد ما يملكها ويتعلق بها حق من يتعلق حقه بها والوقف وان
لم يتناول القيمة مطابقة لكنه يتناولها اقتضاء من حيث انها قائمة مقام العين ولان حق الوقف اقوى من حق الرهن وهو يتعلق بالقيمة فالوقف اولى
وح فالاقوى الاول بقي هنا مباحث الاول يظهر من العبارة ان الخلاف مختص بالدية اما الارش فقد قطع بكونه للموجودين والذي يقتضيه الدليل
وصرح به غيره ان حكمه كالدية والخلاف واقع فيهما والضابط ايجاب الجناية المال الثاني على تقدير شراء بدله من يتولى شراءه يبني على القاعدة السابقة
فان قلنا الملك للموقوف عليهم فحق الشراء لهم لانهم المالكون والبطون اللاحقة تابعة لهم ويحتمل الحاكم نظرا الى مشاركة البطون اللاحقة وليس للبطن
ولاية عليهم بخلاف الحاكم وان جعلنا الملك لله تعالى فالحاكم ليس الا ولو ابقيناه على ملك الواقف فالوجهان وحيث يتعذر الحاكم يتولاه الموقوف عليه قطعا
فان تعذر او كان منتشرا فبعض المؤمنين حسبة الثالث هل يصير وقفا بمجرد الشراء ام يفتقر الى الصيغة كل محتمل وان كان الاول اقوى لانه بالشراء يصير
بدلا عن العين كالرهن وعلى الثاني يباشره من يباشر الشراء الرابع لو لم تف القيمة بعبد كامل اشترى شقص امتثالا للامر بحسب الامكان ولو فضل
فضل عن قيمة عبد اشترى معه ولو شقصا اخر بالباقي الخامس هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص او عن الارش او الدية يبني على ان البطون
اللاحقة هل تشارك فيه ام لا فعلى الاول ليس لهم العفو وعلى الثاني لهم العفو لاختصاص الحق فيهم السادس على تقدير المشاركة لو عفى الاول

فللثاني

٣٥٩ فللثاني ان يستوفي لوجود سبب الاستحقاق من حين الجناية وان لم يثبت بالفعل مع احتمال العدم لتجدد استحقاقه بعد سقوط الحق بالعفو وعلى
تقدير جواز استيفائه الثاني هل له القصاص كالاول لو كانت الجناية توجبه ام يختص بالدية وجهان من مساواته للاول في الاستحقاق ومن تغليب
جانب العفو لحصوله من الاول والاقوى الاول السابع لو كان الجاني عبدا واسترق او بعضه ففي اختصاص الاول به او مشاركة البطون قولان مبنيان
والاقوى المشاركة لما تقدم قوله اذا وقف في سبيل الله الى آخره لما كان السبيل هو الطريق فسبيل الله كلما كان طريقا اليه اي الى ثوابه ورضوانه لاستحالة
التحيز عليه كالغزو اليه وح فالموقوف في سبيل الله مصرفه كل مصلحة يتقرب بها الى الله تعالى كما ذكر في الامثلة وغيرها من نفع المحاويج وغير ذلك
وقال الشيخ ره يختص الوقف في سبيل الله بالغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان وبالحج والعمرة فيقسم اثلاثا وقال ابن حمزة سبيل الله
المجاهدون والاقوى المشهور وان كان اطلاقه على ما ذكره اقوى فان ذلك لا يمنع من تناول غيره مما يدخل في مفهومه قوله وكذا لو قال في سبيل الله
هو المشهور بين الاصحاب ان هذه المفهومات الثلاثة يرجع الى معنى واحد هو سبيل الله بالمعنى العام المتقدم واللغة والعرف يرشدان اليه ونبه
بقوله ولا يجب قسمة الفائدة اثلاثا على خلاف الشيخ حيث ذهب الى قسمته ثلاثة اقسام ثلثه الى الغزاة والحج والعمرة وهو سبيل الله وثلثه الى الفقراء
والمساكين ويبدأ باقاربه وهو سبيل الثواب وثلثه الى خمسة اصناف الذين ذكرهم الله تعالى في اية الصدقات وهم الفقراء والمساكين وابن السبيل و
الغارمون وفي الرقاب وهو سبيل الخير ودعوى هذا التفصيل لا يخلو من التحكم والاقوى ان الثلاثة بمعنى وهو قول اخر للشيخ قوله اذا كان له موال من اعلى
اسم المولى يطلق بالاشتراك اللفظي على معنيين على السيد الذي اعتق وانتهى اليه ولاء العتق ويقال له المولى من اعلى وعلى العبد الذي اعتقه سيده ويقال
له مولى من اسفل بالنسبة الى المعتق ومن انتقل اليه ولاؤه فاذا وقف على مواليه فان كان له موال من احد الجانبين خاصة انصرف الوقف اليه قطعا وان اجتمع
له الصنفان فان دلت القرينة على ارادة احدهما او كليهما صرف الوقف بحسب القرينة وهذا ايضا لا اشكال فيه وان انتفت القرائن رجع الى تفسيره لانه
اعلم بما اراد فان تعذر الرجوع اليه او قال انه لم يقصد شيئا بخصوصه وانما وقف على مدلول هذا اللفظ ففي بطلان الوقف او صرفه اليهما او الى احدهما
اقوال وتحقيق القول فيها يتوقف على مقدمتين احديهما انه هل يشترط في الجمع اتحاد معنى افراده حتى يمتنع تثنية المشترك باعتبار معانيه والحقيقة والمجاز
وجمعهما ام لا فيه للنحاة مذهبان اشهرهما كما قال في الارتشاف واصحهما على ما اقتضاه كلام ابن مالك في التسهيل انه لا يشترط لان الف التثنية
وواو الجمع في المجموع بمثابة واو العطف فاذا قلت جاء الزيدون كانك قلت جاء زيد وزيد وزيد وكما يصح عطف المتفق في المعنى بالواو صح عطف المختلف
والثانية ان المشترك عند تجرده عن القرينة الدالة على ارادة معانيه او بعضها هل يحمل على الجميع اذا كانت جمعا خاصة فيه اقوال للاصوليين اشهرها الثاني
وتحقيقه في الاصول اذا تقرر ذلك فنقول اذا وقف على مواليه وله موال من الجانبين ولم يحصل لاحد الامرين فان قلنا بجواز جمع المشترك وحمله على معانيه
مطلقا مع جمعه صح الوقف وصرف اليهما كما اختاره المص وجماعة وكذا ان قلنا يحمل المجموع عليهما خاصة لانه وقع هنا مجموعا وان قلنا بعدم حمله على معانيه حقيقة
بطل لعدم تعيين مصرفه سواء جوزنا جمع المشترك بجميع معانيه ام لا اما على الاول فظ واما على الثاني فلانه بمنزلة المفرد المشترك وحكمه كذلك ويتوجه المنع
قولان اخران احدهما الصحة لا لما ذكر بل لان المولى متناول للجميع كالاخوة فان اطلاقها يتناول الاخوة من الابوين ومن احدهما وهو قول الشيخ وظ هذا التعليل
يقتضي دعوى ان المولى مشترك اشتراكا معنويا كالاخ وبطلانه ظ لان الاخوة يجمعها معنى وهو اتصال الشخصين بالتولد عن ثالث متصل بهما وهذا المعنى
يشترك فيه كثيرون كاشتراك الانسان بين افراده من حيث اشتراكها في معنى الانسان وهو الحيوان الناطق بخلاف المولى فان فرديه وهما المعتِق والمعتَق
لا يجمعهما معنى واحد بل هما متباينان وانما اشتركا في اللفظ خاصة ولنص اهل اللغة على اشتراكهما لفظا والثاني انه ان جمع اللفظ كما ذكر هنا حمل على الموليين
وان افرده حمل على الاعلى خاصة وهو قول ابن حمزة ره ولعل قرينة الاحسان اليه تحمل على المكافاة وقيل وهو مبني على ان لفظ المولى متواطئ بالتشكيك و
مقوليته على الذي اعتقه اولى من ولي نعمته وانه يحمل لفظ الجمع عليهما كما هو احد الاقوال وفيه ان مقوليته بالتشكيك يتوقف على كون اشتراكه معنويا وقد
عرفت فساده واما الجمع فلا يبعد ادخال افراد المشترك بخصوصه وان كان هنا قد وقع مضافا وهو من صيغ العموم المستغرق لما يصلح له وهو صالح للكل
لان العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد فخرج المشترك وبالجملة فتعريف العموم منزل على مذاهب القوم في جواز استعمال المشترك
في كلا معنييه فمن جوزه في الجمع اكتفى في تعريف العام بانه اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له ومن منع زاد بوضع واحد ليخرج المشترك وح فلا فرق بين المفرد و
الجمع والوجه الاخير في المسئلة انه يحمل على الموالي من اسفل خاصة لقرينة كونهم محتاجا غالبا فيتوجه النفع الى الوقف عليهم لشدة حاجتهم بخلاف الاعلى فانه
على العكس غالبا وهذا الوجه لا نعلم به قائلا من اصحابنا انما هو قول الشافعية هذا كله اذا وقع بلفظ الجمع ولو وقع بلفظ الافراد بان وقف على مولاه
وتردد في بطلانه او صرفه اليهما او الى احدهما الاوجه ايضا الا ان بعض المقدمات والتعليلات مختلفة هنا كما لا يخفى والاصح البطلان في الجميع قوله اذا وقف
على اولاده او اولاد اولاده اشترك اولاد البنين والبنات ذكورهم واناثهم من غير تفضيل اما اشتراك الجميع فلصدق الاولاد على الذكور والاناث قطعا فيصدق على
اولادهم مط انهم اولاد اولاده وان لم يصدق على اولاد الاولاد بانهم اولاد بطريق الحقيقة على ما قد وقع فيه من الخلاف واما اقتسامهم بالسوية فلاقتضاء
الاطلاق ذلك مع اشتراكهم في سبب الاستحقاق واستواء نسبتهم اليه واعلم انه كما يدخل الاناث في الاولاد يدخل الخناثى لشمول اسم الولد لهم سواء جعلناهم
في البنين والبنات ام جعلناهم طبيعة ثالثة بخلاف ما لو وقف على البنين خاصة او على البنات خاصة فان لهم اما الوجه بينهما ففي دخولهم قولان للعلامة
في عدم بره ومنشاهما انهم ليسوا بذكور ولا اناث وانهم لا يخرجون من الصنفين في نفس الامر ولهذا يستخرج بالعلامات ومع فقدها يرث نصف النصيبين
وفيه نظر اذ لا كلام فيه مع وجود العلامة ولا دلالة لنصف النصيبين على حصره فيهما بل يمكن دلالته على عدمه وجاز كون الطبيعة الثالثة متوسطة
كما انها متوسطة الحقيقة واما الاستدلال على الاختصاص فيهما بمثل قوله تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور الاية فغير مفيد قوله اما لو قال من

٣٦٠ انتسابهم اليه فيدخل اولاد البنات هذا هو الاشهر وقد تقدم خلاف المرتضى رض في ذلك وانه قد حكم بدخولهم في الاولاد حقيقة وهو يقتضي انتسابهم اليه بطريق اولى قوله ولو وقف على اولاده انصرف اه اذا وقف على اولاده او اولاد فلان واطلق فلا يخلو اما ان يكون هناك قرينة حالية تدل على تناول اولاد الاولاد كالوقف على الهاشمين او مقاليه كقوله الاعلى فالاعلى او بطنا بعد بطن او يقف على ولد فلان وهو يعلم انه ليس له ولد من صلبه ونحو ذلك اولا فان وجدت عمل بمقتضاها وشمل اولاد الاولاد ولا اشكال والا ففي اختصاصه باولاد الصلب او شموله لاولاد هم قولان اصحهما عند المص والاكثر الاول لما اشار اليه المص من الدليل فان ولد الولد غير مفهوم من اطلاق لفظ الولد ولهذا يصح سلبه عنه فيقال ليس ولدي بل ولد ولدي واصل الاطلاق عليه اعم من الحقيقة ولا نزاع في الاستعمال المجازي واما الاستدلال على عدم دخولهم بقوله تعالى ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب في قراءة من قرأ بالنصب عطفا على بنيه وهو ابن ابنه والعطف يقتضي المغايرة فدل على عدم تناولهم ففيه انه يكفي مع شذوذ هذه القراءة مغايرة الجزء للكل كما جاء في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل مع ان جبريل من جملة الملائكة وكون المغايرة هنا بالشرف لا ينفي جواز اصل العطف كذلك فانه غير مشروط به وان كان اظهر وجواز ارادة هنا ابنه فيخص شان يعقوب على ابيه واولاده وقرء ويعقوب بالرفع عطفا على ابرهيم ولا اشكال ح وذهب جماعة من الاصحاب منهم المفيد والقاضي وابن ادريس الى دخول اولاد الاولاد لقوله تعالى يا بني ادم يا بني اسرائيل للاجماع على تحريم حليلة ولد الولد من قوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم ولدخولهم في مثل قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم ونحو ذلك ودخولهم في اطلاق كلام الله تعالى يقتضي دخولهم في غيره ولقول النبي صلى الله عليه وآله لا تزرموا ابني لما بال الحسن في حجره اي لا تقطعوا عليه بوله والاصل في الاطلاق الحقيقة ولحيان دخولهم ثم بدليل خارج لا من حيث هذا الاطلاق ومطلق الاستعمال اعم من الحقيقة وقد حقق في الاصول واستدل بان اسم الولد لو كان شاملا للجميع لزم الاشتراك وان عورض بلزوم المجاز فهو اولى من الاشتراك وفيه نظر لجواز ان يكون مستعملا في القدر المشترك بان يكون متواطئا او مشككا وهو اولى منهما والاقوى عدم الدخول الا مع القرينة قوله ولو قال على اولادي واولاد اولادي اختص بالبطنين هذا متفرع على السابق فعلى القول بدخول اولاد الاولاد ثم يدخلون هنا في كل من اللفظين والاصح الاختصاص بمن ذكره قوله ولو قال على اولادي فاذا انقرضوا اه البحث في هذه المسئلة في موضعين احدهما ان اولاد الاولاد هل يدخلون في الوقف ام لا فالذي ذهب اليه الشيخ ره الدخول عملا بالظاهر والقرينة المقالية فان الواقف لما شرط انقراضهم في انتقال الوقف الى الفقراء اقتضى انه وقف عليهم ولانه عطف الانقراض على الانقراض والتعريف الاول لحق في الوقف فيدخل الاخر ولانه لولاه كان الوقف منقطعا مع ان شأنه الدوام ورد بانتفاء دلالة اللفظ على ذلك باحد الدلالات اما المطابقة والتضمن فظ واما الالتزام فلان اللفظ صالح لتعيين بالصرف اليهم وعدمه ولا دلالة للعام على الخاص ولا يلزم من اشتراط انقراضهم كونه وقفا عليهم لانتفاء وجه التلازم ولانه لو دل على الوقف عليهم لوجب التشريك بينهم وبين الاولاد لانتفاء ما يقتضي الترتيب وهو لا يقول به واجيب بمنع انتفاء دلالة الالتزام وسنده ما ذكر من لزوم الدوام في الوقف وجعل انقراضهم شرطا خاصة ينافيه والدوام مستلزم لوجود موقوف عليه في ذلك الوقت وليس غير البطن الثاني صالحا له فكان له والترتيب انما حصل لانهم لم يدخلوا في اللفظ الاول بل لعطفهم على الاولاد المنقرضين فالحكم انما استفيد من اللفظ بعد الحكم بانقراض الاولين فكان استحقاقهم مرتبا على انقراض الاولين وفيه نظر لان حفظ الوقف عن الفساد والحكم له بالدوام لا يكفي فيه مجرد رعاية جانب الصحة حيث لا يستفاد من لفظه ذلك والحال هنا كذلك فان البطن الثاني لم يتعرض للوقف عليه بوجه فيكون صريحا في الانقطاع وسطه فلا يجوز اثبات الحكم بدخولهم بمجرد ذلك من غير دلالة عليه وقد عرفت انتفائها من اللفظ فان قيل اشتراط انقراض اولاد الاولاد دليل على تناول الاولاد لولد الصلب حقيقة ولولد الولد مجازا ان لم نقل بانه حقيقة كما زعمه المفيد والجماعة واستعمال اللفظ في حقيقته ومجازه جائز بالقرينة فانه لو لا حمله على ذلك لكان ذكره اولاد الاولاد لغوا قلنا يمنع استلزام اللغو وجود القرينة على ذلك فان ذكر اولاد الاولاد بعد الاولاد دليل على انه لم يقصد بها الا لم يتناولهم فكيف يدعى ارادتهم بالقرينة وفائدة ذكرهم جعل انقراضهم شرطا لاستحقاق الفقراء وان لم يدخلوا في الوقف نعم على قول المفيد ومن تبعه لشمول الاولاد لاولادهم يتجه دخولهم في الوقف بمجرد ذكر الاولاد ويكون ذكرهم ثانيا لفائدة بيان وقت استحقاق الفقراء فيكون في قوة تقييد اطلاق اولاد الاولاد الشامل للبطون المرتبة ابدا بالبطنين الاولين فيكون ذكرهما قرينة لارادة تخصيصها بالاولين وان كان كل منهما شاملا لما بعده ابدا لو لا القرينة فالاظهر عدم دخول اولاد الاولاد في هذا الوقف فيكون منقطع الوسط وقد تقدم انه يبطل ما بعد الانقطاع ويصير حبسا على ما قبله الثاني على تقدير عدم دخول اولاد الاولاد في الوقف وصحته على الفقراء بعدهم فالنماء المتخلل بين موت الاولاد واولادهم هل هو لورثة الواقف ام لا اشكال يبنى على انتقال الوقف وعدمه فان قلنا ببقائه على ملك الواقف فلا شبهة في كونه لورثته وان قلنا بانتقاله الى الله تعالى فالمتجه صرفه في وجوه البر وعلى القول بانتقاله الى الموقوف عليه يشكل ايضا من حيث انتقال الملك عن الواقف فلا يعود اليه الا بدليل فيكون لورثة البطن الاول لانتقاله اليه فيستصحب الى ان يعلم المستحق ومن ان الوقف في حكم ملك الواقف لان البطن الثاني انما يتلقى منه حقيقة ويموت البطن الاول زال ملكه وليس ثم موقوف عليه غيره الى انقراض البطن الثاني ويمتنع بقاء الملك بغير مالك فيكون لورثة الواقف وفيهما نظر لان ورثة الاول لا يستحقون بالوقف لانتفاء مقتضيه ولا بالارث لان الوقف لا يورث ولانقطاع ملك مورثهم عن الوقف بموته فكيف يورث عنه ولان خروج الملك عن الواقف يوجب عدم العود اليه والى ورثته الا بسبب جديد ولم يوجد نعم اذا قلنا بكونه حبسا لبطلانه بانقطاع وسطه اتجه عوده الى ورثة الواقف على وجه الملك ثم لا ينتقل عنهم الى الفقراء وهذا هو الاقوى قوله اذا وقف مسجدا فخرب او خربت القرية اه لما كان الوقف مقتضيا للتابيد وبوقف المسجد فك الملك كما تقدم كتحرير العبد لم يكن خرابه ولا خراب القرية التي هو فيها ولا المحلة موجبا لبطلان وقفه لعدم منافاة ذلك الوقف استصحابا ولبقاء الغرض المقصود من اعداده للعبادة لرجاء عود القرية وصلوة من يمر به وهذا كله يتم في غير المبني في الارض المفتوحة عنوة حيث يجوز وقفه تبعا للآثار المتصرف فانه يتجه بطلان الوقف بزوال الآثار لزوال المقتضي

٣٦١ للاختصاص وخروجه عن حكم الاصل اللهم الا ان يبقى منه رسوم ولو قليلة من اصول الحيطان بحيث يصدق ذلك ان له في الجملة كما هو الغالب في خراب البناء فيكون في بقاء الحكم بقاء الاثر في الجملة وان ذهب السقف وبعض الحائط لان ذلك لا مدخل له في تحقق المسجدية بل ربما كان الباقي اكمل فيها من السقف على ما يقتضيه النص قوله المصلي لا يخرج العرصة عن الوقف لا بيع الا في الملوك بالاصل الذي لا يعتبر في الوقف الا العرصة وهي ارض المسجد وان زالت الآثار اجمع وهذا بخلاف ما لو كفن الميت ونبش من قبره وبقي الكفن فانه يرجع الى الورثة لانه كان ملكا لهم لان التركة تنتقل الى الوارث بالموت وان وجب صرفه في التكفين فاذا زال الموجب عاد الى ما كان وهذا انما يتم في الكفن الذي يكون من التركة اما لو كان من الزكوة او من الوقف يرجع الى اصله ولو كان من باذل متبرع رجع اليه هذا كله مع الياس من الميت كما ذكرناه لا كما اطلقه وتنبيه المص ره بكون عرصة المسجد لا يخرج عن الوقف بالخراب على خلاف بعض العامة حيث حكم ببطلان الوقف قياسا على عود الكفن الى الوارث بجامع تعذر المصرف في الموضعين وقد عرفت الفرق الموجب لبطلان القياس على اصله لو صح وهذا هو الموجب لذكر المص ره مسئلة الكفن عقيب مسئلة المسجد قوله لو انهدمت الدار لم يخرج العرصة عن الوقف هذا الحكم واضح بعد ما قررناه فان الخراب لا يصلح لنقض الوقف وابطاله مع بنائه على التابيد وعدم جواز بيعه في غير ما استثني ولان العرصة من جملة الموقوف وهي باقية وهذا في غير الارض الخراجية كما تقدم في المسجد ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جوز بيع الدار الموقوفة اذا انهدمت ولم يمكن عمارتها كالمسجد قوله ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف اه هذه المسئلة تقدم الكلام عليها في البيع والقول بجواز البيع في الجملة للاكثر ومستنده صحيحة علي بن مهزيار عن ابي جعفر ع سئله عن ضيعة موقوفة على قوم بينهم اختلاف شديد وانه ليس يامن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان يرى ان يبيع هذا الوقف ويدفع الى كل انسان منهم ما كان وقف له من ذلك فاجابه انه ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف ان بيع الوقف امثل فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس ومن ثم هذه الرواية اختلف اقوال المجوزين فمنهم من شرط في جوازه حصول الامرين وهو الاختلاف بين الارباب وخوف الخراب كما ذكره المص ومنهم من اكتفى باحدهما والاقوى العمل بما دلت عليه ظاهرا من جواز بيعه اذا حصل بين اربابه خلف شديد بدون خوف الخراب مع ذلك او منفردا الى ان يشترط لعدم دلالة الرواية عليه واما مجوز بيعه انفع للموقوف عليهم وان لم يكن خلف فاستند فيه الى رواية علي بن جعفر بن حنان قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل وقف غلة له على قرابته من ابيه وقرابته من امه فللورثة ان يبيعوا الارض اذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة قال نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا ومال الى العمل بمضمونها من المتاخرين الشهيد في شرح الارشاد والشيخ علي ره مع ان في طريقها جعفر بن حنان وحاله مجهولة عند الاصحاب لم يذكره احد من علماء الرجال بمدح ولا غيره فالعمل بخبره فيما خالف الاصل والاجماع في غاية الضعف واما ابن ادريس ره فسد باب بيعه مدعيا الاجماع عليه والاخبار وهي مطلقة او عامة فيجب تقييدها وتخصيصها بما ذكرناه جمعا واعلم ان المص ره قد صرح في اول كلامه بان شرط جواز البيع اجتماع الشرطين وهما وقوع الخلف بين اربابه بحيث يخشى خرابه ثم عقبه بقوله ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه ومفهومه الاكتفاء باحد الامرين وكان نحو نفي المركب ان يكفي باحد جزئيه بان يقول ولو لم يقع خلف او لم يخش خرابه ونحو ذلك ليكون المنفي هو ما حكم بجواز البيع معه بثلثة شرايط الشرطين المذكورين مع كون بيعه اعود فلم يكتف بهما وقد تقدم الكلام فيما يصنع بثمنه على تقدير بيعه قوله ولو انقلعت نخلة من الوقف اه المجوز لبيعها هو الشيخ ره محتجا بما حكاه المص وردّه ابن ادريس ره بامكان الانتفاع المذكور وهو في موضعه حيث يمكن والا فكلام الشيخ ره واما ما ادعاه العلامة ره من انه لا نزاع بينهما الا في اللفظ حيث ان الشيخ ره فرض سلب منافعها كما يقتضيه دليله وابن ادريس ره فرض وجودها في غير الثمرة فلا يخفى ما فيه على ابن ادريس ره لان دليل الشيخ اقتضى ادعاء عدم المنافع ح لا على تقدير عدم المنافع فنبه قصور بين وح فالتفصيل اجود ومثله ما لو انكسر جذع من الشجرة او زمنت الدابة ونحو ذلك ومتى جاز البيع وجب ان يشتري بثمنه ما يكون وقفا على الارض مراعيا للاقرب الى صفة الاول فالاقرب قوله اذا اجر البطن الاول الوقف مدة اه اشار بالتعليل الى الفرق بين اجارة المالك والموقوف عليه مع اشتراكهما في ايقاع عقد لازم من الطرفين ومن شأنه انه لا يبطل بالموت ووجه الفرق ان ملك الموقوف عليه غير تام فان باقي البطون لهم استحقاق في الملك باصل الصيغة لا بالتلقي عن الموقوف عليه بحيث لو تصرف قبل الانتقال صح فبموت المؤجر من البطون يتبين انتهاء حقه بموته فيكون اجارته بالنسبة الى بقية المدة تصرفا في حق غيره فيتوقف على اجازته بخلاف اجارة المالك فان له نقل ماله مطلقا واتلافه كيف شاء من غير مراعاة الوارث مط وانما يتلقى الوارث عنه ما كان ملكا حين موته او في مرضه على بعض الوجوه فلا يتبين بموته انه متصرف في حق غيره ويحتمل عدم البطلان لان المتصرف ح كالمالك فكان ماضيا ويضعف بانه تصرف مراعى كما قررتم لو كان البطن المؤجر ناظرا على الوقف واجر لمصلحة الوقف لا لمصلحته لم يبطل وكذا لو كان المؤجر هو الناظر ولم يكن موقوفا عليه والمراد بالبطلان توقفه على اجازة البطن المتلقى له كما يدل عليه قوله بعد ذلك فيكون للبطن الثاني الخيار اه ولا يخفى انه انما يرجع المستأجر على تركة الاول اذا كان قد دفع الاجرة والمراد بمقابلة المتخلف ان يتبين اجرة مثله الى اجرة مثل مجموع المدة ويرجع من المسمى بمثل تلك النسبة فلو كان قد اجره سنة بمائة مثلا ومات بعد انقضاء نصفها وفرض ان اجرة مثل النصف المتخلف تساوي الستين واجرة مثل النصف الماضي تساوي ثلثين رجع بثلثي المائة المسماة وهكذا قوله اذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد اه قد عرفت ان الوقف على غير المنحصر وقف على الجهة المخصوصة لا على اشخاصها ومصرف الجهة من اتصف بوصفها من فقير وفقيه وغيرهما فلا يجب صرف النماء الى جميع الاشخاص الداخلين في الوصف بل يجب صرفه الى من كان موجودا بالبلد او عند تفرقته من اهله وغيرهم ولا يجب تتبع من غاب عنه من اهله ولا من غيره ولكن لو تتبع جاز وهل يجب استيعاب جميع من بالبلد ام يجوز الاقتصار على بعضه ظ العبارة الاول ويؤيده رواية علي بن سليمان النوفلي عن ابي جعفر ع انه كتب اليه في ذلك فاجاب بان الوقف لمن حضر البلد الذي هو فيه وليس لك ان تتبع من كان غائبا وقيل يجزي الاقتصار على ثلثة مراعاة للجمع مع ما علم من ان الجهة لا تقتضي الاشخاص ويحتمل ان يكتفي باثنين بناء على انه اقل الجمع ويحتمل جواز الاقتصار على واحد نظرا الى ان الاشخاص مصرف الوقف لا مستحقون اذ لو حمل على الاستحقاق وعلى ظاهر اللفظ لوجب الاستيعاب لانه جمع

معترف بعيد العموم فيجب التتبع ما امكن وعلى اعتبار الجمع لو لم يوجد في البلد ثلثة وجب ان يكمل من خارجه واعلم ان المراد من قوله انصرف الى البلد انصراف نماء الوقف لا انصراف الوقف كما قد يظهر من العبارة فان الوقف لو انصرف الى من بالبلد لم يستحق غيره ممن غاب عنه من اهله وغيرهم ولا يستحق من كان بالبلد وان خرج بعد ذلك والاتفاق على خلافه وانه لا فرق بين كون الوقف على من لا ينحصر في ابتداء الوقف واستدامته وانه لا يجب التسوية بين المقسوم عليهم في النصيب سواء وجب استيعاب من بالبلد ام اكتفى بعدد خاص للاصل قوله ولا يجوز للموقوف عليه وطي الامة الموقوفة اه اشار بقوله لا يختص بملكها الى جواب ما يقال انا اذا قلنا بانتقال الملك الى الموقوف عليه ينبغي الجواز لانه انتفاع بملكه كغيره من وجوه الانتفاع فاجاب بانه وان كان مالكا الا ان للبطون اللاحقة لها حقا ووطؤه وان كان انتفاعا في زمن ملكه الا انه يغاير غيره من وجوه الانتفاعات من حيث انه معرض للحمل الموجب لصيرورتها ام الولد المانع من دوام وقفها على البطون لانها تنعتق بموته ولان الملك غير تام وانما كان الولد حرا على تقدير حملها الان وطيه غير زنا من حيث انه مالك في الجملة ولا يجب عليه قيمته لمن بعده من البطون لانه المستحق له الان والولد بمنزلة كسبها وثمرة البستان فيملكه زمن ملكه لانه في هذا دلالة على ان قيمة الولد حيث تجب لا يشترى بها عبد يكون وقفا بل هو للموجودين كالنماء وهو احد القولين في المسئلة والاخر انه يكون وقفا كما يتبع الولد الامة المرهونة والمدبرة وزعم القائل ان الحكم كلي وفي الكلية منع وعلى تقديره يجب ان يشترى بقيمته عند سقوطها ما يكون وقفا كما لا يجب المهر لا يجب الحد المتقدم من انه ليس بزان وان فعل حراما كنظائره من وطي الحليلة محرما على القول بان الملك لا ينتقل اليه ينبغي وجوب الحد ان لم يكن له شبهة يدرء بها الحد للعموم ولكن قال في كره انه لا حد ايضا لان شبهة الملك فيه ثابتة والمراد ان شبهة كونها ملكا متحققة وان رجحنا عدم الملك لانها مسئلة اجتهادية لا يندفع بترجيح احد جانبيها اصل الشبهة عن الجانب المخالف وهو كاف في درء الحد ولا باس بهذا كله اذا لم يكن له شريك بان انحصر اهل الطبقة فيه والا وجب عليه قيمة حصة الشريك وفي حده بنسبة حصته وجه قوي لان ملكها مشترك بينهما على حد سواء ووطي الامة المشتركة يوجب ذلك ولكن لم يتعرضوا له هنا قوله وهل تصير ام ولد قيل نعم اه الكلام يقع هنا في موضعين وهما ايضا موضع التردد احدهما هل تصير ام ولد ام لا فيه قولان وجه الاول تحقق علوقها منه في ملكه على القول بانتقال الملك اليه لانه مبني عليه وهذا هو السبب في صيرورتها ام ولد بالنص والاجماع ووجه الثاني ان السبب هو وقوعه في الملك التام المختص بالمالك المعين ولا اختصاص هنا لان حق باقي البطون متعلق بها الان فلا يجوز ابطاله وهذا يرجع الى منع دعوى سببية ما ادعي سببيته لانها تقوم عليه كلها بعتقها بالاستيلاد ولا شيء من ام الولد يقوم كلها على المولى بدليل الاستقراء وللمنافاة الوقف الاستيلاد وله ان يعارض هنا عموم النهي عن ابطال الوقف وتغييره والحكم بدوامه ولزومه وعموم دليل ثبوت الاستيلاد لما رجع الى المرجح فيحتمل ان يكون هو الثاني لان الاستيلاد مبني على التغليب كالعتق ويحتمل الاول لسبقه فيستصحب حكمه الى ان يثبت المزيل ومثله تقديم حق المرتهن لو اولدها الراهن وقد تقدم وهذا يجيء الثاني على تقدير صيرورتها ام ولد هل يؤخذ القيمة من تركته للبطون الباقية وجهان منشأهما ان عوض الموقوف هل يكون للبطن الذي حصل العوض في زمانه او بين البطون فعلى الاول لا يؤخذ لاستحالة ثبوت العوض عليه لنفسه وعلى الثاني يؤخذ لان الواطي متلف لها فيلزمه ضمانها في تركته كما اذا اتلفها لا على هذا الوجه وربما قيل بان التردد ليس الا في الاول فانا متى حكمنا بكونها ام ولد تعتق بموته كسائر امهات الاولاد ويؤخذ من تركته قيمتها قولا واحدا والفرق بين القيمة وغيرها من عوض الوقف الذي يجري فيه الخلاف اذا باشره الموقوف عليه ان الواطي هنا انما اتلفها على من بعده من البطون بعد موته فحال الاتلاف لم يكن في ملكه بخلاف ما لو اتلفها في حيوته لانه اتلفها على نفسه ولا يستحق وارثه في القيمة لانها في حال الضمان لم يكن ملكه بل ضمانها لغيره واجيب بانها اذا صارت ام ولد يحكم عليه بقيمتها في الحال كما في وطي احد الشريكين ويعلق تمامه قال الشهيد ره في الشرح وهذا وارد على عبارة القوم ولعلهم ارادوا ذلك لكن لما كان احد الاحتمالين صرفها الى من يليه من البطون وهو الان لا يتملك تاخر الدفع الى بعد الموت ولا يلزم منه تاخير الحكم بنفوذ الاستيلاد ولزوم القيمة في الجملة الى بعد الموت ويمكن ان يكون سبب حكم الاصحاب بتاخير الحكم بعتقها ولزوم القيمة الى بعد الموت احتمال موت الولد في حيوة الواطي فلا يتحقق سبب العتق المقتضي لبطلان الوقف بعد لزومه وتمامه ويمكن الجمع بين الحكمين بجعل الموت كاشفا عن نفوذ الاستيلاد من حينه جمعا بين حق الوقف والاستيلاد وهذا كله اذا لم يكن في الطبقة غير الواطي فلو كان معه شريك احتمل تعجيل غرامة القيمة لوجود المستحق وقد حال بينه وبينها بالاستيلاد والحاقه بالسابق لاحتمال موت الولد وهذا اولى وعلى ما بيناه من وقوع العتق بالاستيلاد وان تاخر الحكم يعلم انه لا فرق في الولد بين كونه من اهل الوقف وعدمه في انها انما تعتق عليه لدخولها في ملك الواطي وقد انكشف بالموت نفوذ الاستيلاد من حينه لوجود السبب وانتفاء المانع باستمرار حيوة الولد الى ان فرض ذلك فمتى قلنا بنفوذ الاستيلاد فالاقوى لزوم القيمة بعد الموت يشتري بها ما يكون وقفا ويعتق من نصيب ولدها على كل حال ويجب في البدل مساواته للمبدل في الصفات بحسب الممكن قوله ويجوز تزويج الامة الموقوفة اه لا خلاف عندنا في جواز تزويجها لانه عقد على بعض منافعها يجري مجرى الاجارة وفيه تحصين لها وهو غرض مطلوب شرعا وانما منع منه بعض الشافعية من حيث انها اذا حبلت منعت عن العمل وربما ماتت في الطلق وظاهر ان مثل هذا لا يمنع واما كون المهر للموجودين فلما اشار اليه المصنف من العلة من انه فائدة من فوائدها وعوض عن منفعتها المختصة بهم فيكون عوضها كذلك ويتولى تزويجها الموقوف عليه ان قلنا بانتقالها اليه وعلى الانتقال الى الله تعالى يزوجها الحاكم لانه المتولي لنحو ذلك وقول الشيخ انها تزوج نفسها ضعيف ولو كانت موقوفة على جهة عامة زوجها الحاكم ايضا ولو قيل ببقاء الوقف على ملك الواقف تولى هو التزويج قوله وكذا ولدها من مملوك اذا كان من مملوك اه هذا هو المشهور بين الاصحاب لانه من جملة النماء فاشبه لكسبه وثمرة البستان وولد الدابة وذهب جماعة من الاصحاب منهم الشيخ وابن الجنيد ره الى انه يكون وقفا كامه لان كل ولد ذات رحم حكمه حكم امه كالمدبرة والمرهونة على قول وفي الكلية منع واما تبعية الولد لابيه في الحرية اذا كان من وطي صحيح فلا شبهة فيه الا مع اشتراط رقيته في العقد ففيه خلاف يأتي في بابه انشاء الله تعالى وان الاقوى عدم صحة الشرط قوله ولو وطئها الحر بشبهة اه اما كونه حرا فلان ولد الشبهة تابع لحال ابيه في الرقية والحرية واما لزوم القيمة

ولا يجوز للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانه لا يختص بملكها ولو اولدها كان الولد حرا ولا قيمة عليه لانه لا يجب له على نفسه غرم وهل تصير ام ولد قيل نعم وتنعتق بموته وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون وفيه تردد ويجوز تزويج الامة الموقوفة ومهرها للموجودين من ارباب الوقف لانه فائدة كاجرة الدار وكذا ولدها من مملوك او من زنا ويختص به البطن الذي يولد معهم وان كان من حر بوطء صحيح كان حرا الا ان يشترط رقيته في العقد ولو وطئها الحر بشبهة كان ولده حرا وعليه قيمته للموقوف عليهم متن

فلانه فوت على الموقوف عليهم ولده انه بغير استحقاق والمراد كون القيمة للموقوف عليهم على وجه الملك التام لا على وجه الوقف على اصح القولين كالولد الرق قوله ولو وطئها الواقف كان كالاجنبي بناء على انتقال الملك عنه فانه اصح الاقوال فيترتب على وطيه ما يترتب على وطي الاجنبي ولا فرق بين ان نقول بانتقال الملك الى الله تعالى او الى الموقوف عليه لاشتراكهما في المعنى الموجب لخروجه عن الاستحقاق وكونه كالاجنبي ولو قلنا ببقاء ملكه فلا حد عليه لشبهة الملك وفي نفوذ الاستيلاد الخلاف في استيلاد الراهن لتعلق حق الموقوف عليه واولى بالمنع هنا قوله في الصدقة ولو قبضها من غير رضى المالك لم ينتقل اليه لان القبض المترتب عليه اثره هو المأذون فيه شرعا والمنهي عنه غير منظور اليه ومثله غيرها من العقود المفتقرة الى القبض كالوقف والهبة واما مثل البيع فلا يفيد القبض بدون اذن البائع في بعض الفوائد كانتقال الضمان لكن لا من حيث انه قبض المبيع بل من حيث اليد المقتضية لذلك ويبقى غيره من فوائد القبض قوله ومن شرطها نية القربة ظاهرهم انه وفاق ويدل عليه ايضا رواية ابن هشام وحماد وابن اذينة وابن بكير وغير واحد كلهم قالوا قال ابو عبد الله ع لا صدقة ولا عتق الا ما اريد به وجه الله تعالى وقد يلوح من بعض كلامهم عدم الاتفاق عليه حيث استدلوا على ان الابراء لا يحتاج الى القبول بقوله تعالى وان تصدقوا خير لكم وفسروا التصدق هنا بالابراء مع انه غير مفتقر الى القربة ويلزم منه عدم افتقارها الى القبول ايضا لذلك الا ان يقال انها تطلق على معنيين خاص وعام وان الابراء صدقة بالمعنى العام وكلامهم هيهنا في المعنى الخاص وقد تقدم في الوقف انه صدقة والاخبار مشحونة به مع انا لا نحكم بعدم اعتبار نية القربة فيه وهذا يؤيد اعتبار المعنى العام قوله ولا يجوز الرجوع فيها بعد القبض اه خالف في ذلك الشيخ ره فقال ان صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الاحكام ومن شرطها الايجاب والقبول ولا يلزم الا بالقبض وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه ونبه المصنف ره بقوله لان المقصود بها الاجر وقد حصل على رد قول الشيخ لو سلم مساواتها للهبة لان الهبة اذا حصل لها عوض لا يجوز له الرجوع فيها مط والصدقة استلزم العوض دائما وهو القربة فكان كالمعوض عنها وهذا هو الاولى حتى لو فرض في الهبة التقرب كان عوضا كالصدقة ولم يجز الرجوع فيها ويدل عليه ايضا من الاخبار قول الص ع في صحيحة عبد الله بن سنان وقد سئل عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يعود في صدقته فقال قال رسول الله ص انما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي يقيء ثم يعود في قيئه والعود في القيء غير جائز فكذا العود في الصدقة والحاصل ان قول الشيخ ره اما ضعيف جدا او مبني على عدم اشتراط نية القربة فيها فيكون قولا في المسئلة قوله والصدقة المفروضة محرمة على بني هاشم اه لا خلاف في تحريم الصدقة الواجبة على بني هاشم في الجملة عدا ما استثني ولكن اختلفوا في عمومها او تخصيصها بالزكوة والاكثر اطلقوا كالمصنف ره وكذا ورد تحريم الصدقة من غير تفصيل عليهم فيهم ولكن في جملة من الاخبار ان الحكم مختص بالزكوة فيكون ذلك تقييدا لما اطلق منها فمما صرح بالتخصيص رواية اسمعيل بن الفضل الهاشمي قال سئلت ابا عبد الله ع عن الصدقة التي حرمت على بني هاشم ما هي قال الزكوة قلت فتحل صدقة بعضهم على بعض قال نعم ومما دل بظاهره على ذلك صحيحة العيص بن القاسم عن ابي عبد الله ع قال ان اناسا من بني هاشم اتوا رسول الله ص فسئلوه ان يستعملهم على صدقات المواشي وقالوا يكون لنا هذا السهم الذي جعله الله تعالى للعاملين عليها فنحن اولى به فقال رسول الله ص يا بني عبد المطلب ان الصدقة لا تحل لي ولا لكم الحديث وحسنة محمد بن مسلم وابي بصير وزرارة عن ابي جعفر وابي عبد الله عليهما السلم قالا قال رسول الله ص ان الصدقة اوساخ ايدي الناس وان الله حرم علي منها ومن غيرها ما قد حرم وان الصدقة لا تحل لبني عبد المطلب فان الاوساخ ظاهره في الزكوة بقرينة انها مطهرة للمال فاخرجت وسخه منها كما حقق في باب الزكوة وروى جعفر بن ابرهيم الجعفري الهاشمي في الصحيح عن ابي عبد الله ع قال قلت له اتحل الصدقة الواجبة على الناس لا تحل لنا فاما غير ذلك فليس به باس ولو كان كذلك لما استطاعوا ان يخرجوا الى مكة هذه المياه عامتها صدقة وهذه الرواية يحتمل ارادة الزكوة وارادة مطلق الواجبة ولعل الاول منهما اظهر بقرينة اشارته الى العرف الاظهر وكيف كان فالاقوى اختصاص المنع بالزكوة لعدم دليل صالح على العموم قوله ولا باس بالصدقة المندوبة عليهم اه يفهم من هذا التخصيص تحريم غير المندوبة عليهم مضافا الى اطلاق تحريم الواجبة فيشمل المنذورة والكفارة وغيرها وفي هذا اطلق اولا تحريم الصدقة المفروضة كما هنا ثم عقبه بقوله ولا باس بالمندوبة وغير الزكوة كالمنذورة فدل تخصيصه على خلاف ما دلت عليه هذه العبارة وهو اختصاص المفروضة اولا وثانيا وهو اجود واعلم انه لا خلاف في اباحة المندوبة عليهم عدا النبي والائمة عليهم السلم منهم و الاخبار بحث النبي ص عليهم وصنايع الخير معهم كثيرة واستثنى في كره من بني هاشم النبي فمال الى تحريم الصدقة المندوبة عليه والحق الائمة به في ذلك لما فيها من الغض والنقص وتسلط المتصدق عليه ومنصب النبوة ارفع من ذلك واجل واشرف بخلاف الهدية فانها لا تقتضي ذلك ونسبة الرواية لتبرم من سقايات بمكة الى رواية العامة وقد عرفت انا روينا مثلها في الصحيح فان الرواية التي نقلناها سابقا في ذلك من الكافي وهي بمعنى ما رواه العامة في ذلك وهما معا يدلان على عدم تحريم المندوبة عليهم مط قوله لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض اه هذا هو الاقوى وقد تقدم ذلك وان خالف الشيخ ره ولا وجه لاعادة المسئلة مرة اخرى عن قريب قوله يجوز الصدقة على الذمي وان كان اجنبيا اه وهذا هو الاشهر ويدل على الاية والخبر عليه ظاهرة ويظهر من بعض الاصحاب ان الخلاف في الصدقة على الذمي كالخلاف في الوقف عليه وقد تقدم ان فيه اقوالا وينقل عن الحسن المنع من الصدقة على غير المؤمن مط وقد روى الكليني ره ما يؤيده في وعن سدير الصيرفي قال قلت لابي عبد الله ع اطعم سائلا لا اعرفه مسلما قال نعم اعط من لا تعرفه بولاية ولا عداوة للحق ان الله عز وجل يقول وقولوا للناس حسنا ولا تطعم من نصب لشيء من الحق او دعا الى شيء من الباطل ولكن روى ابن ابي عمير عن عمرو بن ابي بصير قال قلت لابي عبد الله ع ان اهل البوادي يقتحمون علينا وفيهم اليهود والنصارى والمجوس فنتصدق عليهم فقال نعم ويمكن حمل الاول على الكراهة جمعا قوله وصدقة السر افضل من صدقة الجهر اه اما افضلية صدقة السر فموضع وفاق والكتاب والسنة ناطقان به قال الله تعالى وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم وقال رسول الله ص صدقة السر تطفي غضب الرب وقال الص ع الصدقة في السر والله افضل منها في العلانية هذا اذا لم يكن اخفاها متهما للناس بترك المواساة والا فاظهارها افضل لانه لا ينبغي ان يجعل عرضه عرضة للتهم فقد يخرج من ذلك النبي مع بعده عنه فغيره اولى وكذا لو قصد بالاظهار

في الصدقة ولو وطئها الواقف كان كالاجنبي واما الصدقة فهي عقد يفتقر الى الايجاب والقبول والاقباض ولو قبضها من غير رضى المالك لم ينتقل اليه ومن شرطها نية القربة ولا يجوز الرجوع فيها بعد القبض على الاصح لان المقصود بها الاجر فقد حصل فهي كالمعوض عنها والصدقة المفروضة محرمة على بني هاشم الا صدقة الهاشمي او صدقة غيره عند الاضطرار ولا باس بالصدقة المندوبة عليهم مسائل ثلث الاولى لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض سواء عوض عنها او لم يعوض لرحم كان او اجنبي على الاصح الثانية يجوز الصدقة على الذمي وان كان اجنبيا لقوله ع على كل كبد حراء اجر ولقوله تعالى لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الثالثة صدقة السر افضل من الجهر الا ان يتهم في ترك المواساة فيظهرها دفعا للتهمة متن

٢٥٤ متابعة الناس له في ذلك واقتدائهم به لما فيه من التحريص على نفع الفقراء هذا كله في الصدقة المندوبة اما المفروضة فاظهارها مطلقا افضل جزم به في الدروس وروى علي بن ابراهيم في تفسيره عن الصادق ع ولان الريا لا يتطرق اليها غالبا كما يتطرق الى المندوبة ولاستحباب حمل الواجبة الى الامام المنافي للكتمان قال الباوردي وروى عن ابن عباس ان صدقة السر في التطوع تفضل علانيتها بسبعين ضعفا وصدقة الفريضة علانيتها افضل من سرها بخمسة وعشرين ضعفا وقيل الاخفاء افضل مطلقا الا لمن يتهم بالامر او لمن يحتذي به قوله كتاب السكنى والعمرى والحبس وهي عقد الى اخره الضمير يعود الى السكنى بقرينة التانيث وان كان الحكم في الحبس كذلك وان كان الاولى عوده اليها ونحو تغليب السكنى على باب العمرى والرقبى يجوز فانهما اعم منها من وجه فلو جعل عنوان الكتاب السكنى وتوابعها او يصرح بالجميع كما فعل جماعة كان اولى قوله يفتقر الى الايجاب والقبول والقبض لا اشكال في افتقار السكنى وقسيميها الى الايجاب والقبول حيث يقترن بمدة او عمر اما مع الاطلاق فظاهره انه كذلك كغيرها لان الاصل ان لا ينتقل شيء الى ملك الغير بدون قبوله وهنا المنتقل المنفعة في الجملة ويمكن القول بعدم اشتراط القبول هنا لانها ح بمعنى اباحة السكنى لجواز الرجوع فيها متى شاء كما سياتي ويمكن الجواب بانها تصير عقدا جائزا وذلك لا يمنع من اشتراط القبول كنظائره او نقول بانها مع الاطلاق لازمة في مسمى الاسكان وانما يجوز الرجوع فيها بعد تحقق المسمى كما صرح به في كره وح فلا اشكال في اعتبار القبول لانها من العقود اللازمة في الجملة وان طرأ عليها الجواز بعد انقضاء المسمى ويستفاد من مفهوم افتقارها الى الثلثة انها لا تفتقر الى قصد القربة وهو اصح القولين في المسئلة للاصل وان توقف عليه حصول الثواب وفي عدم جزمه بافتقارها الى نية التقرب وظاهره انها شرط لصحتها كالثلثة ووجهه غير واضح وبعض النسخ المفرقة على المخالفة منه ويمكن حمل ارادة حصول الثواب بمعنى انها لا تكون قربة بدونه وهو خلاف الظ قوله وفائدتهما التسلط على استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على مالكه هذا مما لا خلاف عندنا فيه ونبه به على خلاف بعض العامة حيث جعلها مفيدة فائدة الهبة على بعض الوجوه فينتقل ملك العين الى الساكن قوله ويختلف عليها الاسماء بحسب اختلاف الاضافة اه اختلاف الاسماء الثلثة عليها انما يتم اذا تعلقت بالمسكن وح فيكون السكنى اعم منهما لشمولها ما لو اسكنه مدة مخصوصة او عمر احدهما او اطلق ولكن ينبغي ان كلا منهما وقع اعارة والرقبى بمعناها فلا يختصان بالمسكن فيكونان اعم منها من هذا الوجه وانما كانت السكنى اعم منهما في عبارته لانه جعل مناط اطلاق العمرى اقتران السكنى بالعمر ومناط الرقبى اقترانها بالمدة والسكنى ذكر الاسكان وذلك يتحقق بذكرها اعتبر اقترانه في العقد كيف كان فاذا قال اسكنتك هذه الدار مدة عمرك تحققت السكنى لاقترانها بها والعمرى لاقترانها بالعمر وان قال اعمرتكها عمرك تحققت العمرى خاصة وان قال اسكنتها مدة كذا تحققت السكنى والرقبى وان قال ارقبتكها تحققت الرقبى خاصة فبينهما عموم وخصوص من وجه وبين العمرى والرقبى تباين فتجتمع السكنى مع العمرى فيما لو اسكنه الدار عمر احدهما وتنفرد السكنى بما لو اسكنه الدار مدة مخصوصة وتنفرد عنها السكنى بما لو اسكنها ولا ذلك والرقبى بما لو كان غير مسكن او لم يقرنها به واما الرقبى والعمرى فانهما وان اشتركا في المورد لكن يتمايزان بالتقييد بالعمر او بمدة مخصوصة وح فاختلاف الاسماء عليها كما ذكره المص انما يتم مع تعلقها بالمسكن لا مط هذا هو الذي يقتضيه عبارة المص والاكثر ولكن في بعضها يخالف هذا الاصطلاح فانه خص العمرى بما لا يشتمل عقدها على لفظة السكنى بان يقول اعمرتكها مدة عمرك والرقبى بما لا يشتمل على السكنى كذلك بل على المدة بان يقول ارقبتكها مدة كذا فان ذكر الاسكان فهو سكنى خاصة وان قرنها بالعمر او بمدة وح فبينهما بهذا الاعتبار تباين وان اختصاص السكنى بتعلقها بغير المسكن واعلم ان اطلاق اسم السكنى بالمعنى الاعم والعمرى مطابق للمعنى واما الرقبى فاخذها من الارتقاب وهو انتظار الامد الذي علقت عليه او من رقبة الملك بمعنى اعطاء الرقبة للانتفاع بها المدة المذكورة لا بمعنى المعنيين الاخيرين لان كلا من الساكن والمسكن او مطلق المعطى من الاقسام الثلثة يرتقب المدة التي يرجع فيها وذلك في العمرى ظ وفي السكنى المطلقة يتم في اخذها من رقبة الملك مط وفي اخذها من ارتقاب المدة من جهة القابل فانه يرتقب في كل وقت اخذ المالك العين لكن وقع الاصطلاح على اختصاص الرقبى بما قرن بالمدة المخصوصة وفي كره ان العرب كانت تستعمل العمرى والرقبى في معنى واحد فالعمرى مأخوذ من العمر والرقبى من الرقوب كان كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه وحكي عن علي ع انه قال العمرى والرقبى سواء وبهذا المعنى صرح الشيخ في ط فقال الرقبى صورتها صورة العمرى الا ان اللفظ يختلف فانه يقول اعمرتك هذه الدار مدة حيوتك او مدة حيوتي والرقبى يحتاج الى ان يقول ارقبتك هذه الدار مدة حيوتك او مدة حيوتي قال ومن اصحابنا من قال الرقبى ان يقول جعلت خدمة هذا العبد لك مدة حيوتك او مدة حيوتي وهو مأخوذ من رقبة العبد والاول مأخوذ من رقبة الملك وبمعنى ما ذكره الشيخ افتى ابن البراج وابو الصلاح والاشهر الاول قوله والعبارة عن العقد ان يقول اه ما جرى مجرى قوله هذه الدار لك مدة عمرك او هي لك مدة حيوتك ونحوه وزاد في كره وهبت منك هذه الدار عمرك على انك ان مت قبلي عادت الي وان مت قبلك استقرت عليك والظاهر انه اراد بقوله استقرت عليك اي بقية عمرك لا مط لانه هو المعروف في المذهب ونقل عن بعض العامة انه جعلها مؤبدة وظ كلامه يدل عليه لان استقرارها للمعطى اذا تاخرت حيوته يدل ظاهرا على ملكه لها مستقرا قوله فيلزم القبض اه المعروف من مذهب الاصحاب هو القول الاول ووجهه عموم الامر بالوفاء بالعقود المتناول لموضع النزاع ولا يرد تناوله لما قبل القبض للاجماع على انه غير لازم ورواية الحسين بن نعيم عن الكاظم ع المتضمنة لكون البيع لا ينقض السكنى ورواية ابي الصلاح عن الصادق ع ان كان جعل السكنى في حيوته فهو كما شرط وان جعلها له ولعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم ان يبيعوا ولا يورثوا ثم ترجع الدار الى صاحبها الاول والقولان الاخران لم نقف على قائلهما ومستند الثاني منهما اصالة عدم اللزوم وهو مرتفع بما ذكرنا والثالث ان هذا العقد في معنى الهبة المعوضة والقربة في معناه وحيث يثبت اللزوم مط فلا حاجة فيها الى اشتراط امر اخر قوله ولو قال لك سكنى هذه الدار ما بقيت اه هذه المسئلة لم ينقل اصحابنا فيها خلافا بل ظاهرهم الاتفاق على رجوعها الى المسكن مط لكن الشيخ في ط نقل فيها قولين الصحة والبطلان ثم نقل عن القائلين بالصحة انهم اختلفوا فذهب قوم منهم الى انها تكون للمعمر مدة بقائه ولورثته بعده وقال اخرون منهم انه اذا مات رجعت الى المعمر او الى ورثته ان كان مات قال الشيخ وهذا هو الصحيح على مذهبنا وهذا الخلاف كله للمخالفين كما هي عادة الشيخ في الكتاب لا لاصحابنا وتوجيهه

قوله

٢٥٥ قوله في اخره وهذا هو الصحيح في مذهبنا لان عادته اختيار ما يوافق مذهبه من اقوال المخالفين بعد حكايتها واعلم ان الضمير المستتر في قوله ترجع يرجع الى السكنى لا الى الدار لان السكنى هي المنتقلة الى ملك الساكن اما الدار فباقية على ملك مالكها لم تزل بخلاف المنفعة فلما انتقلت زمانا مخصوصا ثم رجعت الى المالك قوله ولو قال اعمرتك هذه الدار لك اه كما يجوز تعليق العمرى على عمر المعمر يجوز اضافة عقبه اليه بحيث يجعل حق المنفعة بعده لهم مدة عمرهم ايض والنصوص دالة عليه واولى منه لو جعله لبعض معين من العقب مثل ما لو جعله له مدة عمره ولعقبه مدة مخصوصة والمجموع مركب من العمرى والرقبى ثم على تقدير جعله لعقبه بعده لا يخرج عن حقيقة العمرى بل يستحق العقب على حسب ما شرط له ثم يرجع لمن بعده الى المالك المعمر كما لو عمر الاول ولم يذكر عقبه هذا هو الذي يقتضيه اصول المذهب وعموم الادلة وخصوص النصوص في ذلك كرواية ابي الصلح المتقدمة ونبه بالاشبه على خلاف الشيخ في ط حيث حكم بجواز شرط العمرى للعقب واحتج له بما رواه جابر ان النبي ص قال ايما رجل اعمر عمرى له ولعقبه فانما هي للذي يعطاها لا يرجع الى الذي اعطاها لانه اعطى عطاء وقع فيه المواريث وظاهر احتجاجه بالحديث لقوله على مضمونها اذ لولا ذلك لكان احتجاجه بالاخبار التي ذكرها في التهذيب كرواية ابي الصلح وغيرها اولى مع احتمال ان يريد الاحتجاج بالرواية على اصل المشروعية وهو القدر الذي افتى به خاصة ومن ثم لم يذكر كثير في المسئلة خلافا وبعض نسخ الشرايع خالية من قوله على الاشبه ووجهه ما ذكرناه من عدم صراحة الخلاف في المسئلة مع ان الرواية عامية واخبارنا خالية من ذلك بل مصرحة بخلافه قوله ولو اعمر السكنى مدة لزمت بالقبض اه لما كان الاصل في العقود اللزوم وكان هذا العقد غير ناقل للملك الرقبة بل للمنفعة على وجه مخصوص فاللازم منها لزوم العقد بحسب ما يقتضيه فان كان مدة معينة لزم فيها وان كان عمر احدهما لزم كذلك فلا يبطل العقد بموت غير من علقت على موته فان كانت مقرونة بعمر المالك ثم عقبها المعمر كذلك فان مات المعمر قبل المالك انتقل الحق الى ورثته مدة حيوة المالك كغيره من الحقوق والاملاك وهذا مما لا خلاف فيه بين الاصحاب اما لو انعكس بان قرنت بعمر المعمر فمات المالك قبله فالاصح ان الحكم كذلك فليس لورثة المالك ازعاجه قبل وفاته مط لما ذكرناه من العقد وفصل ابن الجنيد هنا فقال ان كانت قيمة الدار يحيط بها ثلث الميت لم يكن لهم اخراجه وان كانت ينقص منها كان ذلك لهم استنادا الى رواية خالد بن نافع عن الصادق ع والرد الظ ذلك الا ان في سندها جهالة وضعفا وفي متنها خلل يمنع من الاستناد اليها فالمذهب هو المشهور نعم لو وقع العقد في مرض موت المالك اعتبرت المنفعة الخارجة من الثلث لا جميع الدار واعلم ان الموجود في عبارة المص وغيره ومورد الاخبار ان العمرى مختصة بجعل الغاية عمر المالك او عمر المعمر وبضمنا الى ذلك عقب المعمر كما سلف وهل يتعدى الحكم الى غير ذلك بان يقرنها بعمر غيرهما يحتمله وهو الذي افتى به الشهيد في بعض فوائده للاصل وعموم الامر بالوفاء بالعقود وان المسلمين عند شروطهم وهذا من جملته ولصدق اسم العمرى في الجملة المدلول على شرعيتها في بعض الاخبار من غير تقييد بعمر احدهما وهذا لا باس به ويحتمل عدم التعدي الى غير ما نص عليه لاشتمال هذا العقد على جهالة من حيث عدم العلم بغاية وقت المنفعة المستحقة والاصل يقتضي المنع من ذلك في غير محل الوفاق ويتفرع على الاول حكم ما لو مات احدهما في حيوة من علقت بعمره فان كان الميت المالك فالحكم كما لو مات في حيوة المعمر وان كان هو المعمر رجعت الى المالك ولو مات من علقت على عمره عادت الى المالك ايضا مط عملا بالشرط قوله ولو اطلق المدة ولم يعينها كان له الرجوع متى شاء هذا تتمة حكم السكنى من حيث اللزوم وعدمه والحاصل انها من العقود اللازمة مط الا في صورة واحدة وهي ما لو اطلق السكنى ولم يعين لها وقتا فانها ح من العقود الجائزة مط كما يظهر من العبارة كعبارة الاكثر ويدل عليه ظاهر الاخبار كحسنة الحلبي عن ابي عبد الله ع وفي اخرها قلت فرجل اسكن داره ولم يوقت قال جائز ويخرجه اذا شاء ودلالتها من حيث الجواز ومن حيث المشية ودلالة الثاني اظهر وفي صحاح ما تبعها وقال في كره انه مع الاطلاق يلزم بالاسكان في مسمى العقد ولو يوما والضابط ما يسمى اسكانا وبعده للمالك الرجوع متى شاء وتبعه على ذلك المحقق الشيخ علي ره واحتج له برواية الحلبي وقد عرفت انها دالة على ضده بل يمكن الاحتجاج له بما دل على لزوم غيره من العقود كعموم اوفوا بالعقود فلا بد من الحكم بما يلزم به وقتا ما عملا بالدليل ثم يرجع الى الجواز جمعا بين الاية ورواية الحلبي وغيرها وفيه نظر لان الرواية مخصصة للاية لدلالتها على جوازه مط كما خصصنا الاية بسائر العقود الجائزة بدليل من خارج هذا حكم اطلاق السكنى ولم يتعرض لحكم الرقبى والعمرى لو اطلقهما ويمكن القول ببطلان العمرى مع الاطلاق لاقتضائها الاقتران بعمر اما لاحدهما كما هو المشهور او مط كما قررناه فاذا لم يعينه بطلت للجهالة كما لو عين مدة غير مضبوطة حيث يعتبر تعيينها والصحة اقامة لها مقام السكنى لاشتراكهما في كثير من المعاني والاحكام ومناسبتها على الوجه الذي قررناه سابقا فيكون كاستعمال لفظ السلم في مطلق البيع وكذا القول في الرقبى واولى بالصحة هنا لان اطلاقها باعتبار رقبة الملك او ارتقاب المدة التي يرتضيها المالك ممكنة هنا بطريق الحقيقة واستعمالها في السكنى كاستعمال احد المترادفين مكان الاخر وان اختلفا من جهة اخرى وهذا قوي وفي س قطع ببطلان العمرى مع الاطلاق ولم يتعرض للرقبى وفي ير قطع بانه مع اطلاق العمرى والرقبى يصح ويكون للمالك اخراجه متى شاء كالسكنى وهو في الرقبى حسن وفي بعض العمرى احسن ويتفرع على ذلك ما لو اعمر مدة معينة فعلى جواز اطلاق العمرى لا شبهة في الجواز هنا لانضباطها بالمدة فهي اولى من الاطلاق وعلى المنع يحتمل هنا لاختصاصها بالعمر ولم يحصل هنا والجواز هنا وان منع من الاطلاق والفرق انها مع الاطلاق محمولة على عمر احدهما او عمر مطلق ولم يعين فبطلت للجهالة بخلاف ما لو عين المدة فانه صريح في اقامتها مقام السكنى او الرقبى فيصح كما يصح اقامة السلم مقام غيره من افراد البيع الحال مع التصريح بارادة الحلول اقامة للنوع مقام الجنس واقل مراتبه انه مجاز مشهور وليس بجيد لان المعتبر في العقود اللازمة الالفاظ الحقيقية الصريحة وهي منتفية هنا وفي ير قطع بجواز العمرى كذلك وهو مناسب لاصله السابق قوله وكلما يصح وقفه يصح اعماره من دار او مملوك او اثاث لما كانت العمرى تشارك السكنى في كثير من الاحكام ولتوهم مغايرتها في العقد على وجه يوهم اختصاصها بدار السكنى نبه على دفعه وانه مورد العمرى اعم من مورد السكنى وضابطها ما يصح وقفه وهو العين المملوكة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فيدخل في ذلك الدار والاثاث والحيوان وان كان جارية لكن انما يستبيح منفعتها واستخدامها دون وطيها لان استباحة البضع منوطة بلفظين الاباحة والتحليل والتزويج

هنا

٢٦٦ هنا لا يبطل عليهما والحاصل ان العمرى نوع من الصدقة مختصة بالمنافع المباحة فيتبع ما ذكر وفي معناه الرقبى وكان عليه ان يذكرها قوله ولا تبطل بالبيع بل يجب ان يوفى للمعمر ما شرط له الضمير المستتر في تبطل يرجع الى العمرى بقرينة السياق وقوله بل يجب ان يوفى للمعمر ما شرط له وانما خصها بالذكر لان جواز البيع فيها يقتضي جوازه في اختيها بطريق اولى كما سنقرره ولانها مورد النص الذي هو مستند جواز البيع وهو حسنة الحسين بن نعيم عن الكاظم ع قال سألته عن رجل جعل دار سكنى لرجل ايام حيوته او جعلها له ولعقبه من بعده هل هي له ولعقبه كما شرط قال نعم قلت فان احتاج يبيعها قال نعم قلت فينقض بيعه الدار السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت ابا عبد الله ع قال قال ابو جعفر ع لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ولكن يبيعه على ان الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضي السكنى على ما شرط وكذا الاجارة الحديث وحيث صح البيع في العمرى مع جهالة وقت انتفاع المشتري يصح في الرقبى المقررة بمدة معينة لارتفاع الجهالة فيها بطريق اولى ولو كانت السكنى مطلقة والعمرى والرقبى حيث يجوزها كان صح البيع ايضا وبطلت السكنى وما في معناها كما هو في شأن العقد الجائز اذا طرء عليه لازم ينافيه وما اختاره المص من الحكم بصحة البيع في العمرى مذهب جماعة من الاصحاب منهم ابن الجنيد فالعلامة كالمص والشهيد في بعض فتاويه للخلاف واختلف كلام ش في الارشاد فقطع بجواز البيع كما هنا وفي ير استقرب عدمه لجهالة وقت انتفاع المشتري وفي عد ولف وكره استشكل الحكم بعد ان افتى في كره بالجواز للرواية ومنشأ المنع والاشكال ان الغرض المقصود من البيع هو المنفعة ولهذا لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه وزمان استحقاق المنفعة في العمرى مجهول وقد منع الاصحاب من بيع المسكن الذي تعتد فيه المطلقة بالاقراء لجهالته وهنا الانتفاع به فيهما اولى لامكان استثناء الزوج مدة يقطع بعدم زيادة العدة عليها بخلاف المنافع وفيه نظر لان الانتفاع بالمبيع في الجملة متحقق وانما تخلف منها نوع خاص منها وذلك لا يقدح ومنع الاصحاب من بيع مسكن المعتدة مبني على ما منعوه هنا لاشتراكهما في المعنى ويلزم القائل بالصحة هنا القول بها ثم ان لم يتحقق الاجماع فيه مضافا الى النص المعتبر بالجواز هنا ويمكن الفرق بجوازه هنا بالنص فلا يلزم مثله في ذلك ان لم يمنع اتحاد الطريق لو بقاء الحكم فتخرج ذلك بالاتفاق ان تم فكيف كان فالقول بالصحة هنا اوجه مؤيدا بما ذكر من النص والاعتبار بعموم اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وعدم المنافاة بين البيع والسكنى فان مورد البيع العين ليستحق منها المنفعة المستحقة للبائع لا مطلقا ومورد السكنى المنفعة المملوكة له عاقدا الاكن وفي معناه ويمكن الفرق بين بيعه على المعمر وغيره ويجوز الاول دون الثاني نظرا الى استحقاق المعمر المنفعة ابتداء واستمرار استحقاقها فيقل الجهالة بخلاف غيره وفساده واضح فان المعتبر من العلم بالمنفعة المطلوبة في البيع ان كان مما بناه هذا القائل منها ان العمر المجهول يبطل مط والاصح مط لا اختلاف الاستحقاقين فلا يبني احدهما على الاخر واما الاولوية التي ادعوها في بيع مسكن المطلقة باستثناء مدة يقطع بانقضاء العدة قبله فيشكل بانه في العمرى نظرا الى العمر الطبيعي الذي لا يعيش المعمر بعده قطعا او عادة ومن ثم يحكم بموت المفقود ويقسم ماله وتعتد زوجته عدة الوفاة اتفاقا فابقى هنا شيء وهو ان المشتري لو كان هو المعمر جاز له بيع العين ح بجميع منافعها لانها باجمعها مملوكة له ولا مانع من نقلها الى غيره بوجه وان كان قبل الشراء ما كان يمكنه بيع المنفعة فان المانع لو لم يكن الجهالة بل عدم جواز افراد المنفعة بالبيع وليس بعيد جواز الصلح عليها لاحتمال من الجهالة ما لا يحتمله البيع وصحته على العين والمنفعة مثل هذا ولو كان مشتري العين غيره وجوزناه جاز له ان يصالح المشتري على تلك المنفعة المستحقة له مدة عمره بمال معلوم ويصير المشتري مالكا للجميع كما لو كان هو المعمر اذا تقرر ذلك فالمشتري حيث يجوز شراؤه مسلوب المنفعة في المدة المعينة او العمر ان كان عالما بالحال فلا خيار له ويصبر حتى تنقطع المدة او العمر ثم ينتقل اليه المنفعة وله قبل ذلك التصرف بالعين ببيع وهبة وعتق وغير ذلك مما لا يتعلق بالمنفعة المستحقة وان كان جاهلا تخير بين الصبر مجانا الى انقضاء المدة وبين الفسخ لان فوات المنفعة عيب يجوز الفسخ واعلم ان العلامة في لف قال بعد ان حكى عن ابن الجنيد صحة البيع وللشيخ قول يناسب ما قاله ابن الجنيد في ط وهو انه اذا اوصى بخدمة عبده على التأبيد جاز لورثة الموصي بيع الرقبة على الاقوى ونقل المنع عن قوم لانها رقبة مسلوبة المنفعة فهو كبيع الجعلان انتهى وفي مناسبة هذا القول لما نحن فيه نظر بين لان المنفعة المسلوبة في العمرى ليست دائمة بل الى امد مجهول كما تقرر وبعدها ينتقل الى المشتري وهو اعظم المنافع المقصودة من المبيع فكان المقصود من المنفعة مجهولا بخلاف الموصى به على التأبيد لان منفعته الخدمة ح غير ملحوظة للمشتري اصلا وانما غرضه باقي المنافع التي لم يدخل في الوصية كالعتق وهذه منفعة معلومة له والمجهولة قد قطع النظر عنها وعن انتقالها اليه لعدم امكانه فلا يلزم من تجويز بيعه تجويزه لبيع المعمر الذي يقصد منفعته المقصودة من الشراء عادة قوله واطلاق السكنى يقتضي ان يسكن بنفسه اه هذا هو المشهور بين الاصحاب محتجين على ذلك بان الاصل عصمة مال الغير من التصرف فيه بغير اذنه خرج من ذلك ما اذن فيه وهو سكناه بنفسه ومن في معناه فيبقى الباقي على اصل المنع وخالف ابن ادريس في ذلك فجوز له اسكان من شاء واجارته ونقل الملك كيف شاء لان المعمر ملكها بالعقد اللازم فساغ له التصرف فيها كيف شاء كما لو تملكها بالاجارة وكغيرها من امواله واجيب بمنع ملكه لها مط بل على الوجه المخصوص فلا يتناول غيره وفيه نظر وكيف كان فالعمل على المشهور وان كان كلام ابن ادريس لا يخ من قوة وانما جاز عند الاصحاب اسكان اهله واولاده مع اقتضاء الصيغة عندهم سكناه بنفسه لدلالة العرف على ذلك والحق العلامة في كره من جرت العادة باسكانه معه كغلامه وجاريته ومرضعة ولده وهو حسن لدلالة العرف عليه ايضا وكذا الضيف والدابة اذا كان في الدار موضع يصلح لها عادة وكذا احراز الغلة فيها كذلك ونحوه قوله واذا حبس فرسه في سبيل الله الى قوله لورثة الحابس هذه الاحكام مختصة بالحبس الذي عقد الكتاب له مع السكنى ولم يتعرض لحكمه الا هنا ولم يستوف فيها احكامه ولا غيره فانه لم يتعرض لعقده وافتقاره الى القبض وعدمه وضابط ما يصح حبسه فانه انما ذكر امورا مخصوصة من المال وكذا ما يجوز الحبس عليه فانه ذكر وجوها خاصة ايضا وكذا فعل الاكثر وخلاصة ما ذكروه هنا من حكمه انه ان وقع على قربة كالجهات المذكورة من سبيل الله ونحوه لزم ابدا ولم يصح الرجوع فيه مط وان كان على آدمي فان اطلق بطل بموت الحابس وان عين مدة لزم فيها الجمع والموجود من النصوص في هذا الباب ما روي من قضاء امير المؤمنين ع برد الحبيس وانفاذ المواريث والاصحاب حملوا رده على القسم الثاني وهو ما اذا وقع على آدمي فانه يرد الى الحابس بعد موته ولم يذكروا على الاول سندا وكانه وفاقي ولكن يعتبر فيه مع العقد القبض صرح به في كره واعتبر فيه ابن القربة ايضا وظاهر العبارة

ولا تبطل بالبيع بل يجب ان يوفى المعمر ما شرط له ... واطلاق السكنى يقتضي ان يسكن بنفسه واهله واولاده ... واذا حبس فرسه في سبيل الله او غلامه في خدمة البيت او المسجد لزم ذلك ولم يجز تغييره ما دامت العين باقية اما لو حبس شيئا على رجل ولم يعين وقتا ثم مات الحابس كان ميراثا وكذا لو عين مدة وانقضت كان ميراثا لورثة الحابس متن

انه لا يخرج عن ملك المالك حيث حكم بلزومه وعدم جواز تغييره ما دامت العين وصرح في ير بخروجه عن ملكه بالعقد بخلاف الحبس على الانسان فانه لا يخرج قطعا ٢٦٧
كالسكنى وبقي في كلام المص انه مع الاطلاق هل يجوز الرجوع فيه ام لا ولم يتبع كلامه ما يدل عليه بل على بطلانه بموته والذي صرح به في عد انه مع الاطلاق له الرجوع متى شاء كالسكنى وهو حسن وفي العبارة ايضا اخلال بالحبس مدة عمر احدهما فانه لم يذكر الا تعيين المدة وحكمه كالمدة المعينة في لزومه ما دام باقيا ورجوعه الى المالك بعد موت من علق على عمره وبه جزم في ير واتفق الجميع على التعيين بالفرس والمملوك في الوجه المذكور وزاد في ير البعير في سبيل الله وكان عليهم ان يذكروا الحكم باي ما يصح وقفه واعماره والظاهر ان حكم الحبس كذلك ومورده مورد الوقف فيصح حبس كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها بالشرائط السابقة على الانسان مط وعلى القرب حيث يمكن الانتفاع بها فيها كاطلاق الدابة لنقل الماء الى المسجد والسقاية ومعونة الحاج والزائرين وطلاب العلم والمتعبدين والكتب على المتفقهين والبيت على الساكنين وغير ذلك فالاقتصار على ما ذكروه ليس بجيد وعموم الادلة متناولة للجميع وخصوصها خال من جميع ما ذكروه قوله كتاب الهبات جمعها باعتبار انواعها المختلفة في الحكم كالهبة المتبرع بها وغيرها والمعوض عنها وغيرها والمتقرب بها وغيرها والواقعة للرحم وغيره ونحو ذلك والا فهي حقيقة واحدة وان اختلف خواصها ومن ثم عبر الاكثر بها موحدة قوله الهبة هي العقد المقتضي لتمليك العين من غير عوض تمليكا منجزا مجردا عن القربة قد تقدم الكلام في اطلاق المعنى المطلوب من هذه الالفاظ على العقد الدال عليها في نظائره من البيع ونحوه وانه مجاز من باب اطلاق السبب على المسبب وصيغة والعقد هنا بمنزلة الجنس يشمل سائر العقود وخرج به الفعل الدال على ذلك كنثار العرس واحضار الطعام بين يدي الضيف فانه لا يسمى هبة بل اباحة والموت المقتضي لتملك الاعيان بالارث وحيازة المباحات كالاحتطاب والاحتشاش وخرج بقوله المقتضي لتمليك العين نحو العارية والاجارة فان الاول لا يقتضي تمليكا مطلقا والثاني يقتضي تمليك المنفعة وبقوله من غير عوض نحو البيع والصلح الواقع على الاعيان بعوض وبقوله منجزا الوصية بالاعيان فان ملكها يتوقف على الموت وبقوله مجردا عن القربة الصدقة فانها مشروطة بها كما سلف والوقف والسكنى وما يلحق بها ان اعتبرنا فيها القربة والا فالتعريف منتقض بها كما هو الاصح ويدخل في العقد الدال على ذلك اشارة الاخرس بخلاف ما عبر به غيره من انه اللفظ الدال على ذلك فانها خارجة وينتقض في عكسه بالهبة المشروط فيها الثواب والمتقرب بها فان القربة وان لم يشترط فيها الا انها لا ينافيها بل المتقرب بها احد افرادها ويمكن دفعها بان المراد من قوله من غير عوض ومجردا عن القربة ان العوض غير لازم فيها وكذا القربة لا انتفاء العوض والقربة اصلا والهبة المشروط فيها العوض والمتقرب بها العوض والقربة غير شرط فلو تجردت عنهما صحت بخلاف ما يعتبران فيه كالبيع والصدقة وبان العقد المذكور لا يقتضي الملك بنفسه بل لا بد معه من القبض اجماعا فلا يكون وحده مقتضيا للملك ويمكن دفعه بانه انما جعله مقتضيا للتمليك لا للملك ولا شبهة في ان قوله وهبتك يقتضي تمليكه العين المخصوصة وان لم يتحقق الملك بذلك بل يتوقف على امر اخر وفي ان الاقتضاء اعم من التام والناقص فلا ينافي توقفه على امر اخر قوله وقد يعبر عنها بالنحلة والعطية النحلة بالكسر اسم للعطية والمصدر النحل بالضم يقال نحلته انحله نحلا والعطية تطلق على مطلق الاعطاء المتبرع به فيشمل الوقف والصدقة والهبة والهدية والسكنى ومن ثم اطلق بعض الفقهاء عليها اسم العطايا وعنونها بكتاب فيكون اعم من الهبة والنحلة في معناها فيكون اطلاقهما على الهبة كاطلاق الجنس على النوع وقد عرفت ان الهبة اعم من الصدقة لاشتراطها بالقربة دونها واما الهدية فهي اخص من الهبة ايضا لانها تفتقر الى قيد اخر مضافا الى ما ذكر في تعريف الهبة وهو ان يحمل الى من كان الموهوب اليه من كان الموهوب منه اعظاما له وتوقيرا فامتازت عن مطلق الهبة بذلك ولهذا لا يطلق لفظها على العقارات الممتنع نقلها فلا يقال اهدى اليه دارا ولا ارضا ويقال وهبه ذلك فقد صارت الهبة اعم منهما ايضا وعلى هذا يتفرع انه لو نذر الهبة بر بالهدية والصدقة دون العكس مطلقا ولو حلف لا يهب فتصدق او اهدى حنث دون العكس ونقل في التذكرة عن بعض الشافعية انهما خارجتان عنها وقال الشيخ في ط الهبة والهدية والصدقة بمعنى واحد ثم علله بمسئلة الحلف وهي لا تدل على مطلوبه كما لا يخفى بل التحقيق ما ذكرناه قوله وهو يفتقر الى الايجاب والقبول اه لما كانت الهبة من العقود اللازمة على تقدير اجتماع شرائط اللزوم اعتبر فيها ما يعتبر في العقود اللازمة من الايجاب والقبول القوليين العربيين وفورية القبول للايجاب بحيث يعد جوابا له وغير ذلك مما يعتبر في العقود ولما كانت جائزة على كثير من الوجوه لم يضيقوا المجال فيها على حد العقود اللازمة فاكتفوا فيها بكل ما دل على التمليك المذكور حتى قالوا لو قال هذا لك مع نية الهبة كفى مع كونه ليس بلفظ الماضي لدلالته على الانشاء من حيث اسم الاشارة المقترن بلام الملك او الاختصاص وهذا بخلاف ما لو قال هذا مبيع لك بكذا فان البيع لا ينعقد به لما قلناه من عدم لزوم هذا العقد مط فتوسع فيه كما توسعوا في عقد الرهن حيث كان جائزا من طرفيه لازما من الاخر وظاهر الاصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مط الى العقد القولي في الجملة فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على ايجابها وقبولها لا يفيد الملك بل مجرد الاباحة حتى لو كانت جارية لم يحل له الاستمتاع بها لان الاباحة لا تدخل في الاستمتاع فان الشيخ ره في ط ومن اراد الهدية ولزومها وانتقال الملك منها الى المهدى اليه الغائب فليوكل رسوله في عقد الهدية معه فاذا مضى واوجب له وقبل المهدى اليه واقبضه اياها لزم العقد وملك المهدى اليه الهدية ونحوه قال في ير وجعل عدم اشتراط الايجاب والقبول فيها احتمالا واختلف كلام مه ره فقد قطع بان الهدية كالهبة في اشتراطها بالايجاب والقبول والقبض وفي ير نقل قريبا من كلام الشيخ ره ثم قال ولو قيل بعدم اشتراط القبول مط كان وجها قضاء للعادة بقبول الهدايا من غير نطق ويلوح من آخر كلامه في كره الفتوى من غير تصريح لانه نقل عن قوم من العامة انه لا حاجة في الهدية الى الايجاب والقبول اللفظيين بل البعث من جهة المهدي كالايجاب والقبض من جهة المهدى اليه كالقبول لان الهدايا كانت تحمل الى رسول الله ص من قيصر وكسرى وسائر الملوك فيقبلها ولا لفظ هناك واستمر الحال من عهده ص الى هذا الوقت في سائر الاصقاع ولهذا كانوا يبعثون على ايدي الاطفال الذين لا يعتد بعباراتهم قال ره ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة واعتذروا عما تقدم بان ذلك كان اباحة لا تمليكا واجيب بانه لو كان كذلك لما تصرفوا فيه تصرف الملاك ومعلوم ان النبي ص كان

كتاب الهبات

كتاب الهبات والنظر في العقد والحكم الهبة هي العقد المقتضي تمليك العين من غير عوض تمليكا منجزا مجردا عن القربة وقد يعبر عنها بالنحلة والعطية وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض ويصح الايجاب بكل لفظ قصد به التمليك المذكور كقوله وهبتك او ملكتك متن

٣٦٨ بتصرف فيه ويملكه غيره ويمكن الاكتفاء في هدايا الاطعمة بالارسال والاخذ جريا على العادة بين الناس قال والتحقيق مساواة غير الاطعمة لها فان الهدية قد تكون
غير طعام فانه قد اشتهر هدايا الثياب والدواب من الملوك الى رسول الله صلى الله عليه وآله فان مارية القبطية ام ولده كانت من الهدايا وهذا الذي ذكره من التحقيق شبيه بما
نقلناه عنه من الاكتفاء بذلك وهو حسن ومع ذلك يمكن ان يجعل ذلك كالمعاطاة يفيد الملك المتزلزل ويبيح التصرف والوطي ولكن يجوز فيها الرجوع فيه
عملا بالقواعد المختلفة وهي اصالة عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد يجب الوفاء به وثبوت جواز التصرف فيها بل وقوعه ووقوع ما ينافي الاباحة وهو الوطي
واعطاؤه الغير فقد وقع ذلك النبي صلى الله عليه وآله في مارية ام ولده وقد كان يهدي اليه الشيء فيهديه الى ازواجه وغيرهم واهدي البرجلة فاهداها الملوك من غير ان
ينقل قبول لفظي ولا من الرسل ايجاب كذلك مقارن له وهذا كله يدل على استفادة الملك في الجملة لا الاباحة ولا ينافي جواز رجوع المهدي في عينه ما دام
باقية واعلم ان المصنف ذكر الايجاب في الهبة ولم يذكر القبول ولعله اكتفى بأصل اشتراطه وظهور لفظه من لفظ الايجاب لانه الرضا به قوله ولا يصح الا من
الاكمل بالغ كامل العقل جائز التصرف اطلاق العقد شامل للمتولي الايجاب والقبول فكما لا يصح ايجاب الهبة من الصبي والمجنون والعبد والمحجور عليه لا يصح
قبولها منهم لكن تولي الايجاب ممتنع منهم ومن الولي اذ لا غبطة لهم في هبة مالهم الا على وجه نادر واما القبول فيمكن من الولي ولا فرق في الصبي بين من بلغ
عشرا وغيره ونبه باطلاق الاشتراط ووقوع العقد من البالغ على خلاف من جوز هبته وصدقته بل من بلغ عشرا من الاصحاب وعلى خلاف بعض العامة
حيث اكتفى بايجاب الصبي في البيع بان يقول اشتريت لنفسك كذا او اتهبت كذا ومن هذا الباب ما لو قال الولي جعلت هذا الشيء لابني وكان صغيرا
او غرس شجرا او قال غرسته لابني ونحو ذلك لم يكن في ملك الولد حتى يقبل له لفظا بناء على عدم الاكتفاء بالايجاب وفي وقوع المتجزي به الاكتفاء بذلك
في ملكه قوله ولو وهب ما في الذمة فان كان له فهنا مسئلتان اوليهما ان يهب الدين لغير من هو عليه وفي صحته قولان احدهما وعليه المعظم العدم
لان القبض شرط في صحة الهبة وما في الذمة يمتنع قبضه لانه ماهية كلية لا وجود لها في الخارج والجزئيات التي يتحقق الحق في ضمنها ليس هي الهبة بل بعض افرادها
وافرادها غيرها والثاني الصحة ذهب اليه الشيخ وابن ادريس والعلامة في لف لانه يصح بيعه والمعاوضة عليه فتصح هبته للغير واشتراطها بالقبض لا
ينافيه لتحققه بقبض احد جزئياتها بان يعينه المالك ثم يقبضه او يوكل في القبض عنه ثم يقبض من نفسه لا بان يجعل قبضه عن الهبة قبضا عن المالك لئلا يلزم الدور
وهذا الكلي يرجع الى الكلي الطبيعي لان المراد من الدين الذي في الذمة كالدرهم مثلا معروض مفهوم الكلي النوعي ككلية الانسان بالنسبة الى مفهوم النوع والكلي الطبيعي
موجود في الخارج بمعنى وجود افراده ولانه لولا وجود القدرة على تسليمه لما صح بيعه والمعاوضة عليه لان البيع مشروط بالقدرة على تسليم المبيع اجماعا في غير
الآبق بل يشترط وجوده مط والهبة لا وجود لها على ما ذكروه وما قيل في الفرق بين البيع والهبة بان القدرة على تسليمها يكفي فيها انه يتحقق المعاوضة و
تخففها يكفي قبله القدرة على تسليم بعض افراد الهبة المعدود احد العوضين ويدخل في ملك المشتري من غير توقف على قبض ثم يستحق المطالبة بالاقباض
بخلاف الهبة فان الاقباض لم يدخل في حصول الملك فلا بد ان يقبض الواهب الدين ثم يقبضه المتهب فامتنع نقله الى ملك المتهب حين هو دين وكذا بعد
تعيين المديون لم يقبل قبض الواهب لانتفاء الملك وبقبض الواهب يحدث الملك له فيمتنع انشاء الهبة عليه اذ تكون هبة جارية مجرى ما تملكه بيع
غيره وذلك غير جائز وقد ظهر عليك جوابه مما قررناه فان ما في الذمة ان كان موجودا متحققا يمكن قبضه وتسليمه فبيعه وهبته صحيحان لحصول الشرط
والقدرة على القبض ولا يقدح في الفرق استحقاق المبيع من دون القبض دون الهبة لانا نحكم بصحة الهبة الآن بعد القبض كما لا نحكم بصحتها لو تلفت
بعين خاصة الآن بعد قبضها لكن نقول ان القبض لما كان ممكنا بقبض بعض افراد الهبة التي جوزتم بيعها كانت جائزة هبتها ويتوقف صحتها على حصول قبضها
على ذلك الوجه ولا شبهة ان الدين مملوك للواهب قبل قبضه وقبضه ممكن على الوجه المذكور فتصح هبته ويتوقف على قبضه كما يتوقف لو كان عينا
وبهذا يظهر انه لا يمتنع نقله الى ملك المتهب حين هو دين لانه مملوك له ولذا صح بيعه وغيره من المعاوضات وقبض الواهب ما احدث له الملك
بل التعيين فامكن تقديم انشاء الهبة عليه ولم يكن كهبة ما سيملكه فظهر ان الصحة متوجهة وان كان جانب البطلان ايضا وجيها من حيث انه المشهور وشبهة
ما ذكر الثانية ان يهب الدين لمن هو عليه وقد قطع المصنف وغيره بصحته في الجملة وتنزل الهبة منزلة الابراء فانه اسقاط لما في الذمة فلا يفتقر الى قبض ولا
يجري فيه الشبهة وابراء المديون لا اشكال في صحته فظاهرهم انه لا ينحصر في لفظ بل ما دل عليه الهبة هنا يدل عليه وقد جوزه في باب الجنايات بلفظ العفو
واطلقه الله تعالى في الابراء ايضا في قوله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح على تقدير كونه دينا وينبغي على هذا جوازه بلفظ الاسقاط بطريق
اولى لانه اقرب الى معناه من الهبة التي متعلقها ما يمكن قبضه شرعا وهذا المعنى غير مراد هنا بل غايته اذ لا معنى لاستحقاق الانسان ما في ذمته نفسه بل
الغاية من ذلك سقوطه وعبر عنه بالهبة لتقارب المعنيين ودلالته على المراد عرفا ويدل على وقوع الابراء هنا بلفظ الهبة صحيحة معوية بن عمار عن ابي
عبد الله عليه السلام قال سئلته عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له اله ان يرجع فيها قال لا لانه لو جعل ابراء بل هبة لما امكن اطلاق القول بعدم جواز
الرجوع كما سيأتي انشاء الله تعالى من جوازه فيها في مواضع كثيرة بخلاف الابراء فانه لازم مط واعلم ان الابراء مهموز فعله الماضي صيغته يكون مهموزا ايضا ويستعمله
ويجوز تسهيله العامة من حيث حركة ما قبله على القاعدة العربية واصله التخلص قال الجوهري تقول ابرأته مما لي عليه وبرأته براءة قوله ولا يشترط في الابراء
القبول على الاصح موضع هذه المسئلة اعم من الاولى لشمولها ابراء كل من عليه حق بلفظ الابراء والهبة وغيرهما وقد اختلف الاصحاب في اشتراط القبول في
الابراء مط فذهب الاكثر الى عدمه للاصل ولانه اسقاط لا نقل شيء الى الملك فهو بمنزلة تحرير العبد ولعموم قوله تعالى فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم
حيث اعتبر مجرد الصدقة ولم يعتبر القبول ولقوله تعالى ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فاسقط الدية بمجرد التصدق ولم يعتبر القبول والمراد بالتصدق
فيها الابراء وقيل ان الصدقة كما تقدم من العقود المفتقرة الى قبول اجماعا ولانها على اعتباره انما من عدمه وذهب ابن زهرة وابن ادريس الى اشتراط
القبول واختلف كلام الشيخ فاختار في اول المسئلة نقله وفي آخرها قوى الاول فاطلاق جماعة نسبة القول باشتراطه اليه ليس بجيد وآخج للاشتراط با

٣٦٩ ابرائه من الحق الذي عليه منة فلا يجبر على تحملها كما لا يجبر على قبول هبة العين ولو لم يعتبر القبول لتحملها جبرا واجيب بالفرق بين التمليكات والاسقاط شرعا وعرفا
اما الاول فلانه لو ابرء مالك الوديعة المستودع منها مثلا لم يملكها بذلك وان قبل وكذا غيره ولو اسقط حقه من عين مملوكة لم يخرج بذلك عن ملكه بخلاف
الدين فانه قابل لذلك لانه ليس شيئا موجودا فكان اشبه بالعتق واما الثاني فلان اسقاط الانسان حقه باختياره من غير ان يتناول من عليه الحق لا يظهر
فيه منة يثقل تحملها على من عليه الحق عرفا بخلاف هبة الاعيان المتوقفة على القبول اجماعا فلعل تعرضه للقبول بحضرته ومقارنته للايجاب وعلمه بما يعتبر
في الصحة بعده من الاقباض والقبض دليل على الحرص على التمليك الموجب للمنة غالبا ويدل على عدم اعتبار القبول ايضا ظاهر قوله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي
بيده عقدة النكاح حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو ولا دخل للقبول في مسماه قطعا وشبيها الاكتفاء بمجرد العفو في المهر وفي سقوط الحدود والجنايات
الموجبة للقصاص وهو في معنى الابراء وهذا اقوى واشهر قوله ولا حكم للهبة ما لم يقبض لا خلاف بين الاصحاب في ان القبض شرط في الهبة في الجملة لكن
اختلفوا في انه هل هو شرط لصحتها او للزومها فمعظم المتاخرين على الاول وهو مقتضى ظاهر كلام المصنف فان الحكم بنفي الهبة بدونه يقتضي رفع جميع الاحكام
لانه وقع نكرة منفية وذلك يقتضي عدم انعقادها بدونه اصلا واستدلوا عليه باصالة بقاء الملك على مالكه وعدم تاثير العقد في مقتضاه خرج منه
ما بعد القبض بالاجماع فيبقى الباقي ولقول الصادق عليه السلام في رواية ابي بصير الهبة لا يكون ابدا هبة حتى يقبضها وقوله في النحلة والهبة ما لم يقبض حتى يموت صاحبها
هي بمنزلة الميراث وذهب جماعة منهم ابو الصلاح والعلامة في لف ونقله ابن ادريس عن المعظم مع اختياره الاول الى الثاني واستدلوا عليه بانه عقد
يقتضي التمليك فلا يشترط في صحته القبض كغيره من العقود ولعموم الامر بالوفاء بها المقتضي له ولانه تبرع كالوصية فلا يعتبر فيه ايضا ولصحيحة ابي بصير عن ابي
عبد الله عليه السلام قال الهبة جائزة قبضت او لم تقبض قسمت او لم تقسم والنحل لا يجوز حتى يقبض وانما اراد الناس ذلك فاخطأوا واجابوا عن الاول بانقطاع
الاصل بطرو السبب الناقل وعموم الامر بالوفاء بالعقد يمنع عدم تاثيره بل يقتضيه مط والرواية الاولى لا يجوز حملها على ظاهرها للتناقض بل المراد
ان الهبة لا تكون هبة لازمة ما لم تقبض وهو اولى من اضمار الصحة فان ما لم يصح كالمعدوم والثانية ضعيفة السند مرسلة ويمكن ان يحمل على الثاني
ان العقود منها ما يقتضي الملك ومنها ما لا يقتضيه بدون القبض وقد تقدم منه الوقف فيكون اعم والمراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها من لزوم
• جواز وغيرهما فلا يدل على المط وكذا مطلق التبرع اعم مما لا يعتبر فيه القبض والحاقه بالوصية قياس واطلاق الهبة على غير المقبوضة اعم من الحقيقة وجاز
ان يكون مجازا تسمية للشيء باسم ما يؤول اليه على تقدير تحققه او اطلاقا لبعض الاجزاء على الجميع فان الايجاب والقبول اعظم اجزاء السبب التام في تحققها
على تقدير عدمه بها خاصة ومطلق جوازها لا نزاع فيه قال في س والروايات متعارضة ولعل الاصحاب ارادوا باللزوم الصحة فان في كلامهم اشعارا به قال
الشيخ قال لا يحصل الملك الا بالقبض وليس كاشفا عن حصوله بالعقد مع انه قائل بان الواهب لو مات لم يبطل الهبة فيرتفع الخلاف هذا كلامه وفيه نظر
لمنع تعارض الروايات على ما قد سمعت فان الجمع بينها ممكن وارادة جميع الاصحاب من اللزوم الصحة غير واضح فان العلامة في لف نقل القولين ولهج
لهما ثم اختار الثاني فكيف يحمل على الاخر نعم كلام الشيخ الذي نقله متناقض وليس حجة على الباقين فان الخلاف متحقق وفي كره اتفق ما هو اعجب مما في س
فانه قال الهبة والهدية والصدقة لا يملكها المتهب والمهدى اليه والمتصدق عليه بنفس الايجاب والقبول اذا كان عينا الا بالقبض وبدونه لا يحصل
الملك عند علمائنا اجمع وهذا ظاهر في دعوى الاجماع على ان القبض شرط الصحة اجماعا وهو يؤيد ما في س وينافي ما في لف ويمكن ان يحمل على انه لا
يحصل الملك عند علمائنا اجمع وهذا ظاهر في دعوى الاجماع على ان القبض شرط الصحة اجماعا وهو يؤيد ما في س وينافي ما في لف ويمكن ان يحمل على
انه لا يحصل بدونه الملك التام وهو اللازم فيكون اعم من الصحة وعدمها لئلا ينافي فتواه في لف ونقله الخلاف وان كان خلاف الظ اذا تقرر ذلك
فيتفرع على القولين النماء المتخلل بين العقد والقبض فانه للواهب على الاول وللموهوب له على الثاني وفيما لو مات الواهب قبل الاقباض فيبطل على الاول
ويتخير الوارث في الاقباض وعدمه على الثاني وفي فطرة المملوك الموهوب قبل الهلال ولم يقبضه الا بعده فانها على الواهب على الاول وعلى الموهوب له
على الثاني وفي نفقة الحيوان مط فانها على الاول على الاول وعلى الثاني على الثاني قوله ولو اقر بالهبة والاقباض الخ وذلك لعموم اقرار العقلاء
على انفسهم جائز وكونها في يد الواهب لا ينافي لجواز اقباضه اياه ثم ردها اليه الا انه يعلم كذبه في اخباره بركضه الوقت الذي يعلم تسع القبض والرد
ونحو ذلك فلا يلتفت اليه وعلى هذا فلا يتوجه على المقر له اليمين على القبض عملا بمقتضى الاقرار نعم لو ادعى المواطاة على الاقرار للمتهب وان لم يكن
واقعا توجه اليمين على المتهب على حصول القبض وعلى عدم المواطاة على الاقوى وقيل على الاول خاصة قوله فلو مات الواهب بعد العقد وقبل
القبض كان ميراثا اي كان ميراثا لورثة الواهب لبطلان العقد عنده بموته قبل الاقباض مع انه شرط في صحته كغيره من العقود الجائزة كالوكالة والشركة
ولرواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام في الهبة والنحلة ما لم يقبض حتى يموت صاحبها قال هو ميراث وفي معناها رواية ابان عن علي عليه السلام ولكن في طريق الاولى
علي بن فضال وحاله معلوم وداود بن الحصين وهو واقفي وان كانا ثقتين في الموثق والثانية مرسلة ضعيفة وقال الشيخ في ط لا يبطل الهبة وقام
الوارث مقامه كالبيع في مدة الخيار من حيث ان الهبة عقد يؤول الى اللزوم فلا ينفسخ بالموت وتبعه ابن البراج على ذلك مع ان الشيخ قال في هبة
ذي الرحم اذا مات قبل قبضها كان ميراثا وقال ان الملك لا يحصل الا بالقبض وليس كاشفا عن حصوله بالعقد فكلامه متناقض وموت الموهوب له
بمنزلة موت الواهب لم يذكره الاكثر وممن صرح به العلامة في كره ولا فرق مع موته قبل القبض بين اذنه فيه قبله وعدمه لبطلان الاذن
بالموت وفي معناه ما لو ارسل الهدية الى انسان فمات المهدي او المهدى اليه قبل وصولها فليس للرسول دفعها الى المهدى اليه ولا الى وارثه
لبطلان الهدية بالموت قبل القبض كالهبة قوله ويشترط في صحة القبض اذن الواهب هذا مما لا خلاف فيه عندنا ولان التسليم لما لم يكن
مستحقا على الواهب كان قبض المتهب بغير اذنه كقبض مال الغير وهو محرم لا يترتب عليه اثر كما لو قبض المشتري المبيع قبل تسليم الثمن بغير اذن

البايع واولى بالحكم هنا ولا فرق بين كونهما في المجلس وعدمه وخالف في ذلك بعض العامة فلم يشترط الاذن اذا كانا في المجلس استنادا الى ان الايجاب يتضمن الاذن في القبول والقبض في المجلس معا بخلاف ما بعده ولا يخفى منع الامرين معا فان القبول انشاء الشارع لا الموجب والقبض تسلط على المال ولم يوجد ما يدل عليه ولو سلم دلالة الايجاب عليه لم يختص بالمجلس واعلم انه يستفاد من اطلاق اعتبار اذن الواهب في القبض عدم اشتراط كونه بنية الهبة فلو اذن له فيه مطلقا صح خلافا لبعض الاصحاب حيث اعتبر وقوعه للهبة والاذن فيه كذلك لان ذلك هو المقصود وحيث كان مطلق القبض صالحا لها ولغيرها فلا بد من مايز وهو القصد وهو حسن حيث يصرح بكون القبض لا لها لعدم تحقق القبض المعتبر فيها اما لو اطلق فالاكتفاء به اجود لصدق اسم القبض وصلاحيته للهبة ودلالة القرائن عليه بخلاف ما لو صرح بالصارف قوله ولو وهب ما هو في يد الموهوب لم يفتقر الى قبض جديد ولا مضي زمان يمكن فيه القبض وجه ... بهما في الحكم بالصحة صدق القبض في الحال فانه مستصحب ودوام الشيء اقوى من ابتدائه ولا يقدح فيه ما تقدم من اعتبار كون القبض للهبة او مطلقا لان ايجابه العقد واقراره على العين بعده دليل على رضاه بقبضه لها ولا كونه مقبوضا على وجه الغصب لما ذكرناه ولان اطلاق القبض المعتبر فيه يشمله وغايته النهي عنه وهو لا يدل على فساد المعاملة وحيث لا يفتقر الى الاذن في القبض جديدا لا يفتقر الى مضي زمان يمكن فيه لان الزمان المذكور انما يعتبر حيث يعتبر القبض لكونه من ضروراته ولوازمه فاذا لم يعتبر سقط اعتبار التابع وفي المصنف ربما اشار الى ذلك بعض الاصحاب ايمكن عود الاشارة بذلك الى مضي الزمان خاصة بمعنى انه لا يعتبر تجديد الاذن في القبض لكن يفتقر الى مضي زمان يمكن فيه القبض وهذا هو الذي ... الشيخ في ... اختياره ووجهه بان اقراره يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض ... تجديد الاقباض فيعتبر مضي زمان يمكن فيه القبض كما لو لم يكن مقبوضا بيده فاقبضه اياه فانه يعتبر مضي زمان يمكن فيه القبض حيث لا يكون ... بالفعل فكذا هنا وجوابه يعلم مما سبق فانا لا نجعل الايجاب اقباضا بل هو متحقق قبله وانما نجعله علامة وامارة على رضاه بقبضه السابق ونتنزل منزلة الاقباض ويمكن عود الاشارة الى كل من عدم الاذن في القبض ومضي الزمان ... عدم الاكتفاء بالقبض السابق مطلقا بل يفتقر الى تجديده ومضي زمان يمكن فيه القبض لان الموهوب ليس في يد الواهب فلا يتصور اقباضه اياه خصوصا في المغصوب لان يد القابض يد عدوان فلا يترتب عليه حكم شرعي ولان المعتبر قبضه للهبة لا مطلقا فانه لو وهبه ثم اقبضه اياه على وجه الايداع لم يحصل القبض الذي هو شرط الهبة فافتقر الى الاقباض وقد عرفت جوابه وينبغي ان يستثنى منه حالة الغصب حيث لا يد للغاصب عليه شرعا قوله وكذا اذا وهب الاب او الجد للولد الصغير لزم بالعقد لان قبض الولي قبض عنه اي وكذا الحكم وهو صحة انتقال الهبة الى قبض جديد ولا مضي زمان فيما اذا وهب الاب او الجد له الولد الصغير ذكرا كان ام انثى شيئا هو في يد الواهب فان قبضه السابق على الهبة كاف عن قبض الهبة الطارية لكونه تحت يده فاليد مستدامة وهي اقوى من المبتداة وانما ترك التصريح هنا بكون الموهوب تحت يده مع ان هبة الولد ما هو ملك اعم من كونه تحت يده اتكالا على ما علم في المسئلة السابقة وقد شبه بها حكم اللاحقة تنبيها عليه بالتعليل ومع فلو فرض عدم كون الموهوب تحت يد الولي افتقر الى قبضه عنه بعد الهبة قطعا كغيره ويمكن فرضه فيمن اشترى شيئا ولم يقبضه فان الملك يتم بالعقد ولم يقبض ويجوز نقله عن ملكه بالهبة ونحوها وان امتنع بيعه على بعض الوجوه وقد تقدم ويمكن فرضه ايضا في مال ورثه تحت يد غيره وليس بمكن من قبضه وفيما لو غصبه او اجره لغيره قبل الهبة اما الوديعة فلا يخرج بها عن يد المالك لان يد المستودع كيده وفي العارية وجهان اجودهما خروجه بها عن يده فيفتقر الى القبض جديدا من الولي او من وكيله فيه ولو وكل المستعير فيه كفى ويبقى في المسئلة بحث اخر وهو انه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمحض القبول لها كما تقدمت الاشارة اليه ينبغي ذلك عند من يعتبر ايقاع القبض للهبة كالعلامة ره لان المال المقبوض في يد الولي له فلا ينصرف الى الطفل الا بصارف وهو القصد وعلى ما اخترناه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا وينصرف الاطلاق الى قبض الهبة ويلزم بذلك وتخصيص الحكم بالولد الصغير يخرج البالغ الرشيد ذكرا كان ام انثى والحكم فيه كذلك لانتفاء ولايته عنهما وان بقيت ولايتهما على الانثى في النكاح على بعض الوجوه عند بعضهم لان ذلك خارج بدليل اخر لا يوجب الولاية عليها مطلقا فلو تصرفت البالغة الرشيدة في مالها ببيع وهبة لم يتوقف على اذن الولي اتفاقا ولكن في عبارة ابن الجنيد في هذه المسئلة ما يدل على الحاق الانثى مطلقا بالصغير ما دامت في حجره بالنسبة الى الهبة لها لانه قال في كتابه الاحمدي وهبة الاب لولده الصغار وبناته الذين لم يخرجوا من حجابه وان كن بالغات تامة وان لم يخرجها عن يده لان قبضه قبض لهم انتهى وهو قول نادر ووجه غير واضح وقياسه على النكاح ممنوع مع وجود الفارق قوله ولو وهبه غير الاب او الجد له اما اذا لم يكن له ولاية فالحكم واضح لان يده ليست كيد الموهوب فلا بد من قابض عنه ممن له الولاية عليه لمثله لذلك كما يعتبر قبولها اليه ايضا واما على تقدير ولايته ولم يكن ابا ولا جدا كالوصي فالحقه الشيخ في ط بغير الولي محتجا بانه لا يجوز له ان يبيع من الصبي شيئا بنفسه او يشتري منه وحينئذ فينصب الحاكم امينا يقبل منه هبته للصبي ويقبضها له ويتبعه المص هنا على الحكم والاصل ممنوع وولاية الوصي عامة فلا وجه لاختصاصها بغيره والاصح ان حكم الوصي حكم الاب والجد وعلى المص ويتولى ذلك الولي او الحاكم يمكن فرضهما مع كون الواهب غير ولي واما اذا كان وليا كالوصي فلا يعرض فيه الاول الى الحاكم لان الوصي لا يتحقق مع وجود الاب والجد لما كان سببا فلم يبق معه الا الحاكم وفي معنى الحاكم منصوبه لذلك او مطلقا قوله وهبة المشاع جائزة وقبضه كقبضه في البيع لا اشكال في جواز هبة المشاع كغيره لامكان قبضه بتسليم الجميع وانما الكلام في تحقق قبضه باي معنى فعندنا انه كقبضه في البيع فيجري فيه القولان وهما الاكتفاء بالتخلية مطلقا والتفصيل بها في غير المنقول وبالنقل وما في معناه فيه وهذا هو الاقوى وانما كانا متساويين فيه لان القبض معنى واحد والمعتبر فيه العرف وهو متحد في الموضعين ونبه بقوله وقبضه كقبضه في البيع على خلاف بعض الشافعية حيث فرق بين الموضعين وجعل المعتبر في القبض هنا النقل وان اكتفينا بالتخلية في البيع بالنسبة الى المنقول فارقا بان القبض في البيع مستحق والمشتري المطالبة به فجاز ان يجعل بالتمكين قبضا بخلاف الهبة فان القبض غير مستحق فاعتبر تحققه ولم يكتف بمطلق التخلية ولعل ما ذكرناه من اتحاد مفهومه لغة وعرفا وما ذكروه انما اقتضى الفرق في حكمه لا في حقيقته واعلم انا ان اكتفينا في القبض مطلقا بالتخلية فلا بحث وان اعتبرنا في المنقول النقل وكان

باذن الشريك والواهب فاقباضه يتسليم الجميع الى المتهب ان اراد تحقق القبض وان كان لشريك غيره توقف تسليم الكل على اذن الشريك فان رضي بهما والا فكما ثبات يده عليه بدونه بل يوكل الشريك في القبض ان امكن فان تعاسرا رفع امره الى الحاكم فينصب امينا يقبض الجميع نصيب الهبة لها والباقي امانة للشريك حتى يتم عقد الهبة وقيل انه يكتفي مع امتناع الشريك بالتخلية في المنقول تنزيلا لعدم القدرة الشرعية منزلة عدمها الحقيقية في غير المنقول وفيه منع عدم القدرة الشرعية حيث يوجد الحاكم الجبار مع عدمه فلا باس به دفعا للضرر والعسر بالخ شيخنا الشهيد في بعض فاشترط اذن الشريك في القبض مطلقا وان اكتفينا بالتخلية نظرا الى ان المراد منها رفع يد المالك وتسلط القابض على العين وذلك لا يتحقق الا بالتصرف فان الشريك يعتبر اذنه ورفع المانع من حصة المالك خاصة مع الاشاعة لا يحصل به التسلط على العين الذي هو المقصود من القبض وقبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقة بالحكم ومن ثم لو كانت العين مغصوبة بيد متسلط لم يكف التخلية من المالك وتسليطه عليها مع وجود المانع من التسليم ولو وجه حسن وان كان الاشهر الاول وحيث يعتبر اذن الشريك فقبض المتهب بدونه وما في حكمه يقع القبض لاغيا للنهي فانه لا يقتضي الفساد في غير العبادة بل لان القبض لما كان من اركان العقد اعتبر فيه كونه مرادا للشارع فاذا وقع منهيا عنه لم يعتد به شرعا فيختل ركن العقد وقد عرفت انه قبض واحد لا يقبل التفرقة في الحكم بجعل القبض للموهوب معتبرا والنهي عن جزء الغير الخارج عن حقيقة الموهوب قوله ولو وهب اثنين شيئا اه الفرق بين الامرين واضح من حيث اجتماع شرائط صحة الهبة في الاول دون الثاني ولا ارتباط لاحدهما بالاخر فيصح ما اجتمعت شرائطه خاصة ولا يقال انهما بمنزلة عقد واحد فلا بد من اجتماع شرائط مجموع العقد ولا يتم الا بقبولهما وقبضهما لانه وان كان بصورة عقد واحد لانه في قوة المتعدد بتعدد الموهوب له كما لو اشترى اثنان فان لكل منهما حكم نفسه في الخيار ونحوه وقد تقدم وقوله وامتنع الاخر يشمل ما لو امتنع من القبول والقبض معا وما لو امتنع من احدهما وان كان المقام مقام القبض خاصة قوله ويجوز تفضيل بعض الولد على بعض في العطية على كراهية اما جواز التفضيل في الجملة فمشهور بين الاصحاب وغيرهم ويشهد له ان الناس مسلطون على اموالهم ويظهر من ابن الجنيد التحريم الا مع المزية والتعدية الى باقي الاقارب مع التساوي في القرب والوجه الكراهية المؤكدة لقوله سووا بين اولادكم في العطية فلو كنت مفضلا احدا لفضلت البنات ولان التفضيل يورث العداوة والشحناء بين الاولاد كما هو الواقع شاهدا وغائبا ولدلالته ذلك على رغبة الاب في المفضل المثير للحسد المفضي الى قطيعة الرحم وقد روي ان النعمان بن بشير اتى به ابوه الى النبي فقال اني نحلت ابني هذا غلاما فقال النبي اكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا فقال اردده وفي رواية اخرى اتى النبي فقال له ايسرك ان يكونوا لك في البر سواء فقال نعم قال فارجعه وفي حديث اخر عنه انه قال لمن اعطى بعض اولاده شيئا اكل ولدك اعطيت مثله قال لا قال فاتقوا الله واعدلوا بين اولادكم فرجع في تلك العطية وفي رواية اخرى لا اشهد على جور وهذه الروايات تصلح حجة لابن الجنيد والاصحاب حملوها على تقدير سلامة السند على الكراهة جمعا وقد روى ابو بصير في الصحيح قال سئلت ابا عبد الله ع عن الرجل يخص بعض ولده بالعطية قال ان كان موسرا فنعم وان كان معسرا فلا ولا قائل بمضمونه مفصلا غير ان تجويزه العطية مع اليسار حجة المشهور ومنعه منه مع الاعسار مناسب للكراهة والحق المفصل حيث يكون عليه دين ونحوه واطلاق النصوص السابقة يقتضي عدم الفرق بين حالتي الصحة والمرض وحالتي العسر واليسر الا ان الحديث الاخير يخص النهي بحالة العسر وفي رواية سماعة عن الص لما سئل عن عطية الوالد لولده فقال اما اذا كان صحيحا فهو ماله يصنع به ما شاء واما في مرضه فلا يصلح وعمل بمضمونها العلامة في المختلف فخص الكراهة بالمرض والاعسار وفي بعض نسخه بهما جميعا والظاهر ان دلالة الخبرين على الاول اوضح والاقوى عموم الكراهة لجميع الاحوال وتاكدها مع المرض والاعسار اعمالا بالجميع لا دلالة لعدم المنافاة واستثنى بعض الاصحاب منه ما لو اشتمل المفضل على مزية كحاجة او اشتغال بعلم والمفضل عليه على نقص كفسق وبدعة واستعانة بالمال على معصية ونحو ذلك فلا يكره التفضيل ح ولا باس به مع احتمال عموم الكراهة لعموم الادلة واطلاقها قوله فاذا اقبضت الهبة فان كانت للابوين اه بينهم من قوله وفيه خلاف وضميره يعود الى غير الابوين من ذوي الرحم ان الاجماع متحقق في هبة الولد للوالدين خاصة فيدخل في الخلاف العكس وهو هبتهما للولد وفي الشرائع عكس فجعل الاجماع على لزوم هبة الاب لولده ومع ذلك لم يذكر الام والظاهر ان الاتفاق حاصل على الامرين الا من المرتضى في الانتصار فانه جعلها جائزة مطلقا ما لم يعوض عنها وان قصد بها التقرب وكانهم لم يعتدوا بخلافه لشذوذه والعجب مع ذلك انه ادعى اجماع الامامية عليه مع ظهور الاجماع على خلافه وذكر صاحب كشف الرموز انه سئل المصنف عن وجه اخلاله بذكر الاولاد مع ان الاجماع واقع على لزوم الهبة لهم كالاباء فاجابه بانه كان نسيانا للقلم وهو يدل على اعترافه بالاجماع على الامرين اذا تقرر ذلك فانحصر الخلاف في غيرهم من الارحام وقد اختلف الاصحاب في حكم هبته مع بقاء العين وعدم التصرف فيها والمعوض عنها فذهب الاكثر الى لزومها لعموم الامر بالوفاء بالعقود على ما فيه ولانها مال الغير اجماعا والاصل استمرار ملكه في المتنازع ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ع قال الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما ان شاء حيزت او لم تحز الا لذي رحم فانه لا يرجع فيهما وغيرها من الاخبار وما ورد من الاخبار معارضا لها ضعيف السند فلا يصلح للمعارضة فضلا عن ترجيحه عليها وقيد بذلك يضعف قول الشيخ في الخلاف بالجواز محتجا بها كما ضعف قول المرتضى رض محتجا بالاجماع واعلم ان المراد بالرحم في هذا الباب وغيره كالرحم الذي يجب صلته ويحرم قطعه مطلق القريب المعروف بالنسب وان بعدت لحمته وجاز نكاحه وهو موضع نص ووفاق قوله ولو كان لاجنبي فله الرجوع ما لم يتلف العين الموجب للزوم الهبة اعم من كونه من قبل الله تعالى وغيره حتى من المتهب لشمول الدليل للجميع وهو حسنة الحلبي عن الص اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والا فليس له وليس الخلاف في هذه الصورة الا مع المرتضى رض حيث جوزها مطلقا ما لم يعوض وحجته النص وعنده عدم قبول مثله وادعى في كره ان الحكم باللزوم مع التلف اجماعي وهو في مقابلة دعوى نظيره الاجماع على الجواز وفي حكم تلفها اجمع تلف بعضها وان قل لدلالة الرواية عليه فان العين مع تلف جزء منها لا تبقى قائمة قوله وكذا ان عوض عنها ولو كان العوض يسيرا هذا ايضا من المواضع الموجبة للزوم الهبة من الاجنبي وهو موضع وفاق من

٣٧٢ جميع الاصحاب حتى المرتضى رضه كما قد عرفت ومستنده مع الادلة العامة خصوص قول الصادق ع في حسنة عبد الله بن سنان قال اذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع ولا فرق في العوض بين القليل والكثير مع تراضيهما عليه لاطلاق النص والفتوى لانها تصير بالتعويض معاوضة محضة فيلزم للعموم ولو لم يرض الواهب باليسير ابتداء او بعد العقد لم يؤثر بذل المتهب له كما لا يشترط وكذا لا فرق في العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره عملا بالاطلاق ولانه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح بذله عوضا عن الجملة ولو وهب هل تلزم بالتصرف قيل نعم وقيل لا تلزم وهو الاشبه حكم هذه المسئلة من المشكلات وقد فيها الاصحاب المتقدمون منهم والمتاخرون وتحرير الدليل على كل قول غير متضح ولا سالم من اشكال ونحن نذكر منه هنا ما يقتضيه المقام ويحمل على معرفة ما اهملناه بملاحظة ما حررناه فنقول اذا تمت الهبة بالعقد والقبض ولم يكن لذي رحم ولا زوج ولا زوجة ولم يعوض المتهب عنها ولم يتلف في يده ولكن تصرف فيها تصرفا لا يسوغ لغير المالك فهل يلزم الهبة بذلك ويكون التصرف من جملة الاسباب الموجبة للزومها ام يبقى جايزة على ما كانت قبل التصرف فيه اقوال احدها وهو الذي اختاره المص في الكتاب ومختصره وقبله سلار وابو الصلاح وهو ظ ابن الجنيد ره عدم التصرف مط في لزومها بل للواهب فسخها كما كانت لم يفعل واطلاق بقاء الحكم بالجواز مع التصرف يشمل الناقل للملك والمانع من الرد كالاستيلاد والمغير للعين كطحن الحنطة وغيرها وثانيها انها تلزم بالتصرف مط ذهب اليه الشيخان وابن البراج وابن ادريس ره واكثر المتاخرين كالعلامة والشهيد ره في اللمعة وغيرهما وثالثها التفصيل بلزومها مع خروجه عن ملكه او تغيير صورته كقصارة الثوب ونجارة الخشب وكون التصرف بالوطي وعدمه وبدون ذلك كالركوب والسكنى واللبس ونحوها من الاستعمال وهو قول ابن حمزة والشهيد ره في س وجماعة من المتاخرين وزاد ابن حمزة فقال لا يبطل الرهن والكتابة وهو يشمل باطلاقه ما لو عاد الى ملك الواهب اولم يعد اذا تقرر ذلك فلنعد الى ما احتج به اصحاب الاقوال من الاخبار والاعتبار وسنبين ما فيه فالذي يصلح حجة لاصحاب القول الاول صحيحة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع في الرجل يهب الهبة ايرجع فيها ان شاء قال يجوز الهبة لذوي القرابات والذي يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك ان شاء والظ ان المراد بالجواز في الخبر اللزوم بقرينة تخصيص الحكم بالقرابة والمثاب وقوله ويرجع في غير ذلك وحسنة الحلبي عنه ع قال اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والا فليس له وبقاء العين شامل لحالتي التصرف وعدمه ولان استحقاق الرجوع ثابت قبل التصرف فيستصحب واجاب في لف عن الخبرين بحملهما على ما اذا لم يوجد التصرف وفيه نظر لان تخصيص العام وتقييد المطلق لا يصح الا مع وجود معارض يتوقف على الجمع بينهما بذلك ولم يذكر ما يوجب المعارضة على هذا الوجه كما ستنبه انشاء الله واقتصر في لف على هذين الحديثين اسند الا من ظرفنا القائل واضاف اليهما الاستدلال باصالة بقاء الملك على صاحبه وهو حجة رده لان انتقال الملك هنا متحقق على كل حال بعد القبض وانما الكلام في ان هذا الانتقال هل هو لازم ام جايز والاولى الاستدلال بما ذكرناه من استصحاب الحكم بالجواز لانه موضع النزاع ويمكن ان يحتج له من الاخبار ايضا بصحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما ان شاء حيزت او لم يحز الا لذي رحم فانه لا يرجع فيها وبصحيحة زرارة عن ابي عبد الله ع قال انما الصدقة محدثة انما كان الناس على عهد رسول الله صلعم ينحلون ويهبون ولا ينبغي لمن اعطى لله عز وجل شيئا ان يرجع فيه قال ومن لم يعطه لله وفي الله فانه يرجع فيه نحلة كانت او هبة حيزت او لم تحز الحديث وفي معناها موثقة عبيد بن زرارة قال سئلت ابا عبد الله ع عن الرجل يتصدق بالصدقة اله ان يرجع في صدقته فقال ان الصدقة محدثة انما كانت النحلة والهبة ولمن وهب او نحل ان يرجع في هبته حيز او لم يحز ولا ينبغي لمن اعطى شيئا لله عز وجل ان يرجع فيه فهذه الاخبار الخمسة دالة باطلاقها وعمومها على ما ادعاه المص من جواز الرجوع فيها وان تصرف وهو ظ لا يقال مدلول الاخبار على الاطلاق غير مراد لشمولها لما لا يجوز الرجوع معه اجماعا كحالة التعويض والتلف فما دل عليه لا تقولون به وما تقولون به يقصر دلالتها عليه لانا نقول ان تينك الحالتين خرجتا من هذا العموم والاطلاق بنص خاص وهو الاخبار التي اسندنا اليها لحكمين فيكون تلك الاخبار مخصصة او مقيدة لهذه وطريق الجمع بينهما حمل هذه على ما عدا تينك الحالتين اعمالا للدليلين بحسب الامكان كما هو محقق في الاصول فيبقى هذه الاخبار كالعام المخصوص في كونه حجة في الباقي وح فيضعف ايضا قول من قال ان هذه الاخبار لا عموم لها او ان تقييدها لا بد منه فان تقييدها بما يوجب الجمع بينها وبين غيرها لا يبطل دلالتها وتمنع اولوية موضع النزاع ويحتاج تقييدها بغير حالة التصرف الى حجة حجة القول الثاني امور الاول عموم قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وليس الرجوع تجارة ولا عن تراض الثاني عموم اوفوا بالعقود خرج منه ما دل الدليل على جوازه فيبقى الباقي على اصله الثالث رواية ابراهيم بن عبد الحميد عن الص ع قال انت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها وقال قال رسول الله صلعم من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه خرج من ذلك ما اخرجه الدليل فيبقى الباقي على اصله الرابع ان جواز الرجوع يقتضي تسلط الواهب على ملك المتهب وهو خلاف الاصل لقوله ع الناس مسلطون على اموالهم فيقتصر فيه على موضع الدليل الخامس قال الشيخ ره روى الاصحاب ان المتهب متى تصرف في الهبة فلا رجوع فيها وهو يدل على وجود الروايات بذلك السادس ان المتهب قد ملك بالعقد والاقباض وظهر اثر الملك بالتصرف فقوى وجود السبب وهو تام والا لم يتحقق اثره فلا يتحقق النقل عنه الا بسبب طارئ والرجوع ليس سببا هنا والا لكان سببا في غيره السابع ان جواز الرجوع يقتضي الضرر والاضرار بالمتهب على تقدير بنائه وغرسه وطول مدته وهما منفيان شرعا الثامن ان الموهوب قد صار ملكا للمتهب بعقد الهبة فلا يعود الى ملك الواهب الا بعقد جديد او ما في حكمه التاسع انه اجماع لان المخالف معروف الاسم والنسب فلا يقدح فهذه عشرة ادلة بحديث النبي لانه دال برأسه وان كان في ضمن حديث اخر فقد ذكر منفردا ايضا وهذه الادلة جمعها من تضاعيف عبارات اصحاب هذا القول ولم يتفق جمعها لاحد منهم هكذا وهي اقصى ما امكن من اسنادها لهم وفي كل واحد منها نظر اما الاول فللمنع من كون اكل الهبة بطريق الرجوع فيها من الواهب اكلا للمال الغير بالباطل بعد ورود الروايات الصحيحة على جواز الرجوع المستلزم لعود ملكها بالفسخ فيكون اكلا للمال لنفسه بالحق لا لمال غيره بالباطل واما الثاني فالامر بالوفاء بالعقود المراد منه الوفاء بما يقتضيه والالتزام بما يترتب عليه شرعا من لزوم وجواز

٣٧٣ فمن فسخ بالعقد الجايز الذي قد دلت الاخبار الصحيحة الكثيرة على جوازه كان قد وفى بالعقد حقه اللازم له شرعا سلمنا ان المراد بالوفاء به التزامه مط لكنه مخصوص بالعقود اللازمة وكون هذا العقد لازما في هذه الحالة عين المتنازع وقد عرفت دلالة الادلة الصحيحة على جوازه فيكون مستثنى كما استثنى غيره من العقود الجايزة واما الثالث وهو خبر ابرهيم بن عبد الحميد فاول ما فيه ضعف السند جدا فان ابرهيم بن عبد الحميد واقفي المذهب وان قال بعضهم انه ثقة والذي يرويه عنه عبد الرحمن بن حماد وهو مجهول العين مط وانما يوجد في قسم الضعفاء عبد الرحمن بن ابي حماد وهو غال لا يلتفت اليه والذي يرويه عنه ابرهيم يقول مطلق وهو مشترك بين جماعة منهم الضعيف والثقة وما هذا شانه كيف يجعل حجة في مقابلة تلك الاخبار الصحيحة مع ان في معناها من الاخبار الضعيفة جملة لم يلتفت الى ذكرها لذلك وان كان حالها اقوى من هذا الخبر واما دعوى انجبار ضعفه بالشهرة فالعجب من اصل الاستدلال به فان شهرته ان كانت بحسب تدوينه في كتب الحديث فهو لم يشترك بينه وبين ساير الاخبار الضعيفة المذكورة في كتب اصول الحديث المروية وان كان بمعنى عملهم بمضمونها فظ بطلانه لان مضمونه لزوم الهبة متى قبضت سواء كانت لرحم ام غيره عوض عنها ام لم يعوض بقيت عينها ام تلفت وهذا المفهوم على اطلاقه لا يقول به احد وانما يأخذون منه هنا قدر حاجتهم خاصة وهو لزومها على تقدير التصرف ويطرحون باقي مدلوله فاي ضرر لاشتهاره على وجه يجبر ضعفه لكن سلمنا الدلالة على التصرف مط وانما دل على لزومها مط بالقبض كما عرفت وانهم لا يقولون به فاي حجة يجعله على حالة التصرف خاصة واما الاستدلال بقوله ص ان الراجع في هبته كالراجع في قيئه فالكلام في طريقه كما تقدم ومن حيث المتن مقتضاه تحريم الرجوع مط كتحريم الرجوع في القيء ولا يقول به احد ومنه يظهر ان حمله على الكراهة مط اولى ووجه التشبيه استقذار الرجوع عند اهل البصيرة وذوي المروة سلمنا ارادة التحريم لكن تحريم الرجوع لا يدل على فساده وعدم ترتب الاثر عليه لعدم دلالة النهي في غير العبادات عليه واما الرابع ففيه ان تسلط الواهب اذا وقع بما اذن له الشارع فيه من العقد الجايز لا يكون مخالفا للاصل بل موافقته له اوضح وبالرجوع يصير ماله فيتسلط على ماله لا على مال المتهب واما الخامس وهو الحكاية عن الشيخ ره بان الاصحاب رووا ان المتهب متى تصرف في الهبة فلا رجوع فيها فعجيب لان ارباب هذا القول بالغوا وفتشوا فلم يجدوا حديثا واحدا يدل على ما ادعاه الشيخ سوى رواية ابرهيم بن عبد الحميد فذكروها في الاستدلال وحالها ما قد رايت دلالة وسندا وكتب الشيخ الاخبارية خالية عما ادعى وروايته الاصحاب لو سلم حمل روايته اصلا الى حكم التصرف صريحا وانما روى هو وغيره من الاصحاب ما حكيناه من حكم جواز الهبة على الوجه المتقدم المنافي لما ادعى هنا واما السادس وهو الاستدلال بتحقق الملك وظهور اثره بالتصرف ففيه انه ان اراد بالملك اللازم فهو مصادرة على المط وهل هو الا اول المسئلة وعين المتنازع وان اراد تحقق الملك المطلق بالعقد والاقباض اعم من اللازم والجايز وترتب اثر هذا المطلق فهو غير نافع لان العقد الجايز لا يرفع جوازه التصرف فيه على هذا الوجه كما يظهر ذلك في تصرف احد المتبايعين مع وجود الخيار للاخر وكما في تصرف غير المغير للعين ولا الناقل للملك في الهبة عند بعض الاصحاب والحق ان اثر الملك الحاصل وهو الجايز يرتفع على ما يدعيه الخصم ودلت عليه الاخبار الصحيحة وذلك لا يوجب قوة السبب ولا تماميته ولا ينافي كونه سببا ودعوى كون الرجوع ليس سببا هنا عين المتنازع فان الخصم يجعله سببا تاما في رفع ملك المتهب واثبات ملك الواهب بواسطة جواز العقد الذي قد استفيد من النصوص واما السابع وهو استلزام جواز الرجوع الضرر في بعض الصور ففيه ان المتهب اقدم على هذا الضرر بالتصرف في ملك متزلزل امره بيد غيره واذا ادخل هو الضرر على نفسه لا يضر عند الشارع كما في نظائره من الموارد التي يلقي الانسان نفسه فيها من الضمانات والغرامات التي لا تحصى كثرة ومثله يقع كثيرا في تصرف من ليس له الخيار مع من له ذلك في ابواب البيع والشفعة وغيرها واما الثامن فجوابه ظ لانه ان اراد صيرورته ملكا لازما فهو اول المسئلة وان اراد الاعم لم يضرهم قوله فلا يعود الى ملك الواهب الا بعقد او ما في حكمه مسلم لكن الفسخ في حكم العقد حيث انه ناقل للملك من المتهب الى الواهب كما لا يخفى واما التاسع وهو دعوى الاجماع ففيه جوابه البين وكيف يتحقق الاجماع في موضع الخلاف العظيم والمعركة الكبرى والمنازعة العظمى وتعدد الاقوال وعلم عين القائل ونسبته منزلة الالتزام في كل مسئلة مابدعي فيه الاجماع كاف فضلا عن هذه وما هذه الدعوى عند ارباب النهى الا من قبيل الهذيانات والتخيلات واعجب منها ما وقع في مقابلتها من دعوى نص ص في الانتصار الاجماع على جواز الهبة مط لرحم كانت ام لغيره تصرف فيها ام لم يتصرف ما لم تعوض حجة القول الثالث وهو التفصيل بتغير العين وزوالها عن الملك وعدمه حسنة الحلبي المتقدمة عن الص ع اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها والا فليس له ووجه الدلالة انه مع تغيرها بالطحن ونجارة الخشب وتفصيل الثوب ونحو ذلك لا يصدق على بقاء العين لان المتبادر منها بقاؤها باوصافها التي كانت عليها لا اصل الذات ومع خروجها عن ملكه لا يصدق بقاؤها عرفا لانه تلف منزلة التلف فضلا عن اصل الخروج عن الوصف وعلى هذا فيكون هذه الرواية مخصصة او مقيدة لتلك الاخبار الصحيحة كما قيدوها في حالة التلف ولكن لا يخفى ما فيها من اشكال في السند والدلالة اما السند فلعدم كونها من الصحيح في تعبير عدالة الراوي بالمعنى المشهور فيشكل عليه العمل بها واما الدلالة فيظهر في صورة نقلها عن الملك مع قيام عينها بحالها فان قيام النقل مقام تغير العين او زوالها لا يخلو من تحكم او تكلف بل قد يدعى تمام العين ببقاء الذات مع تغير كثير من الاوصاف فضلا عن تغيير يسير وايضا فاصحاب هذا القول الحقوا الوطي مط بالتغيير مع صدق بقاء العين بحالها اللهم الا ان يدعى في الموطوءة عدم بقاء عينها عرفا وليس بواضح او يخص بما لو صارت ام ولد فانها تنزل منزلة التالفة من حيث امتناع نقلها عن ملك الواطي وعلى كل حال فتقييد تلك الاخبار الكثيرة الصحيحة الواضحة الدلالة بمثل هذا الخبر الواحد البعيد الدلالة في كثير من مدعياته تفصيل لا يخلو من اشكال الا انه اقرب من القول المشهور باللزوم مط والذي يظهر ان الاعتماد عليه اوجه حيث يظهر ولا انه يصدق في التغيير عرفا لانه من اعلى درجات الحسن بل قد عده الاصحاب من الصحيح في كثير من الكتب وان كان ذلك ليس بجيد كما سننبه عليه في اخر البحث ويبقى تلك الاخبار السابقة من كون الراجع في هبته كالراجع في قيئه فان له طريقا صحيحا وان كانت اكثر طرقه ضعيفة وخبر ابرهيم بن عبد الحميد كالشاهد له فيكون في ذلك استعمال لجميع الاخبار

٣٧٤ وهو خبر من اطراح مثل هذا الحديث المعتبر والباقية وقد ظهر بما قررناه ان امتن الاقوال وادخلها للادلة النصوص الصحيحة المتكثرة هو ما اختاره المص من القول
ببقاء هذا العقد على الجواز وان القول باللزوم مط اجتهاد عن الدلالة المعتبرة المقبولة وان كانت كثيرة بحسب الصورة فلا تغتر بما قاله صاحب كشف الرموز
من ضعف ما اختاره المص ولا بما حثه فيه ولجده واستقصى الكلام معه فلم يظهر له الا الحالة والقول باللزوم مط معتمدا فيه على الاجماع والخبر الى ابن مسلم
غفلة عن حقيقته والعجب منه دعوى الاجماع على اللزوم في موضع الخلاف واعلم انه على القول باللزوم الامر واضح لان كل ما يعد تصرفا يوجبه سواء غير العين
ام لا وسواء نقل عن الملك ام لا وان قلنا بالتفصيل فيعتبر في التصرف المعتبر تبدل صورة الموهوب وان تعيب حقيقته كطحن الحنطة وقطع الثوب وذمارته
ونجارة الخشب ونحو ذلك لعدم بقاء العين المعبر عنه في الخبر مع ذلك حسب ما تقرر وهل يلحق بذلك ادخالها في البناء بحيث يستلزم هدمها الاضرار بما لكه مع
بقاء العين وعدم تبدل صورتها وجهان من صدق بقاء العين وكون هذا الفعل اقوى من ذلك التبدل البيسر ولزوم الاضرار بالمتهب مع دخوله
فيه دخولا شرعيا لمن هنالك العين ولعله اقوى ولو نقلها عن ملكه نقلا لازما فقد قطعوا بلزومها مع ان فرض عودها الى ملكه بعد ذلك باقالة
او عزم لفسخ وجه النقل المفيد لبطلان خبر الرجوع بذلك فعوده يحتاج الى دليل جديد ولو كان عوده بحيا او فسخ بعيب ونحوهما مما يوجبه من حينه
فكذلك لتحقق انتقال الملك مع احتمال عود الجواز نظرا الى ارتفاع العقد ووجود سببه من حين العقد ويضعف بان الملك منتقل على التقدير
وان كان متزلزلا وتعدد الملك وعوده اليه لا يبطل ذلك الملك وانما يحدد ملك اخر ومن ثم كان النماء المتخلل لمن انتقل اليه دون المتهب
ولو وطى الامة فقد حكموا بعد ثبوت نصرتها مط سواء استولدها ام لا ولا شبهة فيه وعلى تقدير الاستيلاد لو تجدد موت الولد فكما في الفسخ
واولى باحتمال عود الجواز لعدم انتقالها عن ملك المتهب وانما منع منه مانع وقد زال هذا اذا جعلنا المانع هو الاستيلاد لا الوطي والا لم يعد مط
لوجود السبب الموجب للزوم ولو كان التصرف بالاجارة انتظر الواهب انقضاء المدة وجاز الفسخ معجلا ولو كان بالكتابة روعي بالفسخ فان حصل
صحة الرجوع والا فلا والفرق بين الفسخ هنا وفسخ ذي العيب والخيار ان الفسخ بعجز المكاتب يبطلها من اصلها ومن ثم يملك السيد ما بيده من الكسب
وما وصل اليه قبله على تقدير كونها مشروطة بخلاف ما يوجبه من حينه ولو كانت مطلقة وفسخ قبل الاداء فكذلك ولو كان بعد اداء البعض ففي صحة الرجوع
فيما بطل فيه خاصة وجهان وقد تقدم اطلاق ابن حمزة عدم بطلان الرجوع بالكتابة مط والتفصيل اجود ولو كان التصرف بالرهن بعد اقباضه كما هو في
صحته واطلق ابن حمزة عدم منعه وكان وجهه تقدم حق الواهب على حق المرتهن فينفسخ الرهن مط ووجه العدم وقوع التصرف من المالك فكان ماضيا
الان بزوال المانع والتفريع على القول بالجواز مط واضح فيما لا يحصل مع التصرف نقل الملك ولا مانع من الرد كالاستيلاد واما معهما فمقتضى كلام
القائل بجوازه ايضا من غير استثناء وعموم الادلة يتناوله ومع فلا يتسلط على رد العين لانتقال الملك الى غير الموهوب وقد كان ما لكا فوقع الرجوع
صحيحا ولكن يرجع الى قيمة العين وفي اعتبار قيمته وقت الرجوع او وقت النقل وجهان اجودهما الاول لانه وقت انتقال الملك الموهوب بالقيمة جمعا بين
بين الخبرين ويحتمل استثناء ما بين التصرفين من الحكم وان كان القائل به قد اطلق فان حقيقة الرجوع لا يتم الا بابطال ملك غير المتهب والرجوع الى القيمة
مع وجود العين لحالة على غير ما دل عليه الدليل الموجب للرجوع ولا فيه جمعا بين الاخبار حيث يدعي ان نقل الملك منزلة منزلة تغير العين بل تلفها
وقد شرط في الخبر السابق بقاء العين قائمة في جواز الرجوع تنبيه هو خاتمة بحث المسئلة اعلم ان العلامة ذكره في كره ولف وصف وابن الحلبي عن
الص اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها اه بالصحة وتبعه على ذلك الشهيد في س والشيخ علي ره في الشرح واتي انها من الحسن لا من الصحيح
لان في طريقها ابرهيم بن هاشم وهو ممدوح غير معدل وكثيرا ما يقع الغلط في حديثه خصوصا في لف وقد وصفه بالحسن في مواضع كثيرة
منه موافقا للواقع والعجب من تبعية هذين الفاضلين له اكثر وانما اطولنا الكلام في هذه المسئلة وخرجنا عن موضوع الكتاب لانها من المهمات والله
ولي التوفيق قوله ويستحب العطية لذي الرحم ويتاكد في الولد والوالد المراد بالعطية المذكورين من الجمع بين الصدقة وصلة الرحم المامور بها وقد قال الله مدحا
للفاعل واتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى فبدا بالقرابة وقال رسول الله ص صدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة وروي ان زينب امراة عبد الله
بن مسعود كانت صناعا وكانت تنفق على زوجها وولده فاتت النبي فقالت يا رسول الله ان عبد الله بن مسعود وولده يشغلاني عن الصدقة فقال النبي
لك في ذلك اجران اجر الصلة واجر الصدقة والاخبار في هذا الباب كثيرة جدا وانما يستحب عطية الرحم حيث لا يكون محتاجا اليها بحيث لا يندفع حاجته
بدونها والا وجبت عينا لان صلة الرحم واجبة عينا على وجه وليس المراد منها مجرد الاجتماع البدني بل ما يصدق معه الصلة عرفا وقد يتوقف ذلك على
بالمال حيث يكون الرحم محتاجا والاخر غنيا لا يضره بذل ذلك القدر الموصول به بل قد يتحقق الصلة بذلك وان لم يسع اليه بنفسه كما ان السعي الى زيارته
بنفسه غير كاف فيها مع الحاجة على الوجه المذكور قوله والتسوية بين الاولاد في العطية المراد بالتسوية معناها الظ وهو جعل انصباء الاولاد متساوية ذكورا
كانوا ام اناثا ام بالتفريق فيعطي الانثى مقدار ما يعطي الذكر وان كان له ضعفها في الارث لقوله سووا بين اولادكم في العطية فلو كنت مفضلا احدا
لفضلت البنات وقد تقدم البحث في ذلك وما يستثنى منه قوله ويكره الرجوع فيما تهبه الزوجة لزوجها اه اما جواز رجوع احدهما في هبة الاخر فلدخوله
في عموم الاخبار السابقة الدالة على جواز الرجوع فيما عدا ذي الرحم وليسا من ذويه واستصحابا للحكم السابق واما الكراهة فلقول النبي في رواية
الحلبي وغيرها من الروايات مثل الذي يرجع في هبته كالذي يرجع في قيئه واذا لم يدل ذلك على التحريم فلا اقل من الكراهة وذهب جماعة من الاصحاب الى
عدم جواز رجوع احدهما كالرحم لصحيحة زرارة عن ابي عبد الله ع انه قال لا يرجع الرجل فيما يهبه لامراته ولا المراة فيما تهبه لزوجها حيز او لم يحز لان الله تعالى
يقول ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا وقال فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا يدخل فيه الصدقة والهبة وهذا
هو الاقوى لصحة الرواية فيكون الزوجية من اسباب اللزوم المستثناة من تلك الاخبار الصحيحة بخصوص هذا الخبر الصحيح كما استثنى الرحم بالخبر الاخر

ولا يقدح فيه قوله حيز او لم يحز من حيث ان ظاهره اللزوم وان لم يقبض لما تقدم من دلالة الادلة على عدم لزومها قبل القبض فطعا فيحمل هذه العبارة على قبض اخر ٣٧٥
جديد غير القبض الاول جمعا بين الادلة ولعل من ذهب الى الكراهة لعدم هذا الخبر بذلك من حيث انه متروك العمل بالظ او لان ما دل عليه لا يقولون به وما يقولون
به لا يدل عليه واما حديث النبي فلا خصوصية فيه دلالة على الزوجين بل يدل على كراهة الرجوع في الهبة مط وان شارك غيرهما من حيث العموم الا انه ليس فيه ما
يقتضي تخصيص الكراهة بهما وان صلح للدلالة في الجملة ولا فرق في الزوجين بين الدائم وغيره ولا بين المدخول وغيره والمطلقة رجعيا زوجة بخلاف البائنة
قوله ولو وهب فاقبض ثم باع من اخر الى قوله والاول اشبه المراد بعدم الصحة على تقدير لزوم الهبة بكون المتهب رحما او معوضا عدم لزومه بل يبقى موقوفا على
اجازة المتهب على مختار المص والاكثر في بيع الفضولي لا الصحة المقابلة للبطلان لانه لا يقصر عن الفضولي والمراد انه مع لزوم الهبة لا ينفذ البيع لكونه تصرفا
في ملك الغير واما مع جواز الرجوع فيه فهل يصح ويقوم مقام الرجوع والبيع مقام الامرين او لا احدهما وهو الذي اختاره المص عدم الصحة بذلك المعنى لان
بالعقد والقبض قد انتقل عن ملكه الى ملك المتهب وان كان انتقالا قابلا للزوال بالفسخ فبيعه قبل الفسخ واقع في ملك الغير فلم ينفذ ولا يقدح
كونه دالا على الفسخ لان غايته ان يكون فسخا موجبا لنقل الملك اليه لكن هذا الانتقال لم يحصل الا بالبيع فيكون البيع واقعا قبل الانتقال لتقدم
السبب على المسبب فيتوقع على ملك الغير فلم يكن صحيحا والثاني الصحة وقيام العقد مقام الفسخ والعقد معا لان ثبوت الفسخ فرع صحة العقد
في نفسه لانه اثره فلو كان البيع فاسدا لم يترتب عليه اثره وهو الفسخ مع الاتفاق على ان الفسخ يحصل بذلك وانما الخلاف في حصولهما معا وهو كالامور
او فوايا العقود وفيه نظر لانا نمنع من توقف الفسخ على صحة العقد بل على حصول لفظ يدل عليه وايقاع البيع على هذا الوجه يدل على ارادة الفسخ فيقتضيه
وان تخلفت صحة البيع من حيث اشتراط تقدم الملك عليه والاولى في الاستدلال على صحته ان العقد يدل على ارادة الفسخ والغرض من الالفاظ
المعتبرة في العقود الدلالة على الرضا الباطن لانه هو المعتبر ولكن لما لم يكن الاطلاع عليه نصب الشارع الالفاظ الصريحة دالة عليه واعتبرها في صحة
العقد كما نبه عليه كثير في ابواب ج فالعقد المذكور يدل على تحقق ارادة الفسخ قبل العقد فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد اليه قبل البيع
او نقول انا نحقق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين الى ملك الواهب فكان العقد بمنزلة الفضولي وقد ملكها من اليه الاجازة فيلزم من قبله كما لو باع
ملك غيره ثم ملكه او باع ما رهنه ثم فكه ونحو ذلك واولى بالجواز هنا لان بايع ملك غيره قد لا يقصد به على تقدير كونه مالكا بخلاف هذا فانه قاصد
الى البيع مط كما لا يخفى وكيف كان فالاقوى صحة البيع والفسخ معا ومثله باتى في بيع ذي الخيار وبيع المدبر والموصى به مط والمكاتب حيث يجوز فسخها ونحو
ذلك قوله ولو كانت الهبة فاسدة صح البيع على الاحوال المراد بالاحوال ما تقدم تفصيله من كون الهبة لرحم او غيره عوض عنها او لم يعوض ويحتمل ان يريد
ما هو اعم من ذلك بحيث يشتمل مع ذلك ما لو علم بالفساد او لم يعلم ووجه الصحة في الجميع وقوع العقد من مالك جائز التصرف فيكون صحيحا ويحتمل العدم
على تقدير عدم علمه بالفساد لانه لم يقصد نقله عن ملكه لبنائه على انه ملك لغيره والعقود تابعة للقصود ويجوز على تقدير علمه بالفساد ان لا يبيع وانما
اقدم على بيع مال غيره بزعمه وعلى تقدير احتمال ارادته البيع مط فمجرد ايقاعه البيع اعم من قصده اليه على تقدير علمه بملكه وعدمه والعام لا يدل على الخاص فما
لقصد الى البيع على تقدير كونه ملكا مشكوك فيه فلا يكون العقد معلوم الصحة ويمكن الجواب عن ذلك بان ايقاع العقد باللفظ الصريح كاف
في الدلالة على القصد اليه شرعا كما في نظايره من العقود اذ لا يشترط في صحته العلم بكونه قاصدا الى ذلك اللفظ حيث يكون شرعيا بل يحمل اطلاق لفظه
حيث يتجرد عن قرائن عدم القصد على كونه قاصدا واحترزنا بتجرده عن قرائن عدمه عن نحو المكره والهازل اذا وقع عقدا فانا لا نحمل لفظه الصريح على القصد
اليه لدلالة القرائن على عدمه ويظهر من العبارة ان موضوعها ما لو كان جاهلا لعطف المسئلتين الآتيتين عليه تشبيها لحكمها بها مع نصهم بفرض جهله
بالحال فيهما ولو قيل بالرجوع الى قوله في ذلك كان حسنا بمعنى انه ان اخبر عن قصده ارادة البيع وان كان مالكا صح وان قصده لكونه فضوليا لم يصح على تقدير
ظهور كونه مالكا لعدم توجه قصده الى البيع اللازم ولان هذا امر لا يمكن معرفته الا منه فيرجع اليه فيه كنظائره واعلم ان العلامة ره في عد ادعى الاجماع على
صحة البيع بتقدير ظهور فساد الهبة وعطف عليه حكم ما لو باع مال مورثه والاجماع ممنوع مع انه في كتاب البيع من الكتاب المذكور نقل الخلاف فيمن باع
مورثه فبان موته وان استوجه الصحة قوله وكذا القول فيمن باع مال مورثه وهو يعتقد بقائه بمعنى انه يحكم بصحة البيع على تقدير ظهور موت المورث
حال البيع وان البايع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر في اللزوم وهو صدور البيع عن مالك مالك لامره ويشكل بما مر من عدم قصده الى البيع
اللازم بل انما قصد بيع مال غيره واقدم على عقد الفضولي فينبغي ان يعتبر رضاه به وهو ظهور الحال خصوصا مع ادعائه عدم القصد اليه على تقدير
كونه ملكه ولعل هذا اقوى لدلالة القرائن عليه فلا اقل من جعله احتمالا مساويا للقصد الى البيع مط فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع الا
ان يقال ان المعتبر هو القصد الى البيع مط ويمنع اعتبار القصد الى بيع لازم بدليل صحة عقد الفضولي مع عدم القصد الى بيع لازم وتوقفه على اجازة
المالك امر اخر لان رضاء المالك شرط في لزوم العقد لا في صحته في نفسه والامر هنا وقع من المالك فاجتمع القصد الى البيع والشرط وهو بيع المالك
فلا يفتقر الى اجازة اخرى والى مثل هذا نظر المص وجزم بصحة البيع ومثله ما لو باع مال غيره فظهر شراء وكيله له قبل البيع واعلم ان الشهيد ره في بعض الحواشي
نقل عن الشيخ ره تساوي مسئلتي فساد الهبة وبيع مال مورثه في الحكم بصحة البيع وان جهل الحال قال وقد يفرق بينهما بالقصد الى صيغة صحيحة في مال
المورث بخلاف الموهوب ولا يخفى عليك فساد هذا الفرق فان القصد الى الصيغة الصحيحة بالمعنى المقابل للباطلة حاصل في المسئلتين وبمعنى اللزوم
منتف فيهما فلا فرق بينهما اصلا كما لا يخفى قوله وكذا الوصي برقبة معتقه فظهر فساد عتقه اي وكذا الحكم وهو صحة الوصية ههنا فيما لو اوصى برقبة
من رقيقه لاحد وقد كان اعتقها قبل الوصية ويشكل بما مر ويزيد هنا على تقدير كونه معتقا ظاهرا او لم يتبين له حال الوصية فساد العتق لا يكون قاصدا
الى الوصية الشرعية اصلا بل بمنزلة الهازل والعابث بالنظر الى ظاهر حاله فلا ينفع ظهور ملكه بعد ذلك في نفس الامر بخلاف من باع مال غيره

٣٧٦ فانه قاصد الى بيع صحيح شرعي غايته انه جائز من قبل المالك لكنه لازم من قبل المشتري فهو عقد شرعي مقصود اليه ولو لم يقصد الى اللزوم مطلقا بخلاف الوصية بالعتق ظاهرا فانها تحسب لفظا باطلة فلم يتوجه قصده الى وصية شرعية اصلا لعدم علمه بها فالقول هنا بتوقفهما على تجديد لفظ يدل على امضائهما متعين وهو في الحقيقة في قوة وصية جديدة اذ لا يختص بلفظ مخصوص بل كل لفظ يدل عليها كما سبق في هذا منه واعلم ان ما ذكره الشهيد في بعض من الفرق بين مسئلتي الهبة الفاسدة وبيع مال المورث يتوجه في هذه المسئلة كما اشرنا اليه فيما بين المسئلتين لان القصد في الوصية هنا لم يتوجه الى صيغة صحيحة بخلافهما كما قررناه لكنه لم يذكر مسئلة الوصية معهما كما ذكرها المص والعلامة ره فلم يقع فرقه في محله قوله اذا تراخى القبض عن العقد ا قد عرفت فيما سلف اختيار ان القبض شرط في صحة الهبة لا للزومها سواء قارن العقد ام تراخى لان قوله لعله لشرط للاصل صح فلو تراخى القبض عن العقد لم يحصل الملك بدونه وانما يحكم بانتقال الملك الى المتهب من حين القبض لا من حين العقد فيكون القبض ناقلا للملك لا كاشفا عن سبقه بالعقد وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بين العقد والقبض وفي مواضع لم يتعرض للتنبيه على بعضها وهذا بخلاف الوصية فان القبض فيها ليس شرطا لصحتها ولا جزءا بل لزومها بالموت مع قبول الموصى له الوصية وان تاخر القبض عن الموت بل عنه وعن القبول لاصالة عدم الاشتراط والهبة خرجت عن الحكم بدليل خاص وقد تقدم واعلم ان المص جزم بجواز تراخي القبض عن العقد والامر فيه كذلك لما ذكرناه من اصالة عدم اشتراط الفورية والدليل الدال على اعتبار القبض اعم منه وقد استشكل في حالة تراخيه والاشكال مبني على القول بان القبض شرط لصحة الهبة لا للزومها فيكون جزءا من السبب المصحح لها كالقبول فاعتبر فوريته كما اعتبر فورية القبول وفيه ان الجزئية لا تقتضي الفورية ايضا اذ لا امتناع في تراخي بعض اجزاء السبب عن بعض واعتبار الفورية في القبول جاء من دليل خارج عند من اعتبره نظرا منه الى انه جواب للايجاب فيعتبر فيه ما يعد معه جوابا ومع ذلك ففيه ما فيه كما لا يخفى قوله ولو قال وهبت ولم اقبضه اه انما كان القول قوله لانه منكر له اذ الاصل عدمه ولا يقدح في ذلك كونه شرطا لصحة الهبة فيكون انكاره كدعوى الفساد وقد علم ان مدعي الصحة مقدم للفرق بين الامرين فان منكر الاقباض لا يدعي فساد الهبة وانما ينكر امرا من الامور المعتبرة فيها وانها لم تتحقق بعد كما لو انكر الايجاب او القبول وان اشترك الجميع في عدم صحة العقد بدونه وانما لم يكن الاقرار بالهبة اقرارا بالقبض مع كونه من اركانها المعتبرة في صحتها لان المعروف شرعا من الهبة هو الايجاب والقبول خاصة والقبض وان كان معتبرا في الصحة الا انه خارج عن ماهيتها وقد تقدم في تعريفها انها العقد المقتضي لتمليك العين الخ ولا شبهة في ان القبض امر آخر غير العقد فالاقرار باحدهما لا يقتضي الاقرار بالاخر ويفهم من قوله وللمقر له احلاف المقر ان ادعى الاقباض ان تقديم قوله في عدم الاقباض لا يوجب اليمين بمجرده بل مع دعوى المقر له الاقباض والامر فيه كذلك فان اليمين يكون لانكار ما يدعيه المدعي فاذا لم يدع عليه الاقباض لم يلزمه اليمين وان صدق اسم المنكر عليه قبل الدعوى المذكورة اذ ليس كل منكر يتوجه عليه اليمين بمجرد الانكار بل لا بد من انضمام دعوى ما انكره المنكر قوله وكذا لو قال وهبته وملكته اه قد عرفت فيما سبق ان الاصحاب قد اختلفوا في ان القبض هل هو شرط لصحة الهبة فلا يحصل الملك بدونه ام للزومها خاصة فيحصل بدونه الملك الجائز رفعه بالفسخ قبله وان الهبة عبارة عن الايجاب والقبول وان القبض خارج عن ماهيتها وان اعتبر في صحتها وح فقول المقر وهبته لا يقتضي الاقرار بالملك لجواز عدم الاقباض فاذا اضاف اليه ذلك ملكته نظر في امر المقر فان كان ممن يرى ان الهبة لا تفيد الملك الا بالقبض حكم عليه بالاقباض حيث يقول وملكته وان لم يعترف به بخصوصه لان الملك مسبب عن الاقباض فالاقرار بالمسبب يقتضي الاقرار بالسبب لانه لا يوجد بدونه فيكون كالاقرار بالسبب وان كان ممن يرى حصول الملك بمجرد العقد لم يكن اقراره بالهبة اقرارا بالاقباض لجواز ان يخبر عن رايه في ذلك فلو فرض كون المقر له او الحاكم الذي يتخاصمان اليه يرى الاقباض شرطا في الملك لم يمكن الحكم على المقر بالاقباض بمجرد قوله ملكته وان كان عندهما ان الملك يستلزم الاقباض لاختلاف الرايين وكذا لو اشتبه حال المقر ومذهبه لان المسئلة اجتهادية وقد اختلف فيها اصحابنا وغيرهم فيجوز ان يكون اقراره مبنيا على مذهب من لا يرى التلازم فلا يكون اقراره بمجرده كافيا في الاقرار بالقبض نعم لو علم من مذهب المقر توقف الملك على الاقباض بالاجتهاد او التقليد المتعين لمن يقول به ولم يتوهم خلافه حكم عليه بالاقباض ح وقول المص ره لانه يمكن ان يخبر عن وهمه يدل على اشتراط الامكان في عدم الحكم عليه بالاقباض كما ذكرناه فلو لم يمكن كما لو علم مذهبه في المسئلة حكم عليه بمقتضى مذهبه وما ذكره المص من التعبير بامكان اخباره عن وهمه اجود من قول غيره لامكان ان يعتقد راي مالك وقول القواعد ان اعتقد راي مالك لما عرفت ان الخلاف فيه واقع بين اصحابنا فلا يحتاج في ذلك الى الخروج الى مذهب مالك علما ولا امكانا هذا ما يتعلق بتحرير العبارة وبقي في المسئلة بحث اخر وهو انك قد عرفت ان التمليك من جملة العبارات المؤدية لايجاب الهبة وقبولها فاذا قال في الايجاب ملكتك وفي القبول تملكت تحقق عقد الهبة وافتقر بعده الى الاقباض صحة او لزوما كما لو عبر بلفظ الهبة وح فقوله وهبته وملكته كما يحتمل الملك المترتب على الاقباض او على العقد المذكور عند بعض يحتمل ان يريد به ايقاع صيغة الهبة خاصة وان يكون عطف التمليك على الهبة مؤكدا لها ويكون حاصل الاقرار ايقاع الهبة بلفظ التمليك فلا يكون ذلك بمجرده اقرارا بالقبض على القولين ولا يحتاج الى البناء على الخلاف المذكور في القبض ولا ينافي حمله على ذلك يكون تاكيدا لقوله وهبته وحمله على حصول الملك المسبب عن العقد او القبض معه يكون تاسيسا لمعنى اخر وفائدة التاسيس اولى من فائدة التاكيد كما هو المشهور مضافا الى الاكثرية في الاستعمال من اقتضاء العطف المغايرة المقتضية لكون مؤدى ملكته غير مؤدى وهبته لانا نقول ان الفاظ الاقارير لا تنزل على مثل هذه القواعد مع احتمال الامرين بل يعتبر فيها المعاني الظاهرة و هذه اللفظة مشتركة بين الصيغة واثرها فحملها على الثاني دون الاول ترجيح من غير مرجح كما في الاقرار بلفظ مشترك فانه لا ينزل على احد معنييه دون القرينة وحمل العطف على المغايرة ملتزم فانه كما يجوز عطف الشيء على مباينه يجوز عطفه على مرادفه كما هو محقق في بابه وعلى تقدير تسليم ظهور المعنى الثاني واغلبيته على الاول يمنع ان يرجع الى الغالب في القصد لا ان يتعين حمله على الغالب كما نبه عليه في نظائره من الاقرار بلفظ يحتمل معنيين فانه يقبل

الثانية اذا تراخى القبض عن العقد ثم اقبض حكم بانتقال الملك من حين القبض لا من حين العقد وليس كذلك الوصية فانه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول وان تاخر الثالثة لو قال وهبت ولم اقبض فالقول قوله وللمقر له احلافه ان ادعى الاقباض وكذا لو قال وهبته وملكته ثم انكر القبض لانه يمكن ان يخبر عن وهمه تمت

يستلزم

من المقر ارادة احدهما وان حمل الاطلاق على الغالب منهما كما لو قال له علي درهم ودرهم ودرهم فانه يقبل منه دعوى ارادة تاكيد الثاني بالثالث وان كان ٣٧٧ العطف يقتضي المغايرة وكان الغالب عدم التاكيد ويمكن على هذا ان نقول مع العلم بمذهب المقر في هذه المسئلة ان التمليك عنده بمعنى ان اثر العقد لا يحصل الا بالقبض لو قال وهبته وملكته ثم قال اردت بالثاني تاكيد الاول او وهبته بصيغة التمليك ولم اقبضه قبل ولا يكون ذلك وهما ولكن ولا رايا في حكم القبض كالاول واولى منه ما لو قال ابتداء ملكته كذا من غير ان يقول قبله وهبته فانه كما يحتمل الهبة المقبوضة يحتمل ايقاع صيغة الهبة خاصة كما ذكرناه فلا يكون اقرارا بالقبض لان احتمال المغايرة والتاسيس منتف هنا والاشتراك متحقق والاغلبية لاحد المعنيين منتفية لغة وعرفا بخلاف الاول وبهذا يظهر ان ما ذكره بعض الاصحاب من ان قوله ملكته مجردا عن تقديم وهبته مثل قوله وهبته وملكته سواء فياتي فيه البحث السابق خاصة لان التمليك يقتضي الاقباض على المشهور ويحتمل خلافه على الراي الاخر ليس بجيد بل الفرق بينهما متحقق والحكم بعدم الاقرار بالقبض في التمليك المجرد متعين فتامل قوله اذا رجع في الهبة وقد عابت لم يرجع الى قوله كانت للواهب اذا رجع الواهب في الهبة حيث يجوز له الرجوع وذلك على مذهب المص ان تصرف وعلى مذهب غيره ما لم يتصرف تصرفا لازما يمنع الرجوع فلا يخ اما ان يجدها بعينها بحالها لم تنقص ولم تزد ولم تتغير او يجدها ناقصة بما يوجب الارش او بما لا يوجبه او زائدة بما يوجب الارش كذلك او بما لا يوجبه او يوجب زيادة في القيمة او جامعة بين الامرين متصلة تلك الزيادة او منفصلة مطلقا او من وجه او متغيرة بالامتزاج بالاجود او الادنى او المساوي او غيره من الاعمال كالنجارة والقصارة والطحن او غير ذلك من التغيرات والمص ره ذكر حكم بعض هذه الاقسام وهو حالة الزيادة والنقصان فحكم بانه اذا رجع وقد عابت سواء كان العيب بزيادة او نقصان لا يرجع بالارش لانه حدث في عين مملوكة للمتهب قد سلطه مالكها على اتلافها مجانا فلم تكن مضمونة عليه سواء كان العيب بفعله ام لا ولا فرق عنده بين الهبة المشروطة فيها الثواب وغيرها في ذلك من حيث الاطلاق وسياتي التصريح به على تردد منه في حالة الاشتراط والحق ان هذه الصورة مستثناة من صور المعيب ح وان كان التغير بزيادة في العين فان كانت متصلة كالسمن وتعليم الصنعة فهي للواهب لانها تابعة للعين بل داخلة في مسماها او جزء لها لغة وعرفا فالرجوع في العين يستتبعها وان كانت منفصلة حسا وشرعا كالولد التابع واللبن المحلوب والثمرة المقطوعة والكسب فهي للمتهب لانها نماء حدث في ملكه فيختص به وان كانت منفصلة شرعا مع اتصالها حسا كالحمل المتجدد بعد القبض واللبن كذلك قبل ان يحلب والثمرة قبل قطافها فكذلك على الاقوى لما ذكر وقال ابن حمزة له الرجوع في الام والحمل المتجدد بناء على انه كالجزء من الام والاظهر خلافه ومثله الصوف والشعر المتجدد ولو لم يبلغ اوان جزه فالاجود تبعيته للعين هذا كله اذا كانت الزيادة قد حدثت بعد ملك المتهب العين وذلك بعد العقد والقبض اما لو حدثت قبله فهي كالموجود قبل الهبة فيرجع فيها كما يرجع في العين قوله اذا وهب واطلق الى قوله بل يكون بالخيار اذا وهب شيئا فلا يخ اما ان يشترط الواهب على المتهب الثواب اي التعويض عن الهبة او يشترط عدمه او يطلق وعلى تقدير اشتراط الثواب لا يخ اما ان يقصد تعيينه بقدر مخصوص او يطلق وعلى التقادير الاربعة اما ان يكون المتهب اعلى من الواهب او مساويا او ادنى فهذه اثنى عشر صورة وتفصيل حكمها انه مع اشتراط عدم الثواب لا يلزم قطعا مطلقا ومع اشتراطه يلزم ما شرط مطلقا ثم ان عينه لزم ما عين بمعنى ان المتهب ان دفع المشروط والا تسلط الواهب على الفسخ وان اطلق اشتراط الثواب لزم ايضا الوفاء به لكن ان اتفقا على قدر فذاك والا وجب اثابته مقدار الموهوب مثلا او قيمة ولا يلزم الازيد وان طلبه الواهب كما لا يجبر الواهب على قبول الاقل والمعتبر فيه الموهوب عند القبض اذا وقع بعد العقد ويحتمل عند دفع الثواب وان اطلق الهبة ولم يشترط احد الامرين فالهبة جائزة من قبل الواهب الا ان يثيبه المتهب بما يتفقان عليه ومع الاختلاف يرجع الى مثل الموهوب او قيمته كما مر ولا فرق في ذلك بين هبة الاعلى والمساوي والادنى على اصح الاقوال وقال الشيخ ره ان مطلق الهبة في الاقسام الثلثة يقتضي الثواب ومقتضاه لزوم بذله وان لم يطلبه الواهب وهو بعيد ويمكن ان يريد به جواز الرجوع في الهبة ما لم يثب كما لو شرطه فيكون المراد ان لزومها انما يتحقق به فيكون كقول الاصحاب وقال ابو الصلاح ان هبة الادنى للاعلى يقتضي الثواب فيعوض عنها بمثلها ولا يجوز التصرف فيها ما لم يعوض عنها لاقتضاء العرف ذلك والاظهر خلافه للاصل والعمومات اذا عرفت ذلك فقول المص ره اذا وهب واطلق لم يكن الهبة مشروطة بالثواب تنبيه على خلاف الشيخ وابي الصلاح وقوله فان اثاب لم يكن للواهب الرجوع مفهوم شرطه ان له الرجوع مع عدم الاثابة والحكم فيه كذلك حتى انه لو اراد الرجوع قبل بذل المتهب الثواب لم يجب عليه قبوله بل يجوز له الامتناع ليتمكن من الرجوع في هبته لاصالة البراءة واطلاق النصوص الصحيحة بجوازها ما لم يثب ولا يتحقق الثواب الا مع قبوله لا مع بذله خاصة لانه بمنزلة هبة جديدة ولا يجب عليه قبولها وقوله وان شرط الثواب صح نبه به على خلاف بعض العامة حيث منع من اشتراطه بناء على ان الهبة لا تقتضي ثوابا فاذا شرط فيها اخرجها عن مقتضاها وهو فاسد لان المطلق لا ينافي المقيد وانما يتم لو قلنا ان الهبة تقتضي عدم الثواب فاذا شرطه كان منافيا لمقتضاها وفرق بين عدم اقتضاء الثواب واقتضاء عدمه وقوله صح اطلق او عين نبه به على خلاف بعضهم ايضا حيث منع من اشتراط المعين واخرون منعوا من اشتراط المبهم وعندنا ان الكل جائز للاصل ولان الهبة من العقود المبنية على المغابنة فلا يضر فيها الجهالة في عوضها فكذا في شرطه ولانضباطه بالقيمة مع الاختلاف وقوله وله الرجوع ما لم يدفع اليه ما شرط شامل للامرين معا ودفع المشروط المعين واضح والمطلق يرجع الى قاعدته المقررة مما يقع به التراضي او مقدار المثل او القيمة لانه بذلك يحصل به تادية ما شرط وقوله ومع الاشتراط من غير تقدير يدفع ما شاء ولو كان يسيرا مقيد بارضاء الواهب به اذ لو امتنع من قبوله تخير بين رد العين وبذل قيمتها او مثلها كما مر وعلى كل حال لا يتعين عليه ذلك ولا على الواهب قبوله لكن لو اراده الواهب واراد المتهب دفع الثواب ولم يرد العين فحكمه كما ذكرناه والحاصل انه لا يجب على المتهب دفع عوض مخصوص بل ولا دفع مطلقا اذا رد العين فاذا دفع عوضا ورضي به الواهب صح الرجوع مع قبضه قليلا كان ام كثيرا والا تخير المتهب بين دفع الموهوب وعوض مثله لانصراف الاطلاق اليه عادة وقوله ولم يكن للواهب مع قبضه الرجوع

وامتنع

الرابعة اذا رجع في الهبة وقد عابت لم يرجع بالارش وان زادت زيادة متصلة فللواهب وان كانت منفصلة كالثمرة والولد فان كانت بعد القبض كانت للموهوب ولو كانت متجددة قبل العقد كانت للواهب الخامسة اذا وهب واطلق لم تكن الهبة مشروطة بالثواب فان اثاب لم يكن للواهب الرجوع وان شرط الثواب صح اطلق او عين وله الرجوع ما لم يدفع اليه ما شرط ومع الاشتراط من غير تقدير يدفع ما شاء ولو كان يسيرا ولم يكن للواهب مع قبضه الرجوع ولا يجبر الموهوب على دفع المشروط بل يكون بالخيار تمت

يفهم منه جواز رجوعه متى لم يقبضه وان بذله المتهب الامر فيه كك وقد تقدم ولا ينافيه عموم الامر بالوفاء بالعقود ولا قول ابي عبد الله ع في صحيحة عبد الله بن سنان يجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك كما زعم بعضهم لان عموم الامر بالوفاء بالعقود مقيد بغير الجايزة منها وقد عرفت دلالة النصوص الصحيحة على جواز هذا العقد على هذا الوجه انا سلم دلالة الوفاء على المضي فيها مط والاثابة في الخبر لا يتحقق الا بالاتفاق عليها لا بمجرد بذلها ولم يحصل هنا وقوله ولا يجبر الموهوب على دفع المشرط بل يكون بالخيار اي بين دفع المشروط ورد العين كما مر مقتضيا انه لا يجب عليه الوفاء بالشرط وهو اما بناء على عدم وجوب الوفاء بالشرط في العقد اللازم مط بل يفيد اشتراطه جعل العقد عرضة للفسخ على تقدير امتناع المشروط عليه منه وقد تقدم الكلام فيه او بناء على ان هذا العقد من العقود الجايزة خصوصا من جهة الواهب فلم يجب الوفاء بالشرط فيه كما لا يجب الوفاء باصله ويشكل بانه من طرف المتهب لازم فلا يجوز له الفسخ بنفسه وان لم يبذل المشروط وتخيره بين بذل العين والثواب المشروط لا ينافيه وانما يظهر جوازه من قبل الواهب خاصة قوله ولو تلفت الى قوله وفيه تردد ضمير تلفت وعابت يرجع الى الهبة بمعنى الموهوب لانها هي المذكورة سابقا ويمكن عوده الى العين الموهوبة المدلول عليها بالمقام وحاصل الامر ان العين الموهوبة المشروط فيها الثواب لو تلفت في يد المتهب او عابت قبل دفع العوض المشروط وقبل الرجوع سواء كان التلف بفعله كلبس الثوب ام لا فهل يضمن المتهب الارش او الاصل ام لا قولان احدهما عدم الضمان وهو الذي اختاره المص ثم تردد فيه وجزم به العلامة في كره ولد في الشرح لما ذكره المص من العلة وهو ان ذلك النقص حدث في ملك المتهب فلم يلزمه ضمانه ولان المتهب لا يجب عليه دفع العوض كما مر بل للواهب الرجوع في العين والتفريط منه حيث تركها في يد من سلطه على التصرف فيها مجانا والثاني الضمان جزم به ابن الجنيد من المتقدمين وبعض المتاخرين لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولانه لم يقبضها مجانا بل ليؤدي عوضها ولم يفعل ولان الواجب احد الامرين ردها او دفع العوض فاذا تعذر الاول وجب الثاني واجيب عن دليل الاول بانه لم يدخل في ملكه مجانا بل بشرط العوض وذلك معنى الضمان وعدم وجوب دفع العوض ان اريد به عدم وجوبه عينا لم يلزم منه نفي الوجوب على البدل الذي هو المدعى وح فاذا تعذر احد الامرين المخير فيهما وجب الاخر عينا وان اريد به عدم الوجوب اصلا فهو ممنوع وهذا هو الوجه اذا تقرر ذلك وقلنا بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب او قيمته او اقل الامرين من ذلك ومن العوض وجهان اجودهما الثاني لما عرفت من ان المتهب مخير بين الامرين والمحقق لزومه هو الاقل لانه ان كان العوض الاقل فقد رضي به الواهب في مقابلة العين وان كان الموهوب الاقل فالمتهب لا يتعين عليه العوض بل يتخير بينه وبين بذل العين ولا يجب مع تلفها اكثر من قيمتها وهذا هو الاقوى ووجه اعتبار القيمة ان العين مضمونة على القابض وضمانها بالقيمة وفيه انه مسلط على اتلافها بالعوض ولا يلزمه ازيد منه لو كان انقص ولا فرق على الوجهين بين القول بان رجوع الواهب في الهبة المشروط فيها العوض منوط بعدم دفع العوض وقبوله له مط كما هو الاصح وقد عرفته فيما سلف ومع امتناع المتهب من دفع العوض لان تمليك الواهب له وتسليطه على الاتلاف بالعوض مع كونه اقل من القيمة يقتضي عدم الزيادة على كل تقدير هذا كله حكم الضمان على تقدير التلف واما ارش العيب فهو التفاوت بين قيمتها يوم ردها وقيمتها يوم قبضها بعد العقد لان ذلك هو قدر المضمون عليه حيث يكون العين مضمونة واعلم ان موضع الاشكال في كيفية الضمان انما هو مع شرط عوض معين كما يظهر ذلك من تعليل اقل الامرين اما مع الاطلاق فالواجب هو المثل او القيمة لا غير اذ لم يرض الواهب بما دونها لان ذلك هو مقتضى اشتراط العوض مط قوله اذا اصبغ الموهوب له اه اذا رجع الواهب في هبته فوجد المتهب قد عمل فيها عملا وجوزناه مع التصرف مط كما ذهب اليه المص فلا يخ اما ان تكون صفة محضة كقصارة الثوب وطحن الحنطة او عينا محضة كغرس الارض او مترددة بينهما كصبغ الثوب ثم اما ان يزيد قيمة العين بمقدار قيمة الصبغة او يزيد عنها او ينقص مع زيادتها عن قيمة العين او يبقى قيمة العين خاصة او ينقص فان زادت بمقدار القيمتين او زادت عنها كان المتهب شريكا بنسبة قيمة عمله الى قيمة العين فلو كان الثوب يساوي مائة وصبغه بعشرين وصار يساوي مائة وعشرين او ازيد صار شريكا بالسدس ولو نقص عن القيمتين وكان النقص بسبب الصبغ خاصة فالذاهب على المتهب ولو لم يزد فلا شيء عليه ولو نقص بسببه فهو كالعيب الحادث وقد سبق في باب الفلس تفصيل جملة هذه الاقسام واحكامها وكلها آتية هنا فليلحظ من هناك والمص ره اقتصر على بيان حكم الصبغ ولا فرق بينه وبين القصارة والطحن عندنا وان كان الامر في الصبغ اقوى من حيث انه عين من وجه واما العين المحضة كالغرس فلكل منهما ما للدليس لصاحب الارض اجبار الغارس على ازالته مجانا بل يتخير بين الابقاء بالاجرة والقلع مع دفع ارش النقصان كما في العارية ونظائرها لو سعة في الارض تحقق قول المصنف شريكا بقيمة الصبغ المراد نسبة قيمته الى قيمة الثوب كما قررناه ليكون الزيادة عن القيمتين بينهما على النسبة لا مقدار القيمة خاصة كما يظن من العبارة لانه يقتضي كون مجموع الزيادة للواهب وليس كك ومثله يأتي في صورة النقصان حيث لا يكون السبب من جهة الصبغ قوله اذا وهب في مرضه المخوف آه لا خلاف في ان المريض اذا برئ من مرضه ينفذ تصرفه مط واما اذا اتفق موته في مرضه فان كان المرض مخوفا بمعنى غلبة الهلاك معه فالاظهر انه منجزاته من الثلث حيث لا يجيز الوارث وقيل يكون من الاصل وسيأتي تحقيق المسألة في الوصايا وان الحق اعتبار اتصال الموت والمرض سواء كان مخوفا ام لا

قوله **كتاب السبق والرماية** وفائدتهما بعث النفس على الاستعداد للقتال آه لا خلاف بين جميع المسلمين في شرعية هذا العقد بل امر النبي ص في عدة مواطن لما فيه من الفائدة المذكورة وهي من اهم الفوائد الدينية لما يحصل بها من غلبة العدو في الجهاد لاعداء الله تع الذي هو اعظم اركان الاسلام وبهذه الفائدة يخرج عن اللهو واللعب المنهي عن المعاملة عليهما ومن ثم كان مقصورا على ما ورد النص بشرعيته قوله مستند هو لا سبق الا في نصل او خف او حافر هذه الرواية رواها العامة في الصحيح عن النبي ص ورواها اصحابنا في الحسن عن الص ع والمشهور في الرواية فتح الباء من سبق وهو العوض المبذول للعمل كما سيأتي وماهيته المنفية غير مرادة بل المراد نفي حكم من احكامها او مجموعها بطريق المجاز كنظائره واقرب المجازات اليه نفي الصحة والمراد انه لا يصح بذل العوض في هذه المعاملة الا في هذه الثلثة وعلى هذا لا ينفي جواز غيرها بغير عوض ورواه بعضهم بسكون البا

وهو المصدر اي لا يقع هذا الفعل الا في الثلثة فيكون ما عداها غير جائز ومن ثم اختلف في المسابقة بنحو الاقدام ورمي الحجر ورفعه والمصارعة وبالالات التي تشتمل على نصل بغير عوض هل يجوز ام لا فعلى رواية الفتح يجوز وعلى السكون لا والاقرب الجواز مع شهرة رواية بين المحدثين مع موافقته للاصل خصوصا مع ترتب غرض صحيح على تلك الاعمال قوله فالسابق هو الذي يتقدم بالعنق آه المشهور بين الاصحاب وغيرهم ان السابق هو المتقدم بعنق دابته وكتدها بفتح التاء وكسرها وهو العالي بين اصل العنق والظهر ويعبر عنه بالكاهل وذهب ابن الجنيد الى الاكتفاء بالاذن لقول النبي ص بعثت والساعة كفرسي رهان كاد احدهما ان يسبق الاخر باذنه واجيب بالحمل على المبالغة وان ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حد قوله من بنى مسجدا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة مع امتناع بناء مسجد كك وبان احد الفرسين قد يكون هو السابق برفع راسه فيتقدم اذن الاخر عليه واعلم ان في كلا القولين اشكالا لان السبق معنى من المعاني يختلف بحسب اللغة والعرف وله اعتبارات متعددة عند الفقهاء وغيرهم فتارة يعتبرونه بالقوائم واخرى بالعنق وثالثة بجمع الكتد ورابعة بالاذن فاذا اطلق المتسابقان العقد وجعلا العوض للسابق فحمله على بعض هذه المعاني دون بعض نظر بل في صحة اطلاق العقد كذلك الا ان يدل العرف على ارادة شيء منها فيحمل عليه ويحمل قوله والمصلي وهو الذي يحاذي آه فائدة الاحتياج الى السابق ظاهرة لان العوض في الاغلب يبذل له وحده وقد يشرك مع غيره بان يجعل للسابق شيئا وللمصلي شيئا اخر ودونه وهكذا فيحتاج الى معرفة اسماء المتسابقين اذا ترتبوا في الحلبة وقد جرت العادة بتسمية عشرة من خيل الحلبة وهي المجتمعة للسباق وليس لما بعد العاشر منها اسم الا الذي يجيء اخر الخيل كلها فيقال له الفسكل بكسر الفاء والكاف وبضمهما فاول العشرة المجلي وهو السابق سمي بذلك لانه جلى عن نفسه اي اظهرها او جلى عن صاحبه واظهر فروسيته او جلى همه حيث سبق والثاني هو المصلي لما ذكره المصنف من انه يحاذي راسه صلوي السابق وهما العظمان الناتيان عن يمين الذنب وشماله والتالي للمصلي هو الثالث ويليه البارع لانه برع المتاخر عنه اي فاقه والمرتاح هو الخامس سمي به لان الارتياح النشاط فكانه نشط فلحق بالسوابق والسادس الحظي لانه حظي عند صاحبه حين لحق بالسوابق اي صار ذا حظوة عنده اي نصيب في مال الرهان والسابع العاطف لانه عطف على السوابق اي مال اليها اذ كر عليها فلحقها والثامن المؤمل لانه يؤمل اللحوق بالسوابق والتاسع اللطيم وزان فعيل بمعنى مفعول لانه يلطم اذا اراد الدخول الى الحجرة الجامعة للسوابق والعاشر السكيت مصغرا مخففا ويجوز تشديده سمي به لسكوت ربه اذا قيل لمن هذا او لانقطاع العدو عنده وقيل ان السكيت هو الفسكل وهو اخر فرس يجيء في الرهان قوله السبق بسكون الباء المصدر وبالتحريك العوض السبق بالسكون مصدر سبق بالتحريك غيره سبقا وسابقه وفي كره جعله مصدر سبق وفي الصحاح جعله مصدر سابق وكلاهما صحيح الا ان الثاني اوفق بالمطلوب لان الواقع في معاملته كون العمل بين اثنين فصاعدا فباب المفاعلة به اولى واما السبق بالتحريك فهو العوض المبذول للسابق وهو في معناه بوزن الخطر بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين والندب بالتحريك ايضا الرهن ومنه اخذ الرهان لهذه المعاملة قوله والمحلل الذي يدخل بين المتراهنين ان سبق اخذ وان سبق لم يغرم المحلل هو الذي يدخل بين المتراهنين ولا يبذل معهما عوضا بل يجري فرسه بينهما او على احد الجانبين على وجه يتناوله العقد وحكمه انه ان سبق اخذ العوض المبذول للسابق وان سبق لم يغرم شيئا وسمي محللا لان العقد لا يحل بدونه عند ابن الجنيد منا والشافعي ويحل اجماعا بخلاف ما اذا خلا عنه فان فيه خلافا وسيأتي تحريره قوله والغاية مدى السباق غاية الشيء منتهاه والمراد بمدى السباق هنا منتهاه لا مجموع مسافته كما يظهر من المدى وفي نهاية ابن الاثير غاية الشيء مبدؤه ومنتهاه ويظهر منه ان المدى هو المنتهى وان العطف تفسيري وهو المطابق لعبارة المص ره قوله المناضلة المسابقة والمراماة المناضلة مفاعلة من النضل وهو الرمي قال الجوهري ناضله اي راماه يقال ناضلت فلانا فنضلته اذا غلبته وانتضل القوم وتناضلوا اي رموا للسبق وفي ق ناضله مناضلة ونضالا ونيضالا باراه في الرمي وفي كره السباق اسم مشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمي مجازا ولكل واحد منهما اسم خاص فيختص الخيل بالرهان ويختص الرمي بالنضال وهذا موافق لقول الجوهري واما اطلاق المناضلة على ما يشمل المسابقة فليس بمعروف لغة ولا عرفا ولعل المصنف ره ومن تبعه في ذلك يجوزوا في الاطلاق وبعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقة والمناضلة وهو الموافق لما نقلناه عن اللغة قوله ويقال سبق بتشديد الباء اذا اخرج السبق واذا احرزه ايضا السبق بالتحريك وهو العوض يعني من بذله واوقع العقد عليه او اخرجه عنه للسابق على تقدير حصوله في ذمته ثم ثبوته عليه والمراد باحرازه استحقاقه سواء قبضه ام لا قوله والرشق بكسر الراء عدد الرمي وبالفتح الرشق بكسر الراء عدد ما يرمى به من السهام يقال رمى رشقا اي دفعة من السهام التي يريد رميها كلها واذا حصل الاتفاق على رمي خمسة خمسة فكل خمسة منها رشق وخصه بعض اهل اللغة بما بين العشرين والثلثين واما بالفتح فهو المصدر يقال رشقه يرشقه رشقا اذا رماه بالسهام وهو المراد بقوله والرشق الرمي اي المصدر لا الاسم قوله ويقال للوجه من الرمي رشق وجه يريد به الرمي على ولاء حتى يفرغ الرشق هنا بالكسر ايضا بمعنى انه مشترك بين العدد الذي يتفقان عليه وبين الوجه من الرمي لذلك العدد فكما يقال رموا رشقا اي عددا اتفقوا عليه كذلك يقال رموا رشقا اذا رموا باجمعهم في جهة واحدة قال الجوهري الرشق بالكسر الاسم وهو الوجه من الرمي فاذا رمى القوم باجمعهم في جهة واحدة قالوا رمينا رشقا والمراد برشق اليد هذا المعنى ايضا قال الجوهري واضافة الرشق الى اليد كاضافته الى الوجه فيقال رشق وجه ورشق يد اذا كانت جهة الرمي واحدة ويمكن مع ذلك اضافته اليهما ايضا كما يظهر من العبارة قوله ويوصف السهام بالحابي ذكر المصنف ره من اوصاف السهم عند الاصابة ستة اوصاف واردفها بسابع وفي كره ذكر له احد عشر اسما وفي التحرير ستة عشر وفي كتاب فقه اللغة تسعة عشر اسما والغرض من ذلك اعتبار صفة الاصابة في عقد الرماية فلا يستحق العوض بمخطئ الشرط الا ان يصيب ما هو ابلغ منه قوله والحابي ما زلج على الارض ثم اصاب الغرض الحابي باثبات الياء من صفات السهم المصيب وهو ان يقع دون الهدف ثم يحبو الى الغرض فيصيبه ماخوذ من حبو الصبي على الارض وجمعه حوابي ومعنى قول المص ره زلج على الارض اي زلق يقال في الصحاح مكان زلج بسكون

٣٨٠ اللام وربكها اى فى لوى والزلج الزلق وسهم زالج اى يزلج عن القوس وقد زعم بعض الفقهاء ان الحوابى باسقاط الياء نوع من الرمى قسيم للمبادرة والمحاطة
والمراد به ان يحتسب بالاصابة فى السن وهو الغرض فى الهدف ويسقط الاقرب من السن ما هو الابعد والمشهور من معناه ما ذكره المص قوله والخاصر
ما اصاب احد جانبيه هو بالخاء المعجمة ثم الصاد المهملة ماخوذ من الخاصرة لانها فى احد جانبى الانسان سمى به لاصابته احد جانبى الغرض وهو فى معنى خاصرة
ويسمى ايضا جايرا وقيل الجاير ما يسقط من وراء الهدف وقيل ما وقع فى الهدف على احد جانبى الغرض وعلى هذا ان كانت الاصابة مشروطة فى الغرض فا
لجاير مخطئ وان كانت مشروطة فى الهدف فهو مصيب قوله والخازق ما خدشه الخازق بالخاء والزاء المعجمتين وضمير خدشه يعود الى الغرض ومعناه
انه لم يثقبه ولم يثبت فيه وبهذا صرح فى عد فقال الخازق ما خدشه ثم وقع بين يديه وفى ير انه ما خدشه ولم يثقبه وكلام اهل اللغة بخلاف ذلك
قال ابن الاثير يقال خزق السهم وخسق اذا اصاب الرمية ونفذ فيها وسهم خازق وخاسق وفى الصحاح الخازق من السهام المقرطس والخاسق لغة
فى الخازق وقال فى باب السين يسمى الغرض قرطاسا يقال رمى فقرطس اذا اصابه وظاهره ان الخازق والخاسق ما اصاب الغرض مط وهو يدل باطلاقه
على خلاف ما ذكره المص وذكره صاحب ير ومع الاختلاف فقد اتفقا على ان الخازق والخاسق بمعنى واحد خلاف ما ذكره المص وقال الثعالبى فى سر العربية
اذا اصاب الهدف فهو مقرطس وخازق وخاسق وصائب وفى هذا ايضا يشمل ما يخدشه وغيره وما يثبت فيه ويدل على ترادف الخاسق والخازق ويمكن
حمل كلام المص ره عليه من حيث ان اصابة السهم له مط يوجب خدشه غالبا وهو اعم من ان يثقبه ولا يثبت فيه وعدمه كما اطلقه اهل اللغة فيقرب من
من قولهم لكن يبقى فيه مخالفة الخاسق للخازق فى عبارته دون اهل اللغة قوله والخارق الذى يخرج من الغرض نافذا هو بالخاء المعجمة والراء المهملة
ومعناه موافق للمفهوم منه لغة لان الخرق الشق فاذا ثقبه ونفذ فيه سواء سقط منه ام لا فقد خرقه لكنه ليس من اسماء السهام المعدودة لغة ولم يذكره احد
من اصحاب الكتب الاربعة اللغوية السابقة ولا غيرهم ممن وقفت على كلامه وفى بعض نسخ الكتاب المارق بالميم بدل الخارق وهو الصواب الموافق لكلام
اهل اللغة لفظا وتعريفا وفى ير جعل الخازق بمعنى الخاسق وقد تقدم وجعل الخارق بالزاء المعجمة مغايرا له كما هنا خلاف ما ذكره اهل اللغة ولو حمل كلام
الخارق بالراء المهملة على الخازق بالمعجمة ليكون مرادفا للخاسق كان موافقا لكلام اهل اللغة لكن ذكر بعد ذلك الخارق وتعريفه بانه ما خدشه ولم يثقبه
يوجب تعين كونه بالزاء المعجمة لا الراء اذ لم يحصل فيما ذكره خرق والذى يظهر انه وقع فيه ضرب من التصحيف والسهو عن تحرير كلام اهل اللغة لان جعله
الخازق مرادفا للخاسق موافق لكلام اهل اللغة لكن يشترط كونه بالزاء المعجمة ثم لما ذكر الخارق بعد ذلك كان حقه ان يكون بالمهملة فعرفه بما ينافى ذلك
ويوافق تعريف المص ره فى الخازق بالمعجمة فوقع الاضطراب فى كره جعل الخارق ما اثر فيه ولم يثبت والخاسق ما ثقبه وثبت فيه كما ذكره المص هنا فى الخازق
بالمعجمة فجعلهما متغايرين ولم يتحقق منه ضبط الراء ولا ذكر الاخرين فالالتباس فيه اشد لانه ان جعل بالراء وافق كلام ير وخالف مفهومه لغة وان جعل بالزاء
وافق كلامه فى عد وكلام المص هنا وخالف كلام اهل اللغة قوله والخازم الذى يخرم حاشيته اى حاشية الغرض بان يصيب طرفه فلا يثقبه لكن يخرمه وهذا
الاسم لم يذكره ايضا اهل اللغة وان كان مناسبا وقد ذكروا للسهم اسماء اخر غير ما ذكره تركنا ذكرها تبعا لاقتضائه قوله والمزدلف الذى يضرب الارض
ثم يثب الى الغرض الازدلاف التقدم وخصه هنا بما يقع على الارض ثم يتقدم الى الغرض وعلى هذا فيرادف الحابى وبه صرح فى عد فقال بعد تعريف
الحابى وهو المزدلف وفى تاخير المص ذكر المزدلف عن الحابى اشعار بالمغايرة بينهما ولعل المزدلف عنده اقوى فعلا من الحابى حيث اعتبر فى مفهومه ضرب
الارض المقتضى لقوة اعتماده بخلاف الحابى فانه اقتصر فيه على مجرد زلقه على الارض فيكونان متباينين حيث ان الحابى ضعيف الحركة والمزدلف قويها
وهذا المعنى هو الظاهر من كره لانه قال فيها ان المزدلف احد والحابى اضعف لكن فى عبارتها اشكال من وجه اخر لانه قال وهو اى الحابى نوع من الرمى
المزدلف يفترقان فى الاسم ويستويان فى الحكم وجعل الافتراق فى الاسم ما حكيناه عنه من القوة والضعف وهذا الافتراق لا يوافق كونه نوعا منه
لانه يقتضى كون المزدلف اعم من الحابى ولو عكس الامر فجعل الحابى اعم لانه عرف بكون السهم الواقع دون الهدف ثم يحبو اليه وهو اعم من كون وقوعه بقوة
فيكون مزدلفا وضعف فيكون حابيا بالمعنى العام لكان اوفق بتعريفهما قوله والغرض ما يقصد اصابته وهو الرقعة والهدف ما يجعل فيه الغرض
من تراب وغيره الغرض من بيان الغرض والهدف ان كلا منهما محل الاصابة وقد يكون شرط المتراميين اصابة كل منهما فانهم يرمون ترابا او
حائطا ينصب فيه الغرض فيسمون التراب والحائط هدفا وما ينصب فيه من جلد او قرطاس يسمونه الغرض وبعضهم يسمى المنصوب فى الهدف قرطاسا
سواء كان كاغذا ام غيره وقد تقدم نقله عن الجوهرى وقد يخص الغرض بالمعلق فى الهواء والقرطاس بغيره وقد يجعل فى الغرض نقش كالهلال يقال
له الدائرة وفى وسطها شىء اخر يقال له الخاتم وشرط الاصابة وغرضها يتعلق بكل واحدة من هذه العلامات فان الاصابة فى الهدف اوسع وفى
الغرض اوسط وفى الدائرة اضيق وفى الخاتم ادق وهذه المذكورات اصطلاح الرماة وتعبير الفقهاء وفى الصحاح الغرض الهدف الذى يرمى فيه
قوله والمبادرة هى ان يبادر احدهما الى الاصابة مع التساوى فى الرشق والمحاطة هى اسقاط ما تساويا فيه من الاصابة المراماة قسمان مبادرة
ومحاطة والمراد من الاول ان يتفقا على رمى عدد معين كعشرين سهما مثلا فمن بدر الى اصابة عدد معين منها كخمسة فهو ناضل لمن لم يصبها او اصاب ما
دونها والمراد من المحاطة بتشديد الطاء ان يقابل اصاباتهما من العدد المشترط ويطرح المشترك من الاصابات فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلا
فناضل الاخر فيستحق المال المشروط فى العقد وما ذكره المص من تعريفهما غير سديد لدخول كل منهما فى تعريف الاخر فان بدار واحد منهما الى الاصابة
مع التساوى فى الرشق يتحقق ظاهرا مع شرط المحاطة واسقاط ما تساويا فيه من الاصابة يتحقق مع شرط المبادرة ومع ذلك فالمقصود من معناهما
غير حاصل من اللفظ والاسد فى تعريفهما ما اشرنا اليه سابقا من ان المبادرة هى اشتراط استحقاق العوض لمن بدر الى اصابة عدد معلوم من رمى
عدد الرشق معين مع تساويهما فيه والمحاطة هى اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الاصابة عدد معلوم بعد مقابلة اصابات احدهما باصابات

٣٨١ وطرح ما اشتركا فيه فاذا كان شرط الرشق عشرين ورمياها واصاب احدهما خمسة والاخر اربعة فالاول ناضل على الاول ولو اصاب كل واحد منهما خمسة فلا
نضل لاحدهما ولو اصاب الرامى اولا خمسة وبقى للثانى عدد يمكن فيه لحوقه فى الاصابة لم يتحقق نضل الاول الا ان يرمى الثانى تمام عدده فيمكن ان يصيب
فيمنع الاول من الاستحقاق وان تخلف فيستقر الاستحقاق للاول وسببا تفضيله الخ وعلى تقدير اشتراط المحاطة لو شرطا عشرين وخلوص خمس
اصابات ورميا عشرين فاصاب احدهما عشرة والاخر خمسة فالاول هو السابق لانهما تحاطا خمسة بخمسة فيفضل للاول الخمسة المشترطة ولو تساويا
فى الاصابة او زاد احدهما دون العدد المشترط فلا سبق واعلم ان تقسيم المناضلة الى القسمين هو المشهور بين الفقهاء منا ومن غيرنا وقد تقدم نقل
العلامة فى كره ان بعض الفقهاء جعل قسما ثالثا وهو الحوابى جعل معناه اسقاط الاقرب بالاقرب من الغرض ما هو الابعد وفى عد جعل اقسامها
ثلثة ايضا القسمان المذكوران هنا والمفاضلة وفسرها بانها من فضل صاحبه باصابة واحد او اثنين او ثلثة من عشرين فهو السابق وهذا يشبه
هو المحاطة لانها لا تختص بشرط فضل شىء معين كما تقدم ويعتبر فيها فضل السابق على المسبوق بالعدد المشترط ليتحقق معنى الحط الماخوذ من المحاطة
مع انه صرح فى ير بان المفاضلة مرادف للمحاطة فقال فيه لو قالا اينا فضل صاحبه بثلاث من عشرين فهو سابق فهو محاطة ويسمى ايضا مفاضلة وهذا
هو الظاهر من معناها لغة واصطلاحا قوله ويقتصر فى الجواز على النصل والخف والحافر وقوفا على مورد الشرع ويظهر من التعليل ان هذا العقد مخالف
للاصل فيقتصر فى جوازه على مورد الشرع الاذن فيه وهو الثلثة وانما كان مخالفا للاصل لاشتماله على اللهو واللعب وفى القمار على بعض الوجوه فالاصل
ان لا يصح منه الا ما ورد الشرع على جوازه بالاذن فيه وهو الثلثة المذكورة ويمكن ان يقال ان عموم الامر بالوفاء بالعقود واجماع الامة على جوازه فى
الجملة كما نقله جماعة من الفقهاء ووجود الغاية الصحيحة بل ما هو افضل الغايات وهو الاستعداد للجهاد والاستظهار فى الجلاد لاعداء الدين وقطاع
الطريق وغيرهم من المفسدين يقتضى جوازه مط لكن قوله ع لا سبق الا فى نصل او خف يقتضى النهى عما عدا الثلثة فيبقى هى على اصل الجواز نظرا الى الادلة
العامة وفى هذا الجود وايضا فان الغرض الاقصى منه لما كان هو الاستعداد للجهاد وهو ينحصر غالبا فى هذه الثلثة اقتصر عليها والغى النادر والقليل
الاوسط او وسط قوله ره ويدخل تحت النصل السهم والنشاب والحراب المعروف من السهم هو النشاب وفى الصحاح النشاب السهام فظاهره انهما مترادفان
وعلى هذا فعطف النشاب على السهم من عطف المرادف وان اختلفا بالجمع والافراد من قبيل اولئك عليهم صلوات من ربهم ورحمة ويمكن ان يخص
احدهما او كلاهما بنوع خاص او بلغة كما قيل ان السهم للعرب والنشاب للعجم واعلم ان حصر النصل فيما ذكره هو المعروف لغة وعرفا فلا يدخل فيه مط المحدد
كالدبوس وعصا المدافعة اذ لجعل فى راسها حديدة ونحو ذلك عملا بالاصل السابق قال فى الصحاح النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح
ويحتمل الجواز بالمحدد المذكور اما بادعاء دخولها فى النصل او لافادتها فائدة النصل فى الحرب وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يجعل وضع الحديدة
فى العصا المدافعة حيلة على جواز الفعل نظرا الى دخوله بذلك فى النصل قوله ويدخل تحت الخف الابل والفيلة اعتبارا باللفظ لا خلاف فى جواز المسابقة
على الابل لمشاركتها الخيل فى المعنى المطلوب منها حالة الحرب من الانعطاف وسرعة الاقدام ولان العرب يقاتل عليها اشد القتال وهى داخلة فى الخف
واما الفيل فهو كذلك عندنا وعند اكثر العامة لدخولها تحت اسم الخف ايضا ويقاتل عليها كالابل وذهب بعضهم الى المنع منها لانها لا يحصل بها الكر
والفر فلا معنى للمسابقة عليها والحديث حجة عليهم وقول المص اعتبارا باللفظ تعليل لدخول الفيلة فى اسم الخف ردا على المخالف واستنادا الى دخوله
فى لفظ الخف كما ذكرناه قوله وكذا يدخل تحت الحافر الفرس والحمار والبغل لا خلاف عندنا فى جواز المسابقة على الثلثة لدخولها تحت الحافر وصلاحيتها
للمسابقة عليها فى الجملة وخالف بعض العامة فى جوازها على الاخيرين لانهما لا يقاتل عليهما غالبا ولا كر لهما ولا فر والنص حجة عليه قوله ولا يجوز
المسابقة بالطيور ولا على القدم ولا بالسفن ولا بالمصارعة وجه المنع من هذه الامور الحصر المستفاد من الخبر السابق المقتضى لنفى مشروعية ما عدا الثلثة
والنهى عنه الشامل لهذه الامور وغيرها ولانها ليست من آلات الحرب ولا مفيدة للحذق فيه والمنع منها موضع وفاق عندنا وذهب بعض العامة
الى جواز المسابقة بالجميع لان الطيور مما يمكن الاحتياج اليها فى الحروب بحمل الكتب فى استعلام احوال العدو واخباره فيحتاج الى معرفة السابق منها و
مثله السبق بالاقدام والسفن اذا وقع الحرب فى البحر وقد يقع القرمان فى المصارعة فيستفيد العالم بها السلامة من العدو بها ورووا عن النبى ص انه سابق
عائشة بالقدم مرتين سبق فى احديهما وسُبق فى اخرى ورواه ابن الجنيد ره فى كتاب الاحمدى واستدل به على جوازها بغير عوض حيث لم يذكر العوض وانه
صارع ركانة ثلث مرات كل مرة على شاة فصرعه فى الثلث واخذ منه ثلث شياه ولم يثبت ذلك عندنا والخبر السابق المتفق عليه يدفعه ولو خلت
هذه الامور ونحوها من العوض ففى جوازها قولان ماخذهما عموم النفى السابق الشامل للعوض وغيره واصالة الجواز وانه قد يراد بها غرض صحيح وقد عرفت
ان المشهور فى الرواية فتح الباء من سبق فيفيد نفى مشروعية بذل العوض ولا تعرض فيها لما عداه فيبقى على اصالة الجواز وعلى رواية السكون المفيد
لنفى المصدر مط يدل على المنع مما عدا المستثنى مط ويرجح الاول مع الشهرة ان احتمال الامرين يرفع دلالتها على المنع المط فيبقى اصالة الجواز خالية
عن المعارض مضافا الى ما ذكر من الفوائد المترتبة عليها وغيرها وبذلك يخرج عن اللهو واللعب قوله وهو يفتقر الى ايجاب وقبول اه اختلف الاصحاب
وغيرهم فى لزوم عقد المسابقة وجوازه وذهب المص وقبله ابن ادريس وجماعة الى لزومه لعموم اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وذهب الشيخ
وتردد فى لف الى جوازه لاصالة عدم اللزوم مع القول بموجب الاية فان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من جواز ولزوم وقد تقدم تحقيقه ومنشا
الخلاف انها عقد يتضمن عوضا على عمل وهو مشترك بين الاجارة والجعالة ثم انها مشتملة على اشتراط العمل فى العوض وكونه معلوما وهو من خواص
الاجارة وعلى جواز ابهام العامل فى السبق وعلى ما لا يعلم حصوله من العامل وعلى جواز بذل الاجنبى وهو من خواص الجعالة فوقع الاختلاف بسبب
ذلك فعلى القول بانها جعالة يلحقها احكامها من الاكتفاء بالايجاب والجواز وعلى القول بالاجارة يفتقر معه الى القبول وتكون لازمة ويمكن

٣٨٢ أن يجعل عقدا برأسه نظرا الى تخلف بعض خواصها عن كل من الامرين على حدته كما عرفت ويتجه بلزومها لعموم الآية وهذا الموجود الله الآن بما فيه في الجملة
ليست عقدا فلا يتناولها الآية لها ولنظائرها ويرجع الى اصالة عدم اللزوم حيث يقع الشك في كون المسابقة عقدا ام لا واعلم ان المصنف جعل مورد الخلاف
كونها عقدا مفتقرا الى ايجاب وقبول او ايقاعا فلا يفتقر الى القبول ورتب على الاول اللزوم وعلى الثاني الجواز وبعض الفقهاء عكس فجعل مورد الخلاف
انه عقد لازم او جائز ورتب على اللزوم كونها جعالة وفي الحقيقة كل واحد من التعريفين اعم من المدعى اذ لا يلزم من كونها عقدا لزومه لان العقد ينقسم الى
اللازم والجائز والمتردد ولا يلزم من كون عقدها جائزا كونها جعالة لجواز ان يكون عقدا مفتقرا الى الايجاب والقبول مع كونه جائزا كالمضاربة ولعل ما
فرضه المصنف اولى لان من جعلها عقدا امكن استدلاله على لزومه بعموم اوفوا بالعقود وان كانت العقود منها اللازمة ومن جعلها ايقاعا الابتداء بها الا
الجعالة من افراد الايقاعات بالنظر الى خواصها ناسبها الجواز وهو حسن ولا يرد عليه ما اورده العلامة في المختلف من ان الآية لا يراد منها مطلق العقود والا
وجب الوفاء بالوديعة والعارية وغيرهما من العقود الجائزة وهو باطل اجماعا فلم يبق الا العقود اللازمة فلا ينفع هنا لانه المتنازع وانما لم يرد ذلك لان الامر
بالوفاء بالعقود عام في جانب المأمور والمأمور به فيشمل بعمومه سائر العقود ثم تخصيصه ببعضها واخراج العقود الجائزة يبقى العموم حجة في الباقي كما تقرر
في الاصول وانما يتفرع على النهج الذي جعلناه بعد التخصيص مجازا غير حجة في الباقي وهو قول مردود ولا يرتضيه العلامة ولا غيره من المحققين واما قوله ان الوفاء
بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم وجواز فهو خلاف الظاهر فان مقتضى الوفاء بالشيء التزامه والعمل بمقتضاه مطلقا قوله ويجوز ان يكون العوض عينا او دينا
قد عرفت ان عقد المسابقة لا يفتقر الى العوض بل اثره جوازه بدونه اوسع لكن على تقدير ذكر العوض يجوز كونه عينا ودينا كما في غيره من الاعواض الواقعة
في المعاملات ويعتبر على التقديرين كونه مضبوطا بالمقدار والجنس والنوع ويتفرع على كل من العين والدين احكامه اللاحقة لهما شرعا من الضمان والرهن عليه
وغير ذلك فانه على تقدير كونه عينا لا يصح الرهن عليه لتعذر اخذها من الرهن ولا ضمانها الا اذا جوزنا ضمان الاعيان المضمونة مطلقا وعلى تقدير كونه دينا
يصح الرهن عليه حيث يكون لازما وضمانه بشرطه وكذا يجوز كونه حالا او مؤجلا منهما او من احدهما وبالتفريق قوله واذا بذل السبق غير المتسابقين صح الى آخره اذا
تضمن عقد المسابقة مالا فاما ان يخرجه المتسابقان معا او احدهما او ثالث هو الامام او غيره فالاقسام اربعة الاول ان يخرج المال الامام وهو جائز
اجماعا منا ومن غيرنا سواء كان من ماله او من بيت المال لان النبي سابق بين الخيل وجعل بينها سبقا ولان ذلك يتضمن حثا على تعلم الجهاد والفروسية
واعداد اسباب القتال وفيه مصلحة بين المسلمين وطاعة وقربة فكان سائغا الثاني ان يكون المخرج غير الامام وهو جائز ايضا عندنا وعند اكثر العامة لانه
بذل مال في طاعة وقربة وطريق مصلحة المسلمين فكان جائزا بل يثاب عليه مع نيته كما لو اشترى لهم خيلا وسلاحا وغيرهما مما فيه اعانتهم على الجهاد وقال
بعض العامة لا يجوز ان يخرج المال غير المتسابقين الا الامام لاختصاص النظر في الجهاد به وضعفه ظاهر لان تهيئة اسباب الجهاد غير مختص به وعموم الاخبار
المسوغة له في الاصل متناول له لموضع النزاع الثالث ان يخرج المال احد المتسابقين بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقت فلك علي عشرة وان سبقت
انا فلا شيء لي عليك وهو جائز عندنا ايضا للاصل وانتفاء المانع وقال المانع من العامة في السابق لا يصح هنا ايضا لانه قمار ويندفع على تقدير تسليمه
بخروجه عنه بالنص السابق المتفق عليه الشامل لموضع النزاع الرابع ان يخرجه المتسابقان معا بان يخرج كل منهما عشرة مثلا على ان يحوزهما السابق
وهو جائز ايضا مطلقا على المشهور وقال ابن الجنيد لا يجوز الا بالمحلل بان يكون بينهما ثالث في السباق ان سبق اخذ السبقين وان سبق لم يغرم اخذا
بظاهر رواية عامية عن النبي ودلالتها حجتها ممنوعتان اذ لا تفريد لك بحول المصدر اذا بذل السبق غير المتسابقين صح اجماعا ليشمل ما لو كان الباذل
الامام وغيره وقد عرفت ان موضع الاجماع ما لو كان الباذل الامام لا غيره وقوله او هما صح عندنا النص على الاطلاق ايضا لمنع ابن الجنيد منه كالشافعي
فكانه ما اعتبر خلافه في ذلك وليس بجيد قوله ولو جعلا السبق للمحلل بانفراده جاز ايضا اه المعتبر جعل المال على تقدير بذله للسابق منهما او من احدهما
او من المحلل فان عيناه للمحلل خاصة على تقدير سبقه جاز ولخصه ان سبقهما وان سبق احدهما لم يستحق شيئا وكذا لو سبق احدهما والمحلل لعدم تحقق
الشرط وهو سبق المحلل الا ان يشترطا ما يشمل ذلك فيستحق بحسب الشرط كما لو شرطا انه ان سبق استحق وان سبق مع احدهما اختص دون رفيقه
او انه ان سبق مع احدهما استحق مال الآخر واحرز رفيقه ماله ولو اطلقا استحقاق السابق منهما ومن المحلل صح ايضا عملا باطلاق الاذن في الاخبار
الشامل لذلك قوله ويفتقر المسابقة الى شروط خمسة لما كان عقد المسابقة من عقود المعاوضات وان لم تكن محضة فلا بد فيه من الضبط الرافع
للغرر المحصل للغاية المطلوبة منه ولا يتم ذلك الا بامور ذكر المصنف منها خمسة وجعلها في كرة اثني عشر ونحن نشير اليها جملة مبتدئين بما ذكره المصنف منها
الاول تقدير المسافة ابتداء وانتهاء فلو لم يعيناها او احدهما بان شرطا المال لمن سبق منهما حيث يسبق لم يجز لانه اذا لم يكن هناك غاية معينة
فقد يديمان السير حرصا وتعبان ويهلك الدابة ولان من الخيل ما يقوى سيره في ابتداء المسافة ثم يأخذ في الضعف وهو عتاق الخيل وصاحبه يحب
قصر المسافة ومنها ما يضعف في الابتداء ثم يقوى ويشتد في الانتهاء وهو هجانه وصاحبه يحب طول المسافة فاذا اختلف الغرض فلا بد من الاعلام و
التنصيص على ما يقطع النزاع كما يجب التنصيص على تقدير الثمن في البيع والاجرة في عقد الاجارة اذ السبق احد العوضين هنا وعلى هذا فلو استبقا
بغير غاية لينظر ايهما يقف اولا لم يجز لما ذكره الثاني تقدير الخطر وهو المال الذي يتسابقان عليه جنسا وقدرا لانه عوض عن عمل محلل فشرط فيه العلم كا
لاجارة فلو شرطا مالا ولم يعيناه او تسابقا على ما يتفقان عليه او على ما يحكم به زيد بطل العقد للغرر وافضائه الى التنازع المخالف لحكمة الشارع
ويجيء على قول من يجعلها جعالة جواز الجهالة في العوض على بعض الوجوه وذلك حيث لا يمنع من التسليم ولا يفضي الى التنازع كجعل عبده العلاني او جزء
منه ولا يعلمانه او احدهما لمن سبق وقد تقدم ان المال ليس بشرط في عقد المسابقة بل يعتبر ضبطه على تقدير اشتراطه الثالث تعيين ما يسابق عليه
بالمشاهدة لان المقصود من المسابقة امتحان الفرس ليعرف شدة سيره على العدو وذلك يقتضي التعيين وفي الاكتفاء بالوصف وجه ضعيف
جرمه وتمرينه

لعدم افادته الغرض اذ لا يتم الا بالشخص مطلقا بخلاف السلم لان الغرض فيه متعلق بالكلي وحيث عيناها فالفرسين لا يجوز الابدال وان قيل بجواز العقد لانه خلاف ٣٨٣
المشروط الرابع تساوي ما به السباق في احتمال السبق لان الغرض الاستعلام وانما يتحقق مع احتمال سبق كل منهما اذ لو علم سبق واحد لم يكن الاستعلام فائدة
والمراد بالتساوي في احتمال السبق قيام الاحتمال في كل واحد وان ترجح احدهما على الآخر لانه نوع الاحتمالين كما يظهر من العبارة وفي تمثيله بما لو كان احدهما
ضعيفا يتيقن قصوره عن الآخر تنبيه على ما فسرناه به وعلى هذا لا يبطل الا مع القطع بسبق احدهما الخامس ان يجعل السبق لاحدهما او للمحلل فلو جعل لغيرهما لم يجز
لانه مفوت للغرض من عقد المسابقة اذ الغرض الاهم فيه طلب العوض وكذا لو جعل للمسبوق لان كلا منهما يحرص على كونه مسبوقا لتحصيل العوض فيفوت
الغرض وكذا لا يجوز جعل القسط الاوفر للمسبوق ويجوز العكس لحصول الغرض في الجملة بالنسبة الى الزيادة كما يجوز جعلها خاصة عوضا فهذه جملة ما اعتبره
المصنف من الشروط والذي زاده في كرة السادس تساوي الدابتين في الجنس فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال ولا بين الابل والفيلة ولا بينها وبين
الخيل لانه مناف للغرض من استعلام فوة الفرس ومزيتها مع التساوي مع جنسها ولو تساويا جنسا لا وصفا كالعربي والبرذون والبختي والعرابي فالاقوى
الجواز لحصول الشرط وهو احتمال سبق كل منهما لانه المفروض ولتناول اسم الجنس لهما ووجه العدم بعد ما بين الصنفين كما بين الجنسين وهو بعيد
السابع ارسال الدابتين دفعة فلو ارسل احدهما دابته قبل الآخر ليعلم هل يدركه ام لا لم يجز لانه مناف للغرض من العقد لان السبق ربما كان
مستندا الى ارسال احدهما اولا وايضا فان استعلام ادراك الآخر للاول غير استعلام السبق فلا يجوز العقد عليه الثامن ان يستبقا على دابتين
بالركوب فلو شرطا ارسال الدواب لتجري بنفسها فالعقد باطل لانها تتنافر بالارسال ولا تقصد الغاية بخلاف الطيور ان جوزنا المسابقة عليها
لان لها هداية الى قصد الغاية التاسع ان يجعلا المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولا ينقطعان دونها فلو كانت بحيث لا ينتهيان الى غايتها
الا بانقطاع وتعب شديد بطل العقد العاشر ان يكون ما ورد عليه العقد عدة للقتال فان المقصود منه التأهب له فلا يجوز السبق والرمي من النساء
لانهن لسن من اهل الحرب الحادي عشر العقد المشتمل على اركانه المعتبرة فيه وقد تقدم في كلام المصنف ما يدل عليه الثاني عشر عدم تضمن العقد شرطا
فاسدا فلو قال ان سبقتني فلك هذه العشرة ولا ارمي بعد هذا ابدا ولا اناضلك الى شهر بطل العقد لانه شرط ترك قربة مرغب فيها فيفسد و
افسد قوله وهل يشترط التساوي في الموقف قيل نعم والاظهر لا لانه مبني على التراضي وجه الاشتراط ما قد عرفته من ان الغرض الذاتي من المسابقة
معرفة جودة عدو الفرس وسبقه وفروسية الفارس وهو منتف مع عدم التساوي لان عدم السبق قد يكون لما بينهما من المسافة فيخل بمقصود العقد
والاقرب عدمه لما اشار اليه من انه عقد مبني على التراضي وقد حصل مضافا الى عموم الاشتراط والاطلاق الاخبار الدالة على الاذن فيه الشامل لموضع
النزاع والتفاوت الحاصل بين الموضعين ان حصل معه احتمال السبق من كل منهما لم يضر عروض التخلف والا كان المانع فقد ذلك الشرط الذي وقد
اتفق على اعتباره والفرق بين هذه المسألة ومسألة ارسال احدى الدابتين قبل الاخرى حيث منع منه ثم وجوز هنا ان التفاوت بين الموقفين
هنا مضبوط يمكن معه دفع الجهالة عما هو في حكم العوض بخلاف ارسال احدى الدابتين قبل الاخرى فان المنع منه متوجه الى الاطلاق كما ذكر اذ لو انضبط
موقفا المرسلة اولا بالنسبة الى المتأخرة لكانت هي هذه المسألة قوله واما الرمي فيفتقر الى العلم بامور ستة اه المراد بالستة ما عدده من قوله الاول
الى قوله والسبق فالاول من الستة الرشق وقد تقدم انه عدد الرمي ويعتبر العلم به لانه العمل المقصود المعقود عليه ليكون غاية رميهما معلومة منتهية اليه
فلو لم يعين امكن ان يطلب المسبوق الرمي بمقتضى العقد فيلحق او يسبق ويمتنع الآخر فيحصل التنازع على وجه لا سبيل الى دفعه ولا غاية يتفقان
عليها وذلك خلاف حكمة الشارع المضبوط في مثل ذلك وفصل بعضهم فاشترط العلم به في المحاطة دون المبادرة محتجا بان المراد في المحاطة خلو
اصابة العدد المشترطة بعد مقابلة الاصابات من الجانبين من عدد يجب اكماله فلا بد من تعيينه والا لافضى الى الجهالة بخلاف المبادرة لان
الاستحقاق فيها يتعلق بالبدار الى اصابة العدد المعتبر حيث اتفق ولا يجب اكمال العدد المشروط فلا حاجة الى تعيينه والاشتراط مطلقا اقوى لما
ذكر سابقا الثاني عدد الاصابة كخمس اصابات من عشرين رمية لان الاستحقاق بالاصابة وبها يتبين حذق الرامي وجودة رميه ولان معرفة
الناضل من المنضول وصفة الاصابة انما تتبين بها فلو عقدا على ان يكون الناضل منهما اكثرهما اصابة من غير بيان العدد لم يصح عندنا كما لو جعلا
السابقة على الخيل الى غير غاية واكثر ما يجوز اشتراطه من الاصابة ما نقص عن عدد الرشق المشروط بشيء وان قل ليكون ثم ما يحتمل الخطأ الذي يتعذر ان يسلم
المتناضلون واحذق الرماة في العرف من اصاب تسعة من عشرة فلو شرطا ما كان جاز لبقاء سهم الخطأ وربما قيل بعدم ذلك لندوره واقل ما
يشترط من الاصابة ما يحصل به التفاضل وهو ما زاد على الواحد الثالث صفتها من مرق او خزق او خسق او ازدلاف او غيرها من الصفات المتقدمة وشرطها
لاختلاف الاغراض فيها واختلافها بالشدة والضعف فيفتقر بعضهم على بعضها ازيد من الآخر فيكون ترك التعيين غررا وقيل لا يشترط
ويحمل الاطلاق على الاصابة مطلقا لان المقصود حقيقة العدد المشترك بين الجميع ويعبر عنه بالقارع المصيب للغرض كيف كان وكل المعنى الحاصل بالجائز في
على بعض معانيه كما عرفته وهذا هو الاقوى لاصالة البراءة من اعتبار التعيين مع حصول الغرض والعدم مع ارادة مطلق الاصابة ممنوع الرابع قدر المسافة
التي يرميان فيها وهي ما بين موقف الرامي والهدف لو ما في معناه لان الاصابة تكثر وتقل مع قربها وبعدها والاغراض تختلف باختلافها والتعيين يرفع
النزاع ويكشف الحال ويحصل اما بالمشاهدة وذكر المساحة ويحتمل الاكتفاء بالاطلاق وحمله على العادة الغالبة للرماة في ذلك الموضع ويقرب
ذلك مع غلبة العادة اما مع عدمها او اضطرابها فلا وحيث يعتبر تعيينها ما يحتمل الاصابة منه بحسب حال المتناضلين فلو عينا مسافة لا يحتمل الاصابة
منها وان احتمل في غيرها بطل ولو كانت منهما نادرة فالاقوى الصحة الخامس الغرض لانه المقصود بالاصابة ويحصل العلم به بامرين موضعه من الهدف
بارتفاعه وانخفاضه لان الاصابة في المنخفض اكثر منها في المرتفع والثاني قدره في ضيقه وسعته لان الاصابة في الواسع اكثر منها في الضيق التاسع

قدر السَّبَق بالفتح اى العوض المبذول للسابق وهذا من الغرر في المعاملة كغيره من الاعواض فان اغفل ذكره او جعله مجهولا بطل العقد ويثبت حكمه ما لبينه
الى ثبوت اجرة المثل وعدمها قوله وتماثل جنس الالة هو بالجر عطف على العلم بالامور الستة خارج عنها والعبارة في قوة افتقار الرمي الى امرين احدهما
العلم بالامور الستة والثاني تماثل جنس الالة وقد وقع بسبب ذلك اشتباه على بعضهم فتوهم منه رجالها يجب ان يعلم وجه سابعا زايدا في العدد
والصواب ما ذكرناه وانما فصلها عنها لانه مما يفتقر اليه في العقد لا مما يجب ان يعلم بخلاف الستة اذا تقرر ذلك فالمراد بتماثل جنس الالة تماثل ما يرمى بها
من القوس في الصنف كالعربي والعجمي ومن السهم لاختلاف الرمي باختلافه فيجب ضبطه حذرا من الجهالة ولان اختلافها بمنزلة اختلاف حيوان السباق كالجمل
والبغال وقيل لا يشترط التعيين ولا يضر اختلاف النوع فيجوز اطلاق العقد مجردا عنه وانما يلزم مع اشتراطه ثم ان كان هناك عرف معين حمل الاطلاق عليه
والا كان الخيار لهما فيما يتفقان عليه وهذا هو الاقوى وحيث يشترط التعيين او يشترط انه لا يجوز لاحدهما العدول عن المشروط الا برضاء صاحبه فيجوز
لان موجب الشرط ان يلزم كل واحد في حق صاحبه ما لم يرض باسقاط حقه قوله وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد والظاهر انه لا يشترط قد عرفت معنى
المبادرة والمحاطة واختلاف مفهوميهما وفائدتهما وقد اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين احدهما في العقد وعدمه مع الاتفاق على ان الاطلاق على
تقدير صحته منزل على احدهما بعينهما فالمص وجماعة ذهبوا الى عدم الاشتراط لاصالة عدمه مع انتفاء الدليل عليه فهل ينزل الاطلاق على المحاطة
او المبادرة قولان اشهرهما الاول لان اشتراط السبق انما يكون باصابة معينة من اصل العدد المشترط في العقد وذلك يقتضي اكمال العدد كله لتكون
الاصابة المعينة منه فانهما اذا عقدا على ان من اصاب خمسة من عشرين كان له كذا فمقتضاه رمي كل منهما العشرين والا لم يتحقق كون الخمسة التي حصل الاصابة
بها من العشرين وذلك هو معنى المحاطة اذ المراد بها خلوص اصابة الخمسة من رمي العشرين لواحد ولانها اجود فائدة في الرمي حيث يعتبر اكمال العدد غالبا
بخلاف المبادرة وقيل يحمل الاطلاق على المبادرة لانها الغالب في المناضلة ولان المبادر من اشتراط السبق لمن اصاب عددا معينا استحقاقه ابدا
متى ثبت له ذلك الوصف وكلاهما ممنوع وفي كره اختار اشتراط التعرض في العقد لاحدهما لان حكم كل واحد منهما مخالف لحكم الاخرى فان اهمل بطل
العقد لتفاوت الاغراض فان من الرماة من يكثر اصابته في الابتداء وتقل في الانتهاء ومنهم من هو على عكس ذلك ولعل هذا اجود قوله وكذا لا
يشترط تعيين القوس والسهم اي لا يشترط تعيين شخصهما لان ذلك تضييق لا فائدة فيه ولانه قد يعرض له احوال خفية تحوجه الى الابدال حتى لو عينه
لم يتعين وجاز الابدال لما ذكرناه كالو عين المكيل في السلم وعلى هذا فهل يفسد العقد بتعيينه وجهان احدهما الفساد كما في كل شرط فاسد يذكر في العقد
وهو اختيار العلامة في كره والثاني صحته بل يكون ذكره لغوا وهو اختياره في عد ولو قيل بتعينه بالتعيين وان لم يكن ذكره شرطا كان حسنا لعموم الامر
بالوفاء به ولامكان تعلق الغرض بذلك المعين وتفاوت القوس الشديدة واللينة قريب من تفاوت القوس العربية والعجمية قوله اذا قال اجنبي
لخمسة من سبق فله خمسة الى قوله او اربعة قد تقدم ان النضال عند المص يطلق على ما يشمل السبق والرمي على ما فيه من التجوز وقد جرى في هذه الاحكام على
ذلك فذكر احكاما مشتركة بينهما وبقية بها يثبت من احكام السبق وحاصل المسألة انه اذا قال لجماعة ايكم سبق فله خمسة ولا يخ اما ان يسبق واحد
منهم خاصة او يسبق الجميع بان يجاؤا جميعا او يسبق اكثر من واحد ففي الاول لا اشكال في استحقاق السابق المال لاختصاصه بالوصف الموجب للاستحقاق
كما لا اشكال في عدم استحقاق احدهم شيئا منه في الثاني لانتفاء الوصف اذ لا سابق منهم ولو سبق ما فوق واحد فقد حكم المص وجماعة باشتراك
السابقين في المال المبذول فيوزع عليهم على الرؤس لان من يحتمل كل فرد فرد من السابقين ومجموع من سبق اعم من الواحد والمتعدد ومع الاحتمال
فالاصل برائة ذمة الباذل مما زاد على القدر المبذول فيقسمه السابقون بالسوية وقيل يستحق كل واحد منهما المال المبذول لان من لما كانت
من الفاظ العموم فهي تعم كل فرد فرد كما في نظائره من القضايا الكلية ولان العوض في مقابلة السبق وقد تحقق من كل واحد منهم فيستحق كمال
العوض وقد حكم المص وغيره في باب الجعالة بانه لو قال من دخل داري فله دينار ودخلها جماعة استحق كل منهم دينارا معللين بان كلا منهم قد حصل
منه الفعل المجعول عليه وهو الدخول كاملا وهذا بخلاف ما لو قال من رد عبدي فرده جماعة لان كل واحد منهم لم يتحقق منه الفعل الذي هو الرد
وانما استند الى المجموع من حيث هو مجموع فيكون لهم عوض واحد بخلاف الدخول ومسألتنا من قبيل الدخول لان السبق قد تحقق كاملا من كل واحد
فيستحق كل واحد العوض كاملا وهذا اقوى ولا يقدح فيه كون العوض غير معلوم حالة العقد من حيث انه لا يعرف عدد السابقين لان المعتبر العلم
باصل القدر لا من كل وجه ومن ثم جاز من سبق فله كذا والوجه فيه انه عقد متردد بين الجعالة والاجارة وهما يحتملان من الغرر ما لا يحتمله غيرهما من عقود
المعاوضات قوله ولو قال من سبق فله درهمان الى قوله للمتاخر هذا مبني على ما اختاره من اشتراك المشتركين في العوض المعين وعليه فيكون
استحقاق المصلي اكثر من السابق لو كانوا ثلثة ويصلي واحد فيكون للثلاثة درهمان وللمصلي وحده درهم وهو خلاف الامر المعتبر في العقد فانه لا يشترط
فيه ان يجعل للسابق ازيد مما يجعل للمصلي فلو ساوى بينهما بان جعل للسابق درهما مثلا وللمصلي درهما لم يصح فاولى ما لو زاد ومن ثم
احتمل هنا البطلان لان المقصود من هذا العقد الحث على السبق بالتفضيل في الجعل فاذا احتمل مساواة المصلي فضلا عن تفضيله فات الغرض وبطل
حرص كل منهما في تجويد نفسه وفهمه رجاء للسبق فانه كما يرجو زائدا يرجو ما هو اسهل منه كذلك ورد بان استحقاق الزيادة هنا باعتبار التفرد
بالوصف لا باعتبار جعل الفاضل للمتاخر وفيه نظر لمنافاته الغرض المقصود على التقديرين وعلى ما اخترناه من استحقاق كل واحد من السابقين
القدر المعين له فيرتفع الاشكال ولا يتحقق مساواة المصلي للسابق فضلا عن رجحانه عليه قوله ولو كانا اثنين ولخرج اه قد عرفت فيما
سبق ان صور اخراج المال من المستبقين واحدهما وثالث كلها جائزة عندنا وان بعض العامة وابن الجنيد منا منعا من بعض الصور والى
الخلاف المذكور اشار بقوله على ما اخترناه اذا تقرر ذلك فعلى تقدير اخراج كل من المتسابقين مالا وادخالهما محللا بينهما المال ان سبق

احدهم خاصة او اثنان او يسبقوا في الغاية جميعا فللمسألة صور الاول ان يتساويا في الاصابة على السواء فيحرز كل من المتسابقين مال نفسه ولا
شيء للمحلل لانتفاء السابق الثاني ان يسبق المخرجان بان يتساويا في الاصابة ويتاخر المحلل فيهما كذلك لاستوائهما في السبق ولا شيء للمحلل لانه مسبوق
الثالثة ان يسبق المحلل ويأتي المخرجان بعده على السواء او مترتبين فيستحق المحلل سبق المخرجين لسبقه لهما الرابعة ان يسبق احد المخرجين ثم يأتي بعده
المحلل والمخرج الاخر على السواء فيحرز السابق من المخرجين مال نفسه ويكون مال المخرج المسبوق بين المخرج السابق والمحلل لاشتراكهما في سبب الاستحقاق
وهو السبق الخامسة ان يسبق المحلل واحد المخرجين بان ياتيا الى الغاية على السواء ويتاخر المخرج الاخر السادسة ان يسبق احد المخرجين المحلل فيكون المحلل
مصليا والمخرج الاخر اخيرا فالمال كله للسابق كاملا وقال بعض العامة ان مال المسبوق من المخرجين للمحلل لانه سبق المتاخر ويحرز السابق مال نفسه خاصة
ونظيره في ذلك السابعة ان يسبق احد المخرجين المحلل ويكون المخرج الاخر مصليا والمحلل تاليا فالسابق يحرز السبقين اجمع عندنا لما ذكر وعند
ذلك البعض من العامة ان للسابق سبق نفسه وللمسبوق الثاني سبق نفسه ولا شيء للمحلل قوله اذا اشترط المبادرة والرشق عشرين
والاصابة خمسة الى قوله لم يجب فيه قد عرفت ان المبادرة هي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر الى اصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما فيه
فاذا رميا بارشقا وهنا بارشقا وبا في اصابة لم يتحقق السبق ولا يجب الاكمال لانه لو وجب لوجاء السبق في الباقي خرج عن وضع المبادرة الى
المحاطة وهذا خلاف المفروض وكذا لا يجب الاكمال لو اصاب احدهما خمسة منها والاخر اربعة لتحقق السبق من الاول بمبادرته الى الاصابة المشروطة
فلو وجب الاكمال خرج عن وضعها قوله اما لو شرط المحاطة الى قوله واكمال الرشق لان مقتضى المحاطة هو ذلك على ما عرفته من تعريفها فاذا تحاطا الخمسة
بالخمسة بقي لهما عشرة يرجى لكل منهما السبق بها فيجب اكمال الرشق قوله ولو تحاطا فبادر احدهما الى اكمال العدد اي العدد المشترط اصابته وهو الخمسة
المراد بكونه مع انتهاء الرشق انتهاؤه منهما فيتحقق سبق من اصاب العدد دون صاحبه اذ لم يبق له ما يرجو معه لحاقه فضلا عن السبق وهو واضح قوله
وان كان قبل انتهائه الى اخر المتن اذا بقي من الرشق لهما شيء والحال ان المشروط المحاطة او العقد مطلق وهو محمول عليها فقد يبقى للاكمال فائدة فيجاب
اليه طالبه وقد لا يبقى فلا يلزم العوض قبل الاكمال وقد ذكر المص ان الفائدة تتحقق بثلثة امور احدها ان يرجو المسبوق الرجحان بالاكمال على السابق في
بحيث يصير بالرجحان سابقا وباخذ العوض او لا يصير به سابقا ولكن يمنعه من السبق فالاول كان يكون الرشق عشرين وشرط المنفرد بخمسة فرمى كل منهما
عشرة فاصابها احدهما اجمع واصاب الاخر منها خمسة فهنا اذا طلب المسبوق الاكمال اجيب اليه لانه يرجو ان يخطئ صاحبه العشرة الباقية ويصيبها
هو فيسلم خمسة عشر اصابة ولصاحبه عشرة فيتساقطان عشرة بعشرة يفضل للمسبوق خمسة يصير بها سابقا والثاني كالمثال بعينه الا ان المسبوق
اصاب من العشرة اقل من الخمسة فرجاؤه المذكور يوجب رجحانه على صاحبه لكن لا يبلغ حد السبق كما لو كان قد اصاب من العشرة الاولى اثنين
فانه على تقدير اصابة العشرة الثانية بتمامها يبقى له اثنا عشر وللاخر عشرة فاذا تحاطا عشرة بعشرة بقي له اثنان وثانيها ان لا يرجو المسبوق الرجحان
ولكن يرجو المساواة المانعة من سبق الاخر كما لو رميا عشرة في المثال فاخطاها احدهما واصابها الاخر فالعشرة الباقية يرجو المسبوق اصابتها
واخطأ السابق لها فيتساويان في الاصابة ويمتنعان من السبق وثالثها ان لا يرجو الرجحان ولا المساواة ولكن يرجو منعه من التفرد باصابة العدد المشروط كما لو رميا
في المثال خمسة عشر فاصاب احدهما منها عشرة والاخر اربعة فالمسبوق لا يرجو المساواة فضلا عن الرجحان لان غايته ان يصيب الخمسة الباقية ويخطئها الاخر
فتصير اصابات المسبوق تسعة والسابق عشرة فيمنعه عن التفرد بالخمسة المشروطة وهو فائدة تمنع من استحقاق صاحبه العوض كالاولين وقول المص كما
لو رمى احدهما خمسة عشر فاصابها الخ مثال لما اذا انتفت الفائدة اصلا وقد بين وجه انتفاء الفائدة فيه قوله اذا تم النضال ملك الناضل العوض
وله التصرف فيه كيف شاء مفهوم الشرط انه لا يملك الناضل العوض بدون التمامية وهو من خواص الجعالة لا الاجارة التي قد اختار انه مثلها والشيخ
وكان الشيخ علق الملك على تمامية النضال لان العقد وان كان لازما الا ان الملك لا يعلم انه هو وقبل تمامه لاحتمال السبق من كل منهما وعدمه فاذا تحقق
السبق على وجه من الوجوه فقد تم النضال سواء اكمل الرشق ام لا وتحقق الملك للسابق وقد يحصل ذلك بخلاف الاجارة وبهذا يظهر ان هذا العقد
ليس على حد احد العقدين ولا غيرهما من المعاوضات مطلقا وانما له شبه باحدهما او بهما من بعض الوجوه فلا بعد في اختصاصه ببعض الاحكام بالنسبة اليهما والى غيرهما
اذا تقرر ذلك فمتى تحقق ملك العوض لاحدهما كان ملكا من املاكه يفعل به ما شاء من اختصاص وتصرف كيف شاء كغيره من الاملاك وهو واضح
قوله ولو شرط اطعام الحزب لم استبعد صحته في العقد وجه عدم استبعاد عموم الامر بالوفاء بالعقود ولكون المسلمين عند شروطهم الشامل لهذا الفرد ولانه
مما يتعلق به غرض صحيح شرعي فلا مانع من صحة شرطه وقال الشيخ فاسد قوله يبطل الشرط والعقد لان عوض العمل يجب ان يكون للعامل كالاجارة فاشتراط
خلافه مناف لمقتضاه وبطلانه يبطل العقد كما علم مرارا وفيه ان الحاقه بالاجارة قياس مع وجود الفارق ولما عرفت من انه ليس على نهجها بل ولا على
نهج المعاوضات لصحة البذل بل ولو بنيه مما لا دخل له في العمل ولا يصل اليه شيء من العوض الاخر فاذا دل على صحته دليل عام كما ذكرناه لم يقدح فيه
مخالفته لما اشبهه من العقود مع مغايرته له من وجوه وللشيخ قول اخر ببطلان الشرط دون العقد وقد مر ضعفه في نظائره قوله اذا فسد عقد السبق
لم يجب بالعمل اجرة المثل اه اذا افسدت المعاملة بعد العمل فلا يخ اما ان يكون الفساد ابتداء بحيث لم يتزلزل العقد بل لم ينعقد اصلا سواء كان لسبب
العوض بان كان خمرا او مجهولا ام من جهة ركن من اركان العقد بان اختل بعض شروطه السابقة او غيرهما واما ان يكون طاريا على اصل الصحة بان ظهر العوض مستحقا
فان العقد وقع صحيحا غايته تزلزله حيث وقف على اجازة المالك وانما طرء له البطلان بعدم اجازته ومن ثم لو اجاز لزم العقد فاما على انه لو وقع
فاسدا ابتداء فهذا هو الوجه في فرق المص بين القسمين فان كان فساده من الجهة الاولى فقد قطع المص بانه لا شيء للسابق وهو اختيار الشهيد ره ووجهه
انه لم يعمل له شيئا ولا فوت عليه عمله ولا عاد نفعه ما فعله اليه وانما فائدة عمله راجعة اليه بخلاف ما اذا عمل في الاجارة والجعالة الفاسدتين فانه يرجع

الاجرة مثل عمله لان فائدة العمل للمستاجر والجاعل وذهب اليه لانه وجماعة من المتاخرين الى ثبوت اجرة المثل لانه عقد استحق المسمى في صحيحه واذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل ولا نسلم ان وجه وجوب اجرة المثل في المقيس ونظائرها رجوع عمل العامل الى من يجب عليه العوض لان العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك ومع ذلك يكون مضمونا وعندي فيه نظر لان الالتزام لم يقع الا بما يقتضيه العقد الصحيح والاصل براءة الذمة من وجوب شيء اخر غير ما وقع عليه العقد والفرق بين هذا العقد وبين ما يجب فيه اجرة المثل من العقود واضح لا من جهة ما ذكروه من رجوع نفع عمل العامل الى من طلب بالاجرة حتى يرد عليه مثل العمل الذي لا يعود به عليه نفع في القراض بل لان تلك العقود اقتضت امر العامل بعمل له اجرة في العادة فاذا فسد العقد المتضمن للعوض المخصوص بقي اصل الامر بالعمل الموجب لاجرة المثل بخلاف هذا العقد فانه لا يقتضي امرا بالفعل فان قوله سانفق على من سبق ما قلته كذا ونحو ذلك من الالفاظ الدالة على ان المراد ليس فيها امر ولا ما يقتضيه بفعل له اجرة فالاصل براءة الذمة من وجوب شيء غير ما تضمنه العقد وفائدته ان كل ما كان صحيحه موجبا للمسمى ففاسده موجب لاجرة المثل لا دليل عليها كلية بل النزاع واقع في بعض مواردها فكلما لا اجماع ولا دليل صالح يدل على ثبوت شيء فالاصل بخلافه مدعى القائل عدم ثم لو اتفق وقوع العقد بصيغة تقتضي الامر بالفعل وجوزناه اتجه وجوب اجرة المثل الا ان هذا خارج عن وضع الصيغة المعهودة وانما يتفق حيث لا نخصه بعبارة بل كل لفظ دل عليه كالجعالة اذا عرفت هذا فحيث نقول باجرة المثل يرجع فيها الى مجموع العمل وهو مجموع ركضه لا الى القدر الذي يسبق به لانه سبق بمجموع عمله لا بذلك القدر وان كان فساد العقد من جهة خروج العوض مستحقا فقد جزم المصنف بانه يجب على الباذل مثله او قيمته وقد وافقه عليه جماعة من المتاخرين ووجهه ما عرفت من صحة العقد ابتداء بالعوض المعين وانما انتفى لكونه موقوفا على اجازة المالك فقد تخصص العوض المعين للعقد فاذا طرء زوال ذلك العوض لعدم اجازة المالك وجب الرجوع الى اقرب شيء اليه وهو مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كالصداق اذا ظهر فساده وقيل تجب اجرة المثل هنا ايضا لان العوض المسمى اذا فات وجب قيمة العوض الاخر وهو اجرة مثله كما في سائر المعاوضات وما ذكروه من الفرق بين الامرين لا يوجب الفرق في الحكم لان المالك اذا فسخ العقد انفسخ من اصله لا من حين الفسخ فصار العوض المعين كالمعدوم ابتداء بل كغير المتمول بالنسبة الى غير المالك وهذا القول اوجه حيث يوجب بهذه المعاملة اذا فسدت شيئا لكن فيه ما قد عرفت قوله اذا فضل احدهما الاخر في الاصابة الخ هذا هو المشهور بل كثير منهم لم يذكروا فيه خلافا ووجه المنع ما ذكره المص من منافاته لذلك الغرض والحكمة الموضوع لها العقد ونسبته الى القيل مشعر بالتوقف فيه ووجهه انه حيل على عمل محلل ومنع كون المقصود بالنضال منحصرا فيما ذكر لجواز ان يقصد به كسب المال فاذا حصل بالسبق امكن تحصيله بعده بانه مضاف الى اصالة الصحة وعموم الامر بالوفاء بالعقد والكون مع الشرط ومنافاته للشرع غير متحققة

كتاب الوصايا

قوله في الوصية وهي تمليك عين او منفعة بعد الوفاة التمليك في التعريف بمنزلة الجنس يشمل سائر التصرفات المملكة الواقعة عن الفاعل من البيع والهبة والوقف وغيرها وفي ذكر العين والمنفعة تنبيه على متعلق الوصية ويندرج في العين الموجود منها بالفعل كالشجرة وبالقوة كالثمرة المتجددة وفي المنفعة المؤبدة والموقتة والمطلقة ويخرج ببعدية الوفاة الهبة وغيرها من التصرفات المنجزة في الحياة المتعلقة باحد الامرين وينتقض في عكسه بالوصية بالولاية الى الغير بانفاذ الوصية بالولاية على الاطفال والمجانين الذين تجوز له الوصية عليهم ومن ثم زاد المصنف في النافع والشهيد في التعريف او تسلط على تصرف بعد الوفاة لتندرج فيه الوصاية وربما جعلت الوصية خارجة عن الوصاية قسيمة لها فلا يحتاج الى الاحتراز عنها لكن الشهيد جعلهما عنوان لكل واحد من القسمين كتابا الا انه لم يجر على ذلك الاصطلاح بل جعل الوصاية من جملة اقسام الوصية فكان عليه ادراجها في التعريف وينتقض في عكسه ايضا بالوصية بالعتق فانه فك ملك لا تمليك للعبد نفسه وكذا التدبير على القول بانه وصية كما ذهب اليه الاكثر والوصية بابراء المديون وبوقف مسجد فانه فك ملك ايضا وبالوصية بالمضاربة والمساقاة فانهما وان افادا ملك العامل الحصة من الربح والثمرة على تقدير ظهورهما الا ان حقيقتهما ليست تمليكا وقد لا يحصل ربح ولا ثمرة فينتفي التمليك قوله ويفتقر الى ايجاب وقبول الى قوله ولو وصيت له يستفاد من افتقارها الى الايجاب والقبول كونها من جملة العقود ومن جواز رجوع الموصي ما دام حيا والموصى له على بعض الوجوه انها من العقود الجائزة وقد تلحق باللازمة على بعض الوجوه ولم يذكر المص كيفية القبول هل ينحصر في اللفظ ام يكفي الفعل واكتفى جماعة بالقبول الفعلي الدال عليه كالاخذ والتصرف فيه لنفسه وهو المناسب لبناء هذا العقد على الجواز وانما يعرض له اللزوم بل اطلق المص الحكم عليه بالجواز ويتفرع عليه ايضا عدم اشتراط مقارنة القبول للايجاب وهو موضع وفاق وان اللائق بعبارة الايجاب انه يشمل الوصية لمعين كزيد وغيره كالفقراء فيقبل لهم الحاكم والاصح في الثاني عدم اشتراط القبول لتعذره في المسمى ان اريد من الجميع ومن البعض ترجيح من غير مرجح مع ان الوصية ليست له بخصوصه وقد تقدم مثله في الوقف وح فيشكل اطلاق المص على الوصية لشموله لهذا الفرد الا ان يجعل ذلك لضرب من التجوز والحاقه بطريق الاستتباع ولا يخفى ما فيه فان افراد هذا النوع كثيرة واعلم ان التقييد بقوله بعد وفاتي في الايجاب انما يفتقر اليه في اللفظ المشترك بينها وبين غيرها كقوله اعطوا فلانا فانه مشترك بين الوصية والامر وقوله لفلان كذا المشترك بينه وبين الاقرار فلا بد من مايز يخرج ما يحتمله اللفظ من غيرها وهو يحصل بقوله بعد وفاتي اما قوله اوصيت له بكذا فلا يفتقر الى القيد لانه صريح في العطية بعد الموت قوله وينتقل بها الملك الى الموصى له بموت الموصي الخ لا خلاف في توقف ملك الوصية على الايجاب من الموصي لانه احد اركان العقد الناقل للملك وتمام الركن حيث يعتبر القبول على بعض الوجوه وفي توقفه على موته لان متعلقها هو الملك وما في معناه بعد الموت تمليكا لا ملكا وانما الخلاف في ان قبول الموصى له هل يعتبر في انتقال الملك اليه بالموت بمعنى كونه شرطا في الملك ام تمام السبب المعتبر فيه فلا يحصل الملك بدونه اصلا او يعتبر في الجملة اعم مما ذكر او لا يعتبر اصلا بل ينتقل اليه الملك على وجه قهري كالارث لا بمعنى استقراره له كذلك بل بمعنى حصوله متزلزلا فيستقر بالقبول ويبطل استقراره بالرد فينتقل عنه الى ورثة الموصي فيه اقوال ثلثة والذي اختاره المص ان الملك لا يحصل بالموت منفردا عن القبول بل يبقى المال على حكم مال الميت فينتقل الى الوارث ثم انتقاله منه اليه ويستقر

من هو معتبر

برد الموصى له وينتقل الى ملكه بقبوله على انه جزء السبب الناقل للملك اليه لان الباء في قوله وينتقل بها الملك الى الموصى له بموت الموصي للسببية وهو ما ذكرناه ومع ذلك يحتمل ان يريد الانتقال المبتدا من حين القبول على تقدير تاخره عن الموت كما هو ظاهر العبارة فقبله لا ملك له اصلا وهذا هو القول الاول الذي حكيناه وهو مختار العلامة في لف وان يريد به مجرد سببية القبول في الملك بمعنى توقفه عليه ولكنه يكشف عن سبق ملك الموصى له من حين الموت وهذا القول هو مختار الاكثر وهو الذي حكيناه ثانيا والحجة المشتركة بين القولين الدافعة للقول الثالث ان القبول لما كان معتبرا فحصول الملك للموصى له قبل قبوله لا وجه له ولان الوصية تمليك عين الخ كما عرفت فلا يسبق الملك القبول كسائر العقود وان الموصى له لو رد الوصية بطلت ولو كان قد ملك بالموت لم يزل ملكه بالرد كما بعد القبول فان الملك لو حصل بدون القبول لم يحتج الى قبول وارث الموصى له لو مات قبله مع اتفاقهم على اعتباره في ملكه ثم يقال في تقرير القول الاول انك لما عرفت ان القبول معتبر في تحقق الملك في الجملة فيجب ان لا يتحقق قبله مطلقا وايضا فان القبول تمام السبب الموجب للملك كغيره من العقود الناقلة للملك والموت شرط في انتقال الملك لان مقتضى الوصية التمليك بعده فقبل القبول لم يتحقق السبب الناقل للملك وان وجد الشرط كما في الملك الحاصل بالبيع فانه قبل القبول لا يتحقق اصلا وان اجتمعت الشرائط المعتبرة في صحة البيع من جميع الجهات والقائل الثاني يقول مضافا الى المشترك ان الله تع جعل ملك الوارث بعد الوصية والدين والوصية هنا موجودة فلا يجوز انتقال متعلقها من التركة الى الوارث عملا بظاهر الاية ولا يبقى على ملك الميت لانتفاء اهليته له ولا الى ملك غير الوارث والموصى له اجماعا فلم يبق الا الانتقال الى ملك الموصى له الا موقوفا على قبوله اعتبارا بما سبق من دليله مع كون القبول كاشفا عن سبق ملكه من حين الموت اعتبارا بما ذكرهنا من الدليل وعلى تقدير رده يتبين بطلان الوصية وانها كانت لم تكن فينكشف الرد عن ملك الوارث من حين الموت ولا ينافيه الحكم بانتقالها الى الموصى له لان ذلك كان مراعى بالوصية وقد تبين عدمها فكان هذا الموصى به على تقدير الرد لم يكن موصى به اصلا فلا ينافي دليل الانتقال عن الوارث اصلا ولا يخفى عليك ما في هذا التوجيه من التكلف والعجز عن مقاومة دليل الاول وقد اعتذر عن تحرير الاول بكون سببية القبول تقتضي عدم حصول الملك بدونه وان مدخلية القبول في الوصية ليست قوية على حد مدخليته في غيرها من العقود كالبيع ووجه ضعفها عدم الافتقار اليه في بعض الموارد كما عرفت وفي موضع النزاع على خلاف بخلاف قبول البيع ونحوه فانه معتبر في تمام السببية اجماعا واعتباره في الوصية على بعض الوجوه مع ما فيه من الضعف المذكور يكفي فيه كونه كاشفا ولا يخفى ما فيه ومما قررناه يظهر ان المص يمكن ان يكون مختاره هو الاول لما قد ظهر من قوة دليله ثم للقائل ان يقول على دليل الحصر من الاية انه لا مانع من القول بانتقالها الى الوارث قبل القبول لان الوصية قبله غير متحققة لما عرفت من ان الوصية هي التمليك المخصوص الذي لا يتم الا بالايجاب والقبول ومن ثم كان القبول معتبرا فيها وكانت الاية في قوة من بعد وصية مقبولة لان اطلاقها يقتضي ذلك فقبل القبول لا وصية فينتقل الى الوارث بحكم الاصل ولا يزول عن ملكه الا بقبول الموصى له فح يتحقق الوصية ويحكم بانتقالها اليه ولا يقدح في ذلك ما قيل انه يلزم منه تلقي الموصى له الملك عن الوارث وهو خلاف الواقع لمنع ذلك اذ يجوز كون ملك الوارث ح مراعى بعدم قبول الموصى له بسبب الوصية السابقة وذلك بسبب شرعي من جهة الشارع سابق على ملك الوارث الا انه لما لم يكن تم تحقق ملك الوارث الى حين تمامه ثم ارتفع وقيل على الحصر ايضا بمنع عدم بقاء ملك الميت لم لا يجوز بقاؤه كما يبقى ملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه وقضاء دينه وكما يجوز ان يتجدد له الملك كالدية لو مات قتلا وما ثبت في الة الصيد التي نصبها حيا بعد وفاته وقد يجاب عن هذا بانه قد علم ان الموت سبب في انتقال الملك عنه وخروجه عن اهليته وما ذكر لا يدل صريحا على ملكه لجواز كونها ملك الوارث وان تقدم حق الميت بتلك الوجوه عليه كما تقدم المرتهن بمال الرهن على الراهن المالك فلا منافاة بين ملك الوارث لها وتقدم الميت بها ويرشد الى ذلك في مؤنة التجهيز انه لو فقد الميت رجع الكفن الى الوارث ولو لم يكن ملكه ابتداء لم يرجع اليه واما الصيد فانه يملكه الوارث دون الميت لقيامه مقامه كما لو نصب الشبكة بنفسه وحجة الثالث من ظاهر الاية الدالة على انتفاء ملك الوارث مع الوصية بنحو ما اسند لو ابد فانه لا يمكن القول ببقاء المال على ملك الميت لما تقدم ولا بانتقاله الى الوارث لانه بعد الوصية وهي اعم من المقبولة انه لم يقل بعد وصية مقبولة ويمنع عدم تحققها قبل القبول بل غايته عدم لزومها فلم يبق الا ان يكون ملكا للموصى له بالموت ولان الوصية مشابهة للارث من حيث انه يملك بالموت وان فارقته في جواز ازالته ما حصل من الملك بردها برد الوصية لا يحصل له الملك المستقر بلفظ اخر جبره قهرا عليه حيث لا يريده وجوابه على القول الاول واضح فانا نختار انتقاله الى الوارث عند موت الموصي بحكم الاصل فاذا قبل الموصى له تم السبب الذي ابتداه الموصي فانتقل الملك اليه وجواب الثاني قد علم من تضاعيف ما سبق واعلم ان موضع الخلاف الوصية المفتقرة الى القبول فلو كانت لجهة عامة كالفقراء والمساجد انتقلت الى الجهة المعينة بالوفاة بغير خلاف بحيث يكون الوصية نافذة اذا تقرر ذلك فتظهر فائدة الخلاف في مواضع اولها كسب العبد وثمرة الشجرة وسائر زوائد الموصى به الحاصلة بين الموت والقبول فان قلنا تملك بالموت فهي للموصى له ان قبل الوصية او ردها ويحتمل ارتدادها على الورثة اذا ردها تبعا وان قلنا تملك بالقبول لم تكن الزوائد للموصى له قبل الوصية او ردها وان قلنا بالوقف فهي موقوفة فان قبل فهي له والا فلا واذا قلنا انه يبقى مستحقها من الموصى والورثة من حيث انها من جملة التركة فيقضى منها دينه وينفذ منها وصاياه كالاصل ومن حدوثها بعد زوال ملكه وهذا اقوى تفريعا على ذلك القول وثانيها فطرة العبد الموصى به اذا وقع وقت وجوبها بين القبول والموت على من تجب يترجح على الاقوال والنفقة والمؤنة المحتاج اليها بين القبول والموت كالفطرة وثالثها اذا زوج امته حرا واوصى له بها فان رد الوصية استمر النكاح الا اذا قلنا يملك بالموت فينفسخ من يوم الموت وان كان الملك ضعيفا وان قبل انفسخ النكاح على كل حال ويكون الانفساخ من يوم القبول ان قلنا يملك بالقبول ومن يوم الموت على سبيل التبيين ان قلنا بالتوقف ولو كان زوجها وارثه ثم اوصى بها لغيره فان قبل الموصى له الوصية استمر النكاح الا اذا قلنا ان الملك بالقبول وانه قبل القبول للوارث فانه ينفسخ ويحتمل العدم لضعف الملك وان رد انفسخ النكاح هنا اذا اخرجت من الثلث

ومعنى تغاير قبوله فاذ حصل القبول استقر ملكه وانتقل الى ملك الموصى

من الثلث

من الثلث وان لم يخرج ولم يجز الورثة انفسخ النكاح لدخول شيء مما زاد على الثلث في ملك الزوج وان اجازوا او قلنا يملك بالموت او موقوف فهل ينفسخ الا
يبنى على ان الاجازة تنفيذ او ابتداء عطية فعلى الثاني ينفسخ وعلى الاول لا ورابعها لو اوصى بامته الحامل وحملها من زوجها لزوجها او لابن لهما حر ومات وخرجت
كلها من الثلث وقبلا الوصية وهما موسران نظر ان قبلا معا عتقت الامة كلها على ابنها نصفها بالملك والباقي بالسراية وعليه للزوج قيمة نصفها و
يعتق الحمل عليهما بالسوية اما نصيب الزوج فلانه ولده واما نصيب الابن فلان الام عتقت عليه ان قلنا بسراية عتق الحامل الى الحمل او كان الحمل انثى والا اخ
العتق بالاب وان قبل احدهما قبل الآخر فان قلنا يحصل الملك بالموت او قلنا بالوقف فكما تقدم لان وقت الملك واحد وان اختلف وقت القبول
وان قلنا يحصل بالقبول فان تقدم قبول الابن عتقت الامة والحمل عليه ان قلنا بالسراية او كان الحمل انثى والا عتقت الام خاصة وان تقدم قبول الزوج
عتق جميع الحمل عليه النصف بالملك والباقي بالسراية ويغرم قيمة نصفه يوم الولادة للابن ولا يعتق عليه من الام شيء فاذا قبل الابن عتق عليه جميعها
بالملك والسراية وغرم للزوج نصف قيمتها وخامسها لو اوصى للانسان بمن ينعتق عليه ... بعد الموت فان قلنا يملك بالقبول عتق عليه ح وان
قلنا بالموت او موقوف تبين انه عتق عليه يوم الموت ويترتب عليه حكم ما يجده من كسبه ونحوه وسادسها لو اوصى بامة لابنها من غيره فان خرجت من
الثلث وقبل الابن الوصية عتقت عليه وان رد بقيت للوارث وان لم يخرج فالجواز في قدر الثلث كذلك واما الزائد فان اعتقه الوارث وهو
موسر عتق عليه ثم ان لم يقبل ابنها الوصية فقد بينا ان جميعها للوارث فيسري العتق من البعض الذي اعتقه الى الباقي وان قبل عتق عليه ما قبل
ثم ان قلنا يملك بالموت ابتداء قوّم نصيب الوارث عليه وان قلنا يملك بالقبول عتق الكل على الوارث لانه يسري من نصيبه الى قدر الثلث فالقبول
بعده كاعتاق الشريك الثاني بعد اعتاق الاول وهو موسر هذا اذا حكمنا بحصول السراية بنفس الاعتاق وان قلنا لا تحصل الا باداء القيمة فقبوله
كاعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل اخذ القيمة وفي نفوذه وجهان يأتيان ثم وسابعها لو اوصى بعبد لشخصين احدهما قريبه الذي يعتق عليه فان
فان قبلا معا عتق جميعه على القريب ان كان موسرا النصف بالملك والنصف بالسراية وان قبل القريب اولا فكذلك وان قبل الاجنبي اولا فاعتق نصيبه
قبل قبول القريب ثم قبل فان قلنا يملك بالقبول قوّم نصيبه على الاجنبي كما مر وان قلنا يملك بالموت تبينا ان عتق الاجنبي غير نافذ وانه عتق جميعه على
الوارث وعليه نصف القيمة للاجنبي قوله ولو قبل قبل الوفاة جاز وبعد الوفاة اكد وان تأخر القبول عن الوفاة ما لم يرد حيث اعتبرنا قبول الموصى له فقبل
بعد وفاة الموصي فلا اشكال في اعتباره لمطابقته الايجاب الصادر من الموصي لانه اوقع تمليكا بعد الوفاة فقبله في تلك الحال وان قبل في حيوة الموصي فالا
على اعتباره ايضا لحصول المطلوب وهو قبول ما نقل اليه من الملك على الوجه الذي نقل اليه وان لم يكن في وقته فان ذلك هو المعتبر كما وقع التمليك قبل وقت
الانتقال فقبوله كذلك وكما ان الموصي مالك للمال فله نقله في اي وقت شاء فالموصى له مالك ان يتملك ايضا في اي وقت شاء وان لم يكن وقت الملك حينئذ
كلمة نظائره من قبول البيع بشرط والجعل في الثمن وغيره وافتراقهما في انتقال اصل الملك في البيع منجزا دون الوصية لا يقدح في ذلك وذهب بعض الاصحاب
ومنهم العلامة الى ان القبول انما يعتبر بعد الموت محتجا بانه اوجب له بعد موته فقبله يقع محالا للقبول فاشبه القبول قبل الوصية وكما لو باع ما سيملكه
وبعدم المطابقة بين الايجاب والقبول اذ القبول اما كاشف واما جزء السبب وعلى التقديرين يمتنع اعتباره قبل الموت اما اذا جعل كاشفا فلانه كاشف
عن الملك بحيث انه يتأخر عنه ويمتنع الملك قبل الوفاة واما اذا جعل جزء السبب فلانه اذا تم العقد وجب ان يترتب عليه اثره وهو هنا ممتنع قبل الموت
قد عرفت مما قررناه جواز ذلك كله فان القبول لا يلزم ان يحصل به الملك وانما يحصل به تمام سببه وهو لا يوجب حصول مسببه لجواز تخلفه لفقد شرط وهو
هنا كذلك لان الموت شرط انتقال الملك والايجاب كما وقع قبل زمان انتقال الملك ناقلا له في وقت متأخر فكذلك القبول فالمطابقة حاصلة و
والفرق بينه وبين ما سيملكه واضح فان ذلك ممتنع شرعا ايجابا وقبولا وهنا لا مانع منه الا بواسطة التخيل المذكور وهو غير مانع وقوله ان القبول اما
كاشف او ناقل يمكن اختيار كل واحد من القسمين اما الكشف فلا نعني به ان كل فرد من افراد القبول يقع كاشفا عن سبق الملك عليه بالضرورة فان ذلك
لا يتحقق الا اذا تأخر عن الموت واما اذا وقع حال الحيوة فلا يحكم عليه بذلك ولا ضرورة الى التزام كشفه في كل فرد فان هذه ليست قاعدة منصوصة
كلية ولا متفقا عليها وانما هي مستنبطة من فرد خاص وهو ما لو تأخر القبول عن الموت كما قد سبق تحقيقه واما النقل فمعناه ان القبول الواقع مع الايجاب
سبب تام في نقل الملك على الوجه الواقع في الايجاب والقبول لا مطلقا ولما كان الايجاب تمليك المال الخاص بعد الوفاة لا مطلقا فالقبول الرضا بتملكه كذلك
والعقد سبب تام في نقل الملك ولا يلزم من وجود السبب التام في ثبوت الحكم وجود مسببه الا ان يجتمع شرائطه ومن جملة شرائطه هنا الموت ويرشد
الى ذلك بيع الفضولي فان الايجاب والقبول سبب تام في نقل الملك كما عرفت في تعريف البيع بانه اللفظ الدال على نقل الملك اه ومع ذلك لم يحصل
الملك لفقد شرط وهو كون الناقل له مالكا فلما حصلت الاجازة من المالك ولو بعد حين حصل الشرط فعمل السبب عمله فكذا هنا السبب التام
في نقل الملك حصل بالايجاب والقبول والشرط وهو الموت المعلق عليه الملك لم يحصل فاذا حصل الشرط عمل السبب عمله وحاصل الامر ان النقل التام و
الكشف التام انما يتحقق في القبول بالنسبة الى الفرد المتنازع فيه وهو ما لو تأخر القبول عن الموت لا مطلقا وذلك غير لازم ولا جائز ولا يمكن توهم ان
الاجماع واقع على ان القبول يستلزم احد الامرين لان ذلك ظاهر الفساد دعوى ووضعا قوله فان رد في حيوة الموصي جاز ان يقبل بعد وفاته الى قوله
وهو اشبه قد عرفت ان ملك الموصى له متوقف على الايجاب من الموصي والقبول وموت الموصي حيث كان مقتضى الوصية التمليك بعد الوفاة
فبدون احد الثلاثة لا يحصل الملك قطعا واختلفوا في ان القبض مع ذلك كله هل هو شرط في تحقق الملك كالهبة والوقف لاشتراكهما في العلة
المقتضية له وهو انه عطية المتبرع بها مع اولوية الحكم في الوصية من حيث ان العطية في الهبة وما في معناها منجزة وفي الوصية مؤخرة والملك في المنجز
اقوى منه في المؤخر بقرينة نفوذ المنجز الواقع من المريض من الاصل على خلاف بخلاف المؤخر ام ليس بشرط لاصالة العدم وعموم الامر بالوفاء بالعقد الشامل

موضع النزاع

لموضع النزاع وبطلان القياس من حيث خروج الهبة ونظائرها بالاجماع وقد تقدم وجه لاعتبار الوصية والادلة المذكورة لا تفيد الحكم المتنازع وا
لخلاف واقع في الموضعين كما سبق الاشارة وقد ظهر بذلك قوة كون القبض ليس بشرط في ملك الوصية اذا تقرر ذلك فيتفرع على الملك رد الموصى له الوصية
فمتى وقع الرد بعد تحقق ملكه لم تؤثر ردته لان الملك لا يزول باعراض المالك عنه وان افادت اباحة التصرف لغيره فيه في بعض الموارد فان اباحة التصرف
امر اخر غير زوال الملك وح فان وقع الرد بعد الموت والقبول والقبض فلا حكم له اجماعا وذلك لتحقق الملك فيه اجماعا وان وقع بعد الموت والقبول
وقبل القبض بني على ان القبض هل هو شرط في الملك ام لا فان جعلناه شرطا صح الرد قبله وبطلت الوصية والا فلا كما لو وقع بعده وان كان الرد بعد الموت
وقبل القبول سواء كان بعد القبض ام لا بطلت الوصية لان الملك لم يتحقق وح فكانت الوصية كالعقد الجائز اذا ابطله احدهما وكاللازم اذا رده
احدهما بعد الايجاب قبل القبول وان وقع الرد قبل الوفاة سواء كان قبل القبول ام لا فلا حكم له وله ان يجدد القبول بعد ذلك ان كان قد سبق على
ما اختاره المص وجماعة ووجهه ان الوصية لما كانت تمليكا بعد الوفاة فقبلها لم يحصل لها ملك وان حصل القبول فرده ح بمنزلة رده ملك الغير
فيقع لاغيا لانه وان كان قد قبله فالشرط لملكه موت الموصي كما مر والفرق بينه وبين الرد بعد الموت قد يبقى موقوفا على رضاه فاذا رده تبين عدم الرضا
فبطلت الوصية كالرد لكل قابل للعقد الذي قد صدر ايجابه وبقي تملكه موقوفا على القبول وهذا بخلاف الرد الواقع في حال الحيوة فان الملك لا يحصل
وان قبل واعلم ان تفريع هذا الحكم على القول بعدم اعتبار القبول حال الحيوة واضح والشبهة غير منتفية اصلا بخلاف ما لو اعتبرنا القبول حال الحيوة كما
ذكره المص فان تفريع عدم تأثير الرد ح لا يخلو من اشكال وقد حررنا ما فيه قوله ولو رد بعضا وقبل بعضا صح فيما قبله لما كانت الوصية تبرعا محضا لم يرتبط
بعض اجزائها ببعض فكما يصح قبول جميعها يصح قبول البعض ويلزمه حكمه خاصة بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات فان المشتري لو قبل البعض وقع
لاغيا لان الغرض فيه مقابلة اجزاء العوض باجزاء المعوض فالبعض الذي اختص بالقبول غير مقصود للبائع الا مقيدا بالجملة بخلاف التبرع المحض فان
القصد فيه الى الجملة يتضمن القصد الى كل واحد من اجزائها منضمة ومنفردة ومن ثم لو اوصى بما زاد على الثلث ولم يجز الوارث بطل في الزائد وصح في
قدر الثلث وان قبل الموصى له لعدم الارتباط الذي بيناه وفي هذا الاخير مثله في عقود المعاوضات المحضة كما لو باع ملكه وملك غيره صفقة
وقبلهما المشتري كذلك ولم يجز المالك فان البيع يصح في البعض دون البعض مع عدم جواز الاقتصار على قبول البعض ابتداء وما زاد على الثلث في الوصية
بمنزلة التصرف في مال الغير وان لم يكن بعينه قوله ولو مات قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية اذا مات الموصى له قبل قبول الوصية سواء مات
في حيوة الموصي ام بعد وفاته ولم يكن الموصي قد رجع في وصيته فالمشهور بين الاصحاب ان وارث الموصى له يقوم مقامه في القبول وينتقل اليه الملك كما
كان لمورثه على تقدير قبوله بناء على ان القبول كان حقا للمورث فيثبت لوارثه بعد موته كما في الحقوق الموروثة من الخيار والشفعة وغيرهما ولرواية
محمد بن قيس عن الباقر ع قال قضى امير المؤمنين ع في رجل اوصى لاخر والموصى له غائب فتوفي الذي اوصى له قبل الموصي قال الوصية لوارث الذي اوصى
له قال ومن اوصى لاحد شاهدا كان او غائبا فتوفي الموصى له قبل الموصي فالوصية لوارث الذي اوصى له الا ان يرجع في وصيته قبل موته وهذه الرواية نص في
الباب لو تم سندها اذ لا يخفى ان محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر مشترك بين الثقة والضعيف وغيرهما فكيف يجعل روايته مستند الحكم الا
ان يدعى جبرها بالشهرة على ما هو المشهور بينهم في ذلك وفيه ما فيه واما الاستدلال بكون القبول حقا للمورث ففيه منع كلية الكبرى لمنع
ان كل حق يورث ان سلم ان القبول حق فان القبول لا يورث في سائر العقود اجماعا كما لو باع او وهب فمات المشتري او الموهوب له فقبل الوارث
وان كان على الفور فانه لا يعتد به قطعا فكذا هنا مع انا نمنع من كون القبول حقا للوارث مط وانما كان حقا للمورث على تقدير مباشرته ويرشد اليه
ان الاغراض في الوصية تختلف باختلاف الاشخاص فقد يكون للموصي غرض في تخصيص الميت دون وارثه وهذا بخلاف حق الخيار والشفعة ونحوهما
فان ذلك من الحقوق الثابتة المستقرة للمورث شرعا بحيث لا قدرة لمن عليه الحق على اسقاطه بنفسه ويترتب عليه غرض مالي فيورث عنه بخلاف قبول
الوصية فانه لا يشتمل على شيء من هذه الخواص ومن ثم ذهب جماعة الى بطلان الوصية بموت الموصى له قبل القبول سواء مات في حيوة الموصي ام بعد
موته بناء على ان الوصية عقد يفتقر الى ايجاب وقبول من الموصى له فيبطل بموته كما بيناه واستندوا مع ذلك الى صحيحة ابي بصير ومحمد بن مسلم عن ابي
عبد الله ع قال سئل عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال ليس بشيء وفي معناها موثقة منصور بن حازم عنه ع قال سألته عن رجل اوصى لرجل
بوصية ان حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصي قال ليس بشيء وفصل بعض الاصحاب فخص البطلان بما اذا مات الموصى له قبل الموصي عملا بمدلول
هاتين الروايتين فلو مات بعده لم يبطل للاصل وعدم المعارض وتبقى الرواية السابقة شاهدة وان لم تكن مستندة حيث لم تسلم سندا والحق
ان هاتين الروايتين لا صراحة فيهما على المطلوب لانهما كما يحتملان ان الوصية لا شيء يعتد به بمعنى بطلانها تحتملان ارادة ان الموت ليس بشيء يقتضي
الرجوع في الوصية بل ربما كان الثاني انسب باسلوب الكلام وتذكير الضمير المستتر في الفعل وبه يندفع التنافي بين الروايات فيكون اولى ويمكن ترجيح التفصيل
الاخير بناء على ما تقدم من كون القبول على تقدير تأخره عن الموت كاشفا عن سبق ملك الموصى له من حين الموت وقد كان الموصى له ح حيا قابلا للملك
ولا يقدح فيه كون القابل غيره لانه كالنائب عنه من حيث هو الوارث عنه نعم لو قيل بان الوارث مع قبوله ينتقل الملك اليه ولا يدخل في ملك الميت
كما اختاره العلامة اشكل هذا القول من حيث ان الموصى له بعد موت الموصي لم يكن مالكا ولا صالحا للملك بسبب موته قبل القبول والوارث قبل
موت مورثه ليس بقابل ايضا لملك الموصى به لانه ليس بموصى له ولا انتقل اليه الحق بعد وكشف القبول عن ملكه من حين الموت غير موجه بل غايته
ما يقبل جعله كاشفا عن ملكه من حين موت مورثه وهو امر اخر غير الكشف والنقل الا ان الاشكال انما يأتي على القول بانه لا يدخل في ملك الميت
مما اختاره بعضهم وهو لا يتم ولعل انه على القول بالكشف ينتقل الى ملك الميت وسيأتي تحقيقه قوله لو اوصى بجارية الى قوله وقبل القسمة

فرع على المسئلة السابقة المتضمنة لكون القبول موروثا فاذا فرض كون الموصى به جارية وحملها والحال ان الحمل ولد الموصى له بتزويج او غيره ففرض المص كون الموصى له زوجا غير لازم وبفرض كون الحمل في المولى لجارية بالاشتراط على القول بصحته وح فاذا مات الموصى له قبل القبول وقلنا بانتقال حقه الى وارثه فقبل الوصية بهما ملك الجارية والولد ولا ينعتق الولد لان اباه لم يملكه وانما انتقل ملكه ابتداء الى الوارث كما اشرنا اليه سابقا نعم لو كان ممن ينعتق على الوارث كما لو كان الوارث ابنا للحمل انعتق عليه ولو فرض كون الوارث متعددا او بعضه ممن ينعتق عليه كما لو كان ابنا وبنتا عتق منه بحساب ما يرث منه من ينعتق عليه فينعتق في الاول ثلثاه وهذا كله مبني على ان قبول الوارث يوجب انتقال الموصى به اليه ابتداء من غير توسط المورث مط كما اشرنا اليه في الاصل المبني عليه ويشكل على القول بكون القبول كاشفا فانه يقتضي ملكه من حين الموت ولو فرض كون موت الموصى له بعده لزم من الكشف ظهور انتقاله الى مالك المورث لان الوارث من حين الموت لم يكن وارثا فلا يتصور ملكه للموصى له والقول باختصاص حكم الكشف بما يمكن منه بالنسبة الى الوارث وهو الحكم بملكه من حين موت مورثه الى حين قبوله نظرا الى الجمع بين الحكمين المتنافيين بحسب الامكان لا يطابق الدليل الدال على القول بالكشف وقد عرفته سابقا لان الحاصل الموجب لانحصار الملك بعد بعد موت الموصى له في الميت او الوارث او الموصى له مع اثبات بطلان ملك الاولين فلو لم يحكم بملك الموصى له بعد الموت ولا بملك وارثه عاد المحذور الثاني واحتيج الى اثبات مالك للملك ومعه لا ضرورة الى القول بملك القابل قبل قبوله مع كون القبول جزء السبب المملك والتحقيق في هذه المسئلة القول بملك الموصى له في هذا الفرض وان كان غير قابل لقيام قبول الوارث مقام قبوله لانه خليفته ونائب عنه فكانه بالوصية اليه قد صار له ملك ان يملك ولو بغير اختياره على تقدير قبول مورثه وهذا غير ضائر لان قبول الوصية ليس بشرط في التملك مط بل قد يصير الموصى له مالكا بدون القبول في بعض الموارد كما قد عرفته فيصير هنا مالكا بقبول خليفته اولى وح فلا بد من تحرير محل النزاع فان قول المص فمات قبل القبول شامل لما لو مات في حيوة الموصى وبعده و حكم بعده بعدم العتق على الموصى له مطلقا ايض وهو لا يتم مط بل يتحصل مما حققناه ان موت الموصى له ان كان في حيوة الموصى فعدم انتقال الملك اليه مط جيد في موضعه لان الملك مشروط بوفاة الموصى فاذا فرض قبول الوارث ملك بالموت سواء كان قبوله في حيوة الموصى اذا اعتبرناه ام بعد وفاته وح فينتقل الملك الى الوارث ابتداء على التقديرين بغير اشكال ولا عتق هنا على الوارث الا ان يكون ممن ينعتق عليه بخصوصه وعلى هذا التقدير ينزل اطلاق المص من الحكم وان كان موت الموصى له بعد موت الموصى وقبل القبول فقبل الوارث بني الحكم بالعتق على القول بانتقال الملك متى هو فان قلنا بانتقاله بالقبول لا على معنى الكشف كما هو مختار العلامة وظ فتوى المص فالحكم كذلك لانه لم ينتقل الى ملك الميت ايض كالسابق وان قلنا ان القبول يكشف عن سبق الملك من حين الموت فالوجه الحكم بانعتاقه على الموصى له الميت للحكم بملكه له قبل موته وان لم ينتقل كما بيناه مع احتمال العدم واختصاص الكشف بما بعد وفاة الموصى لو قد عرفت ما فيه هذا ما يتعلق بالعتق واما الارث بالنسبة الى هذا الولد فنقول وان حكمنا بعدم عتقه على ابيه كما اطلقه المص لم يرث منه لانه رق الا ان يكون ممن ينعتق على الوارث فيمكن فرض ارثه بان ينعتق قبل القسمة حيث يكون الوارث متعددا وان قلنا بعتقه على ابيه على تقدير تأخر موته عن الموصى بناء على الكشف ورث ايض في الجملة وتحرير البحث فيه يتم بامرين احدهما اثبات اصل الارث ووجهه واضح لان ثبوته معلوم وانما المانع من ارثه الرق وقد زال بقبول الوارث حيث يعتق عليه او على الميت لانه الفرض وقد خالف في ذلك الشيخ فمنع من ارثه مط لانه موقوف على كونه وارثا اعتبر قبوله في الارث وانما قبوله موقوف على كونه وارثا فيدور واجيب بان المعتبر قبول الوارث في الحال لا في المال وقد حصل بقبول من كان وارثا ح والثاني ما يرث منه فنقول ان كان الوارث متحدا لم يرث هذا الولد مط لاختصاص الوارث بالتركة قبل عتقه وان كان متعددا فلا يخ اما ان يكون موت ابيه الموصى له قبل موت الموصى او بعده ففي الاول لا يرث من تركته مط لانها لم تدخل في ملك ابيه فلم تكن من التركة كما لم يدخل هو فيها واما ما تركه ابوه فان كان وقع القبول قبل قسمة الورثة شارك او اختص وفي الثاني يبني على الكشف بالقبول والانتقال فعلى الثاني لا يرث من اسبابه ايض لانها لا تدخل في ملك ابيه وعلى الكشف يرث منها لانها صارت من جملة التركة والحال انها لم تقسم حين الحكم بحريته لان ذلك حين القبول وان كانت بقية التركة قد قسمت ويبقى ارثه من باقي التركة على القسمة وعدمها وما قررناه يعلم ان قول المص ويكون نواجا عة فيرث بعتقه قبل القسمة وقد يكون بعدها ثم يأتي مط بالنسبة الى امه كما بيناه ولعل المص اراد اثبات مطلق الارث كما يرشد اليه اطلاق التعليل قوله ولا يصح الوصية في معصية اه قد تقدم البحث في ذلك في الوقف وفي الفرق بين الوصية للكافر والكنيسة والبيعة فلينظر ثم ومقتضى اطلاق العبارة عدم الفرق بين كون الموصي مسلما وكافرا والامر في المسلم واضح لانه معصية في اعتقاده وفي نفس الامر واما الكافر المعتقد لكونه طاعة فوجهه تحقق المعصية في الواقع فيحكم بالبطلان بالنسبة اليه ايض لفقد شرط الصحة وقد تقدم في الوقف انه لك منه صحيح ويمكن الجمع بين الحكمين بمعنى اقراره عليه لو ترافعوا الينا اجراء لهم على احكامهم وهو معنى الصحة ظاهرا وان كان باطلا في نفسه وفي تقييده بتسمية الكتاب الان توريته والانجيل تنبيه على انهما محرفان فليساهما الكتابين المنزلين من الله والمراد ان المجموع من حيث هو مجموع كك لا الجميع لان بعضه او اكثره باق على اصله قطعا والمراد بمساعدة الظالم على ما هو ظلم ومن حيث هو ظالم فلو اوصى بمساعدة شخص ظالم لا من حيث الوصف صح قوله والوصية عقد جائز من طرف آه لا خلاف في جواز رجوع الموصي في وصيته ما دام حيا لانه ما لم يحصل والناس مسلطون على اموالهم وانما يتحقق كون الوصية عقدا يقبل الفسخ على تقدير قبول الموصى له في حيوة الموصي فلو تأخر قبوله لم يتحقق العقد مع بقاء الحكم وهو جواز رجوع الموصي فيه ويمكن ان يوجه حكمه بجوازه مع تمامه بالقبول بتقضي جوازه قبله بطريق اولى فيه اخلال وعلى كل حال فعقد الوصية من العقود المترددة بين الجواز واللزوم بمعنى جوازه في حال ولزومه في آخر وهو ما بعد الوفاة والقبول اما مع القبض او بدونه على الخلاف وح فاطلاق بعض الاصحاب كونه من العقود اللازمة مع مخالفته صريحا لما ذكره المص هنا وغيره لا يستقيم مع ان احكام الجائز جارية عليه مط لجواز تراخي القبول وكونه فعليا وعدم اعتباره باللفظ العربي ونحو ذلك قوله ويتحقق الرجوع بالتصريح آه اعلم ان الرجوع في الوصية ونحوها من العقود الجائزة قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل والقول اما صريحا او استلزاما او باعتبار اشعاره بارادة الرجوع فهذه اقسام اربعة

اشار

اشار المص الى جملتها فالاول القول الصريح كقوله رجعت في الوصية الفلانية او نقضتها او ابطلتها او ما ادى معناه وقوله هذا لوارثي او ميراث لان يكون على الاولى لان المراد به من جملة التركة والثاني بمعنى المنزل منزلتها لانه يستلزم نقل الملك الى المشتري فيمتنع معه بقاء الوصية وعتق المملوك وكتابته لاقتضائهما قطع السلطنة التي من جملتها الوصية والهبة مع الاقباض لانتقال الملك بها اما بدونه فلا اقباض فهي من القسم الثالث وهو فعل ما يدل على ارادة الرجوع وان لم يكن صريحا ويتحقق بفعل مقدمات الامور التي لو تحققت لنافت الوصية كالعرض على البيع مريدا له فانه قرينة دالة على ارادة الرجوع عن الوصية ومثله العزم على الهبة فضلا عن الشروع فيها قبل تمامها وما يوجب ازالة ما في معناه العزم على العقد الموجب لنقل الملك او المنع من التصرف كالتزويج والصلح والرهن ولو دلت القرينة في هذه المواضع على عدم ارادة الرجوع بذلك بل كان الغرض امرا اخر عول عليها الضعف هذا القسم حيث كان مناط القرينة ويشكل الحال لو اشكل القرينة ولعل ترجيح الرجوع اولى عملا بظاهر حال العاقل وقول المص او هبة واقبضه قد يوهم انه مع عدم الاقباض لا يكون رجوعا وهو محتمل نظرا الى بقائه على ملكه الا ان الظ خلافه وان تقييده بقبضه يصيره من امثلة القسم الثاني وقد نبه في القسم الثالث على مثال واحد وهو الوصية ببيعه فان الوصية كما عرفت عقد جائز يجوز نقضها وكانت في معنى التوكيل في بيعه او هبته وهو ابلغ من الهبة بالفعل قبل القبض الان ذكر الهبة المقبوضة بعد الوصية ببيعه يشوش الامثلة ويضطرب بسببها ترتيب الاقسام وقد ذكر ايض من امثلة الرجوع رهنه من غير ان يشترط قبضه مع ان مذهبه عدم لزوم الرهن بدون القبض فالجمع بينه وبين التمثيل بالهبة المقبوضة لا يخ من تشويش وان كان الحكم في نفسه صحيحا الرابع الفعل المبطل للاسم الذي هو متعلق الوصية كما لو اوصى له بحنطة معينة فطحنها او بدقيق فعجنه او بعجين فخبزه او بقطن فغزله او بغزل فنسجه او بدار فهدمها بحيث خرجت به عن اسمها او بزيت فخلطه بغير جنسه بحيث لا يتميز ووجه البطلان في جميع ذلك ان متعلق الوصية هو المسمى الخاص وقد زال مضافا الى اشعار هذه الافعال بالرجوع ولو خلط الزيت بمماثله جنسا فان كان الغير اجود فظاهرهم القطع بكونه رجوعا لاشتمال حصته على زيادة ولم يحصل منه الرضا ببذلها مع عدم امكان فصلها وان خلطه بمساو او اردى فمفهوم كلام المص انه لا يكون رجوعا لبقاء المال وعدم اشتماله على وصف مانع وهو ظاهر مع المساواة ومع الاردى يكون الفعل الناقص من الوصف بمنزلة اتلاف الموصى له فيبقى الباقي على الاصل واطلق جماعة كون الخلط موجبا للرجوع وهو حسن مع انضمام قرينة تدل عليه وهذا كله مع عدم دلالة القرينة على عدم ارادة الرجوع بهذه الافعال كما اذا فعل ذلك لمصلحة العين كدفع الدود عن الحنطة بطحنها وخبز العجين حذرا من فساده وخلطه كذلك ونحو ذلك فان مرجع هذه الامور الى القرائن المقترنة بها نفيا واثباتا ولو كان الفعل من غير الموصي بغير اذنه لم يقدح لانتفاء المقتضي واعلم ان الحكم مخصوص بالمعين كما اشرنا اليه بان اوصى بهذه الحنطة او بهذا الزيت او بما في البيت منه فان تغييره دليل على صرفه عن جهة الوصية اما المطلق كاعطوه صاعا من حنطة فطحن ما عنده منها لم يكن رجوعا لعدم اختصاص الموصى به بما عنده حتى لو لم يوجد في تركته لوجب تحصيله من خارج فلا يضر تغيير ما عنده والمص قد اشار الى الفرق في عبارته حيث خص موضع البطلان بالمعينة حيث اعاد الضمير الى الموصى به في قوله كما اذا اوصى بطعام فطحنه الخ فانه لو كان مطلقا لم يتصور الحكم بكون المطحون هو الطعام الموصى به وكذا غيره ولا انه يكون ماهية كلية والافراد الخاصة غيرها وان امكن تشخيصه بها وهذا التفصيل واضح وقد نبه عليه جماعة منهم العلامة في عدة كتب وفي كره عكس الحكم فقال بعد ان حكم بكون التغيير المذكور رجوعا اما لو اشار الى حنطة او دقيق فقال اوصيت بما في البيت ففي بطلان الوصية بالطحن والعجن اشكال اقربه العدم اذ الاسم تعلقت به الوصية هنا ومقتضى الاستدراك تخصيص الحكم بالرجوع بغير المعين وليس بجيد بل سديد كما لا يخفى ولا عذر له اذا تعلقت بعين مخصوصة لم تبطل الا بتلفها او بحصول القرينة الدالة على الرجوع كطحن الحنطة لياكلها لا بدونها وصيرورة الحنطة دقيقا لا يعد تلفا عرفا فلا تبطل الوصية بمجرده نعم ذلك الموضع النزاع ومستلزم لعدم البطلان بهذه الافعال في المطلق بطريق اولى ولا يقول به احد في القسمين مقابل هم بين مطلق لكون ذلك رجوعا وبين مخصص له بالمعين وفي كره ما يدل على العكس فيه قوله اما لو اوصى بخبز فدقه فتيتا لم يكن رجوعا لان هذا الفعل لا يدل على الرجوع الا بالقرينة مضافا الى ان ساير بقاء اجزائها وعلى ابقاء اسم الخبز وفيه نظر نعم لو استفيد من القرائن ارادته الرجوع به عمل بها وفي عد استشكل في ذلك والحق به جعل القطن محشوا في فراش وتجفيف الرطب تمرا وتقديد اللحم ووجه الاشكال ما ذكرناه ومن دعوى ان ظاهر هذه الافعال يؤذن بارادة الاستبداد بها والوجه في الجميع ما قلناه من عدم افادة الرجوع الا مع القرينة كل ذلك مع التعيين كما يستفاد من ضمير فدقه اما مع الاطلاق فلا بل يجب تحصيل غيره ولو من عين التركة قوله في الموصي ويعتبر فيه كمال العقل والحرية الى قوله والرواية شاذة تفريع عدم صحة وصية الصبي على اعتبار كمال العقل مبني على الغالب من ان العقل لا يكمل بدون البلوغ او ان في معناه من ان المذكوره هنا والا فيمكن بكثرة خلافه اذ العقل المعتبر في التصرفات يحصل بدونه غالبا ولهذا يعبرون كثيرا باعتبار البلوغ والعقل ليفرعوا عليه حكم الصبي والمجنون والامر سهل اذا تقرر ذلك فقد اختلف الاصحاب في صحة وصية الصبي الذي لم يبلغ باحد الامور الثلاثة المعتبرة في التكليف بسبب اختلاف الروايات في ذلك فذهب الاكثر من المتقدمين والمتأخرين الى جواز وصية من بلغ عشرا مميزا في المعروف وبه اخبار كثيرة منها صحيحة عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله ع قال اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته وصحيحة ابي بصير عنه ع قال اذا بلغ الغلام عشر سنين فاوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته وغيرهما من الاخبار المتظافرة واضاف الشيخ الى الوصية الصدقة والهبة والوقف والعتق لرواية زرارة عن الباقر ع وقد تقدمت وفي قول المص لاقاربه وغيرهم اشارة الى خلاف ما روي في بعض الاخبار من الفرق كصحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله ع قال ان الغلام اذا حضره الموت فاوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الارحام ولم تجز للغرباء ورواها ابن بابويه في الفقيه وهو يقتضي عمله بها كما اشار اليه في اول كتابه في سن الوصية ببلوغ الثمان ابن الجنيد واكتفى في الانثى بسبع سنين استنادا الى رواية الحسن بن راشد عن العسكري ع قال اذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز امره

٢٩٢ امره في ماله وقد وجب عليه الفرايض والحدود واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك وهذه الرواية مع ضعف سندها شاذة مخالفة لاجماع المسلمين من اثبات باقي
الاحكام غير الوصية ولكن ابن الجنيد اقتصر فيها على الوصية ومثل هذه الروايات لا يصلح لاثبات الحكم خصوصا المخالفة للنصوص الصحيحة بل اجماع المسلمين
وابن ادريس سد الباب واشترط في جواز الوصية البلوغ كغيرها وتبعه الشهيد في الدروس الى التفرد بذلك ولا ريب ان قوله هو الانسب لان هذه الروايات التي
دلت على الحكم وان كان بعضها صحيحا الا انها مختلفة بحيث لا يمكن الجمع بينها فاثبات الحكم المخالف للاصل بها مشكل قوله ولو جرح الموصي نفسه بما فيه
هلاكها ثم اوصى لم يقبل وصيته هذا مشهور بين الاصحاب ومستنده صحيحة ابي ولاد قال سمعت ابا عبد الله ع يقول من قتل نفسه متعمدا فهو في نار جهنم خالدا
فيها قلت له ارايت ان كان اوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته قال فقال ان كان اوصى قبل ان يحدث حدثا في نفسه من جراحة او فعل لعله يموت
لم يجز وصيته والرواية مع صحتها نص في الباب وعلل مع ذلك بدلالة الفعل على سفهه وبعدم استقرار حيوته فيكون في حكم الميت وبانه قاتل فيمنع من
الميراث لغيره فيمنع من نفسه لان قبول وصيته نوع ارث لنفسه والكل ضعيف اما السفه فلان الفرض انتفاؤه وثبوت رشده ان شرطنا انتفائه في غيره
ومن الجائز ان يفعل بنفسه ذلك لعارض ثم يرجع اليه رشده لو فرض زواله واما عدم استقرار الحيوة فليس بشرط والاصل يقتضي نفوذ تصرف
الحي العاقل الجامع لباقي الشرايط مطلقا والنصوص الدالة على نفوذ وصية المريض مطلقا ولذلك والقياس على عدم حل المذبوح لكونه بمنزلة الميت فاسد
لو سلم الاصل وسيأتي البحث فيه في بابه ومن ثم وجبت الدية على قاتله في هذه الحالة وحل اللحم حكم اخر واما حديث منع القاتل من الميراث وجعل الوصية
كالميراث فواضح الفساد فلم يبق الا العمل بالنص الصحيح ان اقتضى اصل المذهب او رد ما احد الوجوه المقتضية لكونه احادا او مخالفا للاصول كما اختاره ابن ادريس
محتجا على الصحة بانه حي عاقل مكلف بالنهي عن تبديل الوصية بعد سماعها بالقرآن الذي هو حجة المتناول بعمومه لمحل النزاع او يمنع تخصيص القرآن بخبر
الواحد ولكلام ابن ادريس وجه وجيه وان كان الوقوف مع المشهور والعمل بالنص الصحيح اقوى قوله ولو اوصى ثم قتل نفسه قبلت هذا الحكم لا اشكال
لوقوع الوصية حال انتفاء منشأ الشرائط المعتبرة فيها وفي صحيحة ابي ولاد السابقة ما يدل عليه ايضا وتوهم ان الفعل الواقع عقيبه دال على عدم ملكة الرشد
مردود بجواز تجدده لو سلمت دلالته عليه وفي حكمه ما لو اوصى ثم جرح وقتاسفيها ان منعنا من وصية السفيه ولان حال المريض يؤدي الى ذلك فما في معناه
قوله ولا يصح الوصية بالولاية على الاطفال الا من الاب والجد للاب خاصة لما كانت الولاية على الغير من الاحكام المخالفة للاصل اذ الاصل عدم جواز تصرف
الانسان في مال غيره بغير اذنه او ما في معناه وجب الاقتصار في نصب الولي على الاطفال على محل النص او الوفاق وهو نصب الاب والجد له فلا يجوز للحاكم وان
كان وليا عليهم ان ينصب بعده عليهم لان ولايته مقصورة عليه حيا واذا مات ارتفع حكمه وان جاز له ان يوكل حيا عليهم لان له الولاية ويشمل الاطلاق المنع من
تولية غيرهما الوصي من احدهما فليس له ان يوصي عليهم بالولاية مع عدم نصهما على ذلك على اصح القولين وسيأتي الكلام فيه امام النص فولاية الوصي في معنى
تولية احدهما الصادرة عن اذنه كما جازت ولاية الصبي ابتداء عنهما قوله ولا ولاية للام ولا يصح منها الوصية عليهم هذا الحكم داخل في السابق الدال على
عدم صحة الوصية عليهم لغير الاب والجد له وانما خص الام بالذكر بعد دخولها لاثبات ابن الجنيد له الولاية لها مع رشدها بعد الاب وهو شاذ قوله ولو اوصت
لهم بمال الى قوله على الاولاد هذا الحكم واضح بعد ما سلف من عدم ولايتها عليهم ونبه بتخصيصه على ان تبعض وصيتها اذا اشتملت على امور بعضها سايغ
وبعضها ممنوع غير مانع من نفوذ المشروع منها واضح فيصح وصيتها لهم بالمال ولا يصح ايصاؤها بل يبقى حكم المال الموصى به كساير اموالهم يرجع فيه الى وليهم الخاص
والعام ويحتمل صحة الوصية هنا في ثلث المال لان لها اخراجه عنهم راسا فيجوز اثبات الولاية عليه للغير بطريق اولى وقد ذهب الى هذا الاحتمال الشيخ في ط
اذا كان الناصب الاب مع وجود الجد والمحقق والعلامة وغيرهم ويضعف بمنع الملازمة والاولوية فان ازالة الملك يقتضي ابطال حق الوارث اصلا وبقاؤه في
ملك الوارث يقتضي كون الولاية عليه لوليه الشرعي قوله ويعتبر فيها الملك اه المراد هنا صلاحية الملك للموصي والموصى له كما ارشد اليه الامثلة
فان المذكورات لا تقبل الملك بالنسبة الى المسلم اوهما بناء على اعتبار الواقع في نفس الامر وان جاز اقرار الكافر على وصيته بشيء من ذلك لمثله لان
ذلك اعم من الصحة كما اشرنا اليه سابقا ولا بد من تقييد الخمر بغير المحترمة فانها مملوكة تقبل النقل بالوصية وغيرها واحترز بكلب الهراش عن الكلاب الاربع
والجرو القابل للتعليم فيصح الوصية بها لكونها مملوكة لها قيمة ومنفعة ويجوز ان يريد بالملك ما هو اعم مما ذكرنا وهو الملك بالفعل ليستفاد منه
عدم جواز الوصية بمال الغير وهو جيد وان لم يشر اليه في الامثلة والمراد بالانتفاع به نفعا معتدا به في نظر العقلاء بحيث يكون متمولا فلا يصح الوصية
بمثل حبة الحنطة وقشر الجوزة كما لا يصح نقله بغير الوصية وانما احتيج الى تقييد الملك بما ذكرنا لان الحق كونها مملوكة في الجملة حتى لا يصح غصبها من
المالك ولو لم يجز المعاوضة عليها لعدم التمول قوله وينفذ كل منها بعد تلث التركة اه هذا هو المشهور بين الاصحاب وربما كان اجماعا والا
الصحيحة منظافرة وقد ذكرنا بعضها فيما سلف في مقام اخر وذهب علي بن بابويه الى نفوذ الوصية مطلقا من الاصل محتجا برواية عمار الساباطي عن
ابي عبد الله ع قال الرجل احق بماله ما دام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز وضعف الرواية مع معارضتها للنصوص الصحيحة وفتوى الاصحاب
وغيرهم يرد هذا القول مع انها لا تدل على المط فانا نقول بموجبها وان للانسان ان يوصي بجميع المال ما دام حيا وهو لا ينافي توقف نفوذها
بعد موته على اجازة الوارث وهذا اولى من حمل الشيخ لها على من لا وارث له لانا نمنع من الحكم فيه ايضا لان وارثه الامام داخل في عموم ما دل على توقف الزائد
على اجازته قوله ولو كانوا جماعة اه لما كانت الوصية مما يقبل التبعيض لكونها تبرعا محضا وكان الزائد عن الثلث منها موقوفا على اجازة الوارث
جاز له اجازة البعض كما يجوز له اجازة الجميع لان ذلك حقه فله التبرع بجملته وبعضه وكما يجوز ذلك لبعض الورثة دون بعض ويلزم كل واحد
حكمه كذلك يجوز اجازة البعض من الجميع كالنصف والثلث وينعقد بالقدر المجاز دون ما عداه فلو فرض كون الوارث ابنا وبنتا واوصى بنصف
ماله فان اجازا معا فالمسئلة من ستة لان لهما نصف التركة اثلاثا وللموصى له نصفها وان ردا معا فالمسئلة من تسعة لان لهما ثلثي التركة اثلاثا فاصلها

٢٩٣ ثلثة ثم ينكسر عليها في مخرج الثلث ولا وفق وان اجازا احدهما ضربت وفق احدى المسئلتين وهو الثلث في الاخرى فيبلغ ثمانية عشر للموصى له الثلث بغير اجازة
ستة ولهما اثنا عشر اثلاثا فمن اجاز منهما دفع من نصيبه ما حصل اليه من السدس الزائد وهو سهم من البنت وسهمان من الابن اذ لو اجاز الابن لكان له ستة
من الثمانية عشر ومعه من الاثني عشر ثمانية فيدفع الى الموصى له سهمين ولو اجازت البنت لكان لها ثلثة من الثمانية عشر ومعها اربعة فتدفع سهما فيكمل
للموصى له على تقدير اجازتهما تسعة هي النصف وعلى تقدير اجازة الابن خاصة ثمانية وعلى تقدير اجازتها خاصة سبعة وقس عليه ما يرد عليك من نظائره قوله
واجازة الوارث يعتبر بعد الوفاة اه اكثر الاصحاب على ان اجازة الوارث مؤثرة متى وقعت بعد الوصية سواء كان ذلك في حيوة الموصي ام بعد وفاته وقال
المفيد وابن ادريس لا يصح الاجازة الا بعد وفاته لعدم استحقاق الوارث المال قبله فيلغو كرده ويدل على الاول صحيحة منصور بن حازم وحسنة محمد بن مسلم
عن ابي عبد الله ع في رجل اوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل يجوز لهم ذلك قال ليس لهم ذلك والوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حيوته وغيرهما من الاخبار
ويؤيده عموم الادلة الدالة على وجوب امضاء الوصية وكون الارث بعدها خرج منه ما اذا لم يجز الوارث مط فيبقى الباقي ولان المنع من نفوذ الزائد عن الثلث
انما هو لحق الورثة فهو متحقق في حال الحيوة فاذا اجازوا فقد اسقطوا حقهم ولان المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي او الديني لانه ان برأ كان المال له وان
مات كان للورثة فان كان للموصي فقد اوصى به وان كان للورثة فقد اجازوه وبهذا يظهر الجواب عن حجة المانع والاستبعاد على النص الصحيح بالباقي شاهد
ومؤيد فلا فرق في ذلك بين كون الوصية والاجازة حال صحة الموصي ومرضه المتصل بالموت وغيره لاشتراك الجميع في المقتضي والفرق بين اجازة الوارث حال الحيوة
ورده حيث لم يؤثر الثاني دون الاول ان الوصية مستمرة ببقاء الموصي عليها فيكون استدامتها كابتدائها بعد الرد فلا يؤثر بخلاف الرد بعد الموت
لانقطاعها وبخلاف الاجازة حال الحيوة لانها حق الوارث وقد اسقطه فلا حجة له في ... اراد دوام الوصية بوكدها واعلم ان اذن الوارث للموصي في الوصية
بما زاد على الثلث في معنى الاجازة فان قلنا ان الاجازة حال حيوته يلزمهم فكذا مع اذنهم له في الوصية بالزائد وان قلنا لا يلزم فكذا مع الاذن قوله واذا
وقعت بعد الوفاة كان ذلك اجازة لفعل الموصي وليس ابتداء هبة فلا يفتقر صحتها الى القبض لا ريب في توقف ما زاد من الوصية عن الثلث على اجازة
الورثة فان اجازوا في حال الحيوة حيث يعتبر كان تنفيذا لا ابتداء عطية بغير اشكال لان الوارث لم يملك فلا يأتي فيه الاحتمال وان وقعت الاجازة
بعد الوفاة ففي كونها تنفيذا لما فعله الموصي او ابتداء عطية من الوارث وجهان من انتقال الحق اليهم بالموت وزوال ملك الموصي وان تعلق الموصي في
الزائد على الثلث منهي عنه والنهي يقتضي الفساد لان الزيادة حق للورثة فيلغو تصرف الموصي فيها ويكون العطية من الوارث ومن ان الملك باق على
ملك المريض لم يخرج عنه بمرضه فيصح تصرفه فيه لمصادفته الملك وحق الوارث انما يثبت في ثاني الحال فاشبه بيع الشقص المشفوع وارث الخيار حيث يترتب
عليه اجازة البيع فانه لا يكون ابتداء بيع بل تنفيذ لما فعل سابقا وايضا فان الوارث ليس بمالك وثبوت حق الاجازة له لا يقتضي الملك لان الحق المتعلق
منه بتصرف الموصي في ملكه واجازة الوارث في معنى اسقاط حقه ولانه لو برأ من مرضه نفذت تصرفاته المنجزة مع كونها كانت موقوفة على اجازة الوارث
كالوصية على ما ياتي ولو يفتقر الى الاستيناف فدل على اعتبار ما وقع من الموصي لا على فساده وبهذا يرجح كونها تنفيذا كما ذكره المص وهو مذهب الاصحاب
لا يتحقق فيه خلاف بينهم وانما يذكرا الاخر وجها او احتمالا وانما هو قول العامة والمرجح عندهم ما اخترناه ايضا ويجاب عما ذكروه في توجيه ذلك الوجه بالمنع
من كون المتعلق بالوصية منهيا عنه وكون النهي في مثل ذلك يقتضي الفساد ولو سلم فانما يقتضيه لو لم يجز الوارث ويمنع من كون الزيادة حقا للورثة
بل هي ملك الموصي غايته ان حقهم قد تعلق بها ومع الاجازة سقط كاجازة المرتهن تصرف الراهن اذا تقرر ذلك فيتفرع على ذلك احكام كثيرة ذكر
المص منها حكما واحدا وهو انه على تقدير كونه تنفيذا لفعل الموصي لا عطية لا يفتقر صحتها الى قبض من الموصى له ولو جعلناها عطية افتقرت الى قبض كما يفتقر العطية
المبتداة ومنها انه لا يفتقر الى تجديد هبة بل يكفي اجزت وانفذت وامضيت وما افاد هذا المعنى وعلى العطية يفتقر الى لفظ يدل عليها وان لم يكن بلفظ الاجازة
وما في معناها ومنها انه لا يفتقر الى قبول الموصى له بعد الاجازة لو كان قد تقدم قبوله للوصية قبلها وعلى العطية يفتقر الى القبول بعد الاجازة بغير فصل معتد
به كغيرها من العطايا ومنها انه ليس للمجيز الرجوع وان لم يحصل القبض من الموصى له حيث لم يعتبر القبض في لزوم الوصية ولو جعلناها عطية فله الرجوع فيها
ما لم يحصل القبض المعتبر في العطية ومنها ما لو اجاز الوصية وهو لا يعلم بالقدر الزائد على الثلث ولا بقدر التركة صحت الاجازة بناء على التنفيذ وعلى العطية
المبتداة يشترط مع احتمال عدمه بناء على جواز هبة المجهول وفي كره قطع بعدم الاشتراط ونسبه الى علمائنا موذنا باتفاقهم عليه ومنها ما لو اعتق مملوكا لا مال
له سواه او وصى بعتقه واجاز الورثة فالولاء للموصي لانه المعتق على المختار فيكون لعصبته على القول بكون الوارث للولاء هو العصبة وعلى الوجه الاخر يكون
ثلث الولاء لعصبة الموصي وثلثاه لعصبة الوارث لانهم باشروا الاعتاق ويحتمل تفريعا على هذا الوجه ان يكون الولاء للموصي ايضا لان اجازة الوارث على
تقدير كونها ابتداء عطية كاعتاق عن الميت باذنه لا عن نفسه وذلك يقتضي ثبوت الولاء للاذن وفرع بعضهم على الثاني انه لا بد من الاتيان في اجازة العتق المبتداة
بلفظه ليطابق كونه ابتداء عتق ومنها لو كان الوارث المجيز مريضا لم يتوقف صحة اجازته على خروج الموصى به من الثلث على التنفيذ وعلى العطية يتوقف كا
والعلامة جمع بين القولين بالتنفيذ واعتبار اجازة المريض من الثلث وظاهرها التنافي ومنها لو كانت الوصية لاحد الوارثين ولا رحم بينهما ولا زوجية
فاجازه الوصية فان جعلناها تنفيذا فلا رجوع له فيها وان جعلناها ابتداء عطية فله الرجوع لانها عندهم بمنزلة الهبة ويتفرع ايضا النماء والنفقة
والفطرة وغير ذلك قوله ويجب العمل بما رسمه الموصي اذا لم يكن منافيا للمشروع هذا الحكم واضح لامر الله تع بالعمل بمقتضى الوصية وترتيب الاثم على
تبديلها ولا ريب ان ذلك مقيد بما لا يخالف المشروع والا لم ينفذ ومن الرسم الذي لا يخالف المشروع تخصيص الاناث من الصنف او الذكور او
تفضيل احد الصنفين على الاخر او تخصيص العاجز او الصالح او العالم او غير ذلك من الاوصاف المطلوبة للعقلاء المطابقة للشرع قوله ويعتبر الثلث
وقت الوفاة لا وقت الوصاية اه انما اعتبر الثلث عند الوفاة لانه وقت تعلق الوصية بالمال واستقرار الملك للوارث والموصى له وهو يتم على

٢٩٤ اطلاقه مع كون الموصي به قد لا يساوي شيئا كحبة او شاة درهم مثلا او بجزء من التركة مع كونه حال الموت اقل من زمان الوصية او مساويا لان يبرعه بالحصة المحضور

زاندة يقتضي رضاه بها نقصه بطريق اولى اما لو انعكس اشكل اعتبار وقت الوفاة للشك في قصد الزيادة فيها دلت القراين على عدم ارادته على نقصه

زيادة كثيرة حيث لا يكون الزيادة متوقعة له غالبا ووجه اطلاق المصنف ومن اعتبار حال الوفاة الشامل لذلك لنظره الى اطلاق اللفظ الشامل لذلك ولو

يتفق زيادة التركة بعد الوفاة ونقصانها بالدية على عدم العمد وقلت بعض التركة قبل قبض الوارث فيه كما لو قبل اطلاق اعتبار حال الموت لانقصا الا

المقصان الوصية عما جنيه الموصي ونفوذها على الوارث في الزائد عن الثلث بغير اختياره في الثاني وينبغي اعتبار الاول الى حين القبض في الثاني والاكثر

في الاول قوله ولو اوصى ثم قتله قال اه بناء على اعتبار المال حين الوفاة وهذا ما حصل حال الوفاة وهذا ما يحصل حال الوفاة معتبرا بها وهو ظ

في ارش الجراحة واما الدية فلم يستقر الا بالوفاة فهي في الحقيقة متأخرة عنها وان اقترنت بها ومع ذلك لا ينافي ما اعتبره المص وقت الوفاة لان

الوقت في مثل هذا يعتبر فيه الامر العرفي وهو متسع يحتمل مثل هذا ويظهر من قوله ودية ان الحكم مخصوص بقتل الخطأ لانه هو الموجب للدية على الاطلاق

واما العمد فان قيل انه يوجب احد الامرين القصاص او الدية فيدخل في العبارة لان الدية احد الامرين المترتبين على الوفاة المستندة الى القتل فكانت

الدية مقارنة للوفاة كالخطاء وان كان لها بدل واما على القول المشهور من انه موجب العمد القصاص وانما يثبت الدية صلحا والصلح لا يتقيد بالدية

بل يصح بزيادة عنها ونقصان ففي دخوله في العبارة تكلف وقد يندفع عنه بانه عوض القصاص الذي هو موروث عن المجني عليه وعوض الموروث موروث

وربما اشكل من وجه اخر وهو ان الموروث انما هو القصاص وليس بمال فلا يتعلق به الحق المالي المترتب على مال الميت ويندفع بانه بقبوله المعاوضة بالمال

يصلح على ما في قوة الحق المالي وزيادته وفي الدروس صرح بعدم اعتبار ما يتجدد بعد الوفاة قوله ولو اوصى الى انسان بالمضاربة بتركته اه ما اختاره

المص من جواز الوصية بالمضاربة هو المشهور بين الاصحاب ومستندهم عليه رواية خالد بن ابي بكر الطويل قال دعاني ابي حين حضرته الوفاة فقال

يا بني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان فقدمتني ام ولد له بعد وفاة ابي الى ابن ابي ليلى فقالت

ان هذا يأكل اموال ولدي قال فاقتصصت عليه ما امرني به ابي فقال ابن ابي ليلى ان كان ابوك امرك بالباطل لم اجزه فدخلت الى ابي عبد الله ع بعد

ذلك فاقتصصت عليه قصتي ثم قلت له ما ترى فقال اما قول ابن ابي ليلى فلا استطيع رده واما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان ورواية

محمد بن مسلم في الموثق عن ابي عبد الله ع انه سئل عن رجل اوصى الى رجل بولده وبمال لهم فاذن له عند الوصية ان يعمل بالمال ويكون الربح بينهم فقال

لا بأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي ومقتضى الروايتين كون الاولاد صغارا اما الاولى فبالتصريح واما الثانية فيظهر منها ذلك من

قوله اوصى بولده فان الوصية بغير الولد الصغير غير صحيحة واطلاق الوصية محمول على الصحيح والمص واكثر الجماعة اطلقوا الصحة في الورثة الشامل للمكلفين

وغيرهم والاطلاق في الروايتين ما اذا كان الربح بقدر اجرة المثل وما اذا كان زايدا عليها بقدر الثلث واكثر من حيث انه ترك الاستفصال

وهو دليل العموم عند جمع من الاصوليين ووجهه مضافا الى النص ان المقيد بالثلث هو تفويت بعض التركة وليس حاصلا هنا لان الربح ما يتجدد بفعل

العامل وسعيه وليس ما يتجدد منه كالمتجدد من حمل الدابة والشجرة ونحوهما حتى كان معتبرا من الثلث لظهور الفرق بان ذلك نماء الملك ووجوده

متوقع بخلاف الربح فانه اثر سعي العامل مع ان ما يحدث على ملك العامل والوارث فما يملكه العامل ليس للوارث ولا للموصي فيه حق ولا يقدح في ذلك

شراؤه بمال الوارث فيكون محسوبا منه فيكون نماؤهما تابعا لانها انما دخل في ملك العامل على تقدير صحة المضاربة والا لم يكن الشراء نافذا وبعد

صحة المضاربة كانت الحصة من الربح ملكا للعامل فلولا صحة المضاربة لادى فسادها الى عدم الثلث الا انه على تقدير الفساد انما يكون لتفويت ما زاد

على الثلث من التركة بزعامه وذلك انما يكون على تقدير زيادة الحصة عن اجرة المثل زيادة عن الثلث وكونه نماء التركة وانما يكون كذلك مع صحة المضاربة

ليكون الشراء نافذا فلو فسدت المضاربة لم ينفذ الشراء فلم يتحقق الربح فانتفى التصرف في الزائد على الثلث فانتفى المقتضي للفساد فوجب الحكم بالصحة

فقد ادى فرض الفساد الى عدمه هذا اقصى ما يوجه به القول بالصحة وفيه نظر اما من جهة الاخبار ففي سند الاولى جهالة من جهة خالد وفي طريق الثانية علي بن

فضال وهو فطحي وهما وان كانتا متفقتين لكنهما فاسدتا السند والعمل بالمرسل خروج عن قاعدة الاجتهاد وجبر الضعف بالشهرة ضعيف مجبور بالشهرة

واما من جهة الاعتبار فان المضاربة وان لم تقتض تفويت شيء من التركة على تقدير تسليمه مشتملة على وضع اليد على مال الغير بغير اذنه خصوصا اذا كان مكلفا

وتعريضه بالتصرف في الارض الى التلف المؤدي الى عدم الضمان مع عدم التفريط مضافا الى ما لو وقعت بحصة قليلة للمالك في مدة طويلة كخمسين سنة

وذلك في حكم منع الوارث من التركة اصلا وهو باطل واما القول بان النماء انما يملكه العامل على تقدير صحة المعاملة فلا تفويت في مال الوارث

وان لم يصح لا يصح البيع ففيه امكان تجيزه باجازة المالك الشراء لنفسه فيكون جميع الربح له فيحصل التفويت على تقدير صحة البيع وحصول الربح ومن

ثم ذهب ابن ادريس الى ان الصحة مشروطة بكون المال قدر الثلث فما دون اطراحا للاخبار ورده الى الاصول المعلومة في هذا الباب وبعض المتأخرين

الى ان المحاباة في الحصة من الربح بالنسبة الى اجرة المثل محسوبة من الثلث ايضا ولكل منهما وجه والذي نختاره في هذه المسألة ان الوارث ان كان مولى

عليه من الموصي كالولد الصغير فالوصية بالمضاربة بماله صحيحة مطلقا لان التكسب بمال الغير واجب على الوصي والحاصل من الربح زيادة [illegible] من

للتلف غير قادح لان الواجب على العامل مراعاة الاحتياط والحفظ وما فيه مصلحة المال والعمل به على هذا الوجه مما يرجحه العقلاء ولا يلزم مراعاة

المدة التي شرطها الموصي بل يتبع ما دام الوارث مولى عليه فاذا كمل كان له فسخ المضاربة لانها عقد مبني على الجواز وتحديد الموصي لها بمدة لا يرفع

حكمها الثابت بالاصل وانما يفيد التحديد بالمدة المنع من التصرف فيما زاد عليها لا الالتزام بها فيها ولا يلزم من ذلك تبديل الوصية وتغييرها

المنهي عنه لان تبديلها هو العمل بخلاف مقتضاها وهنا ليس كذلك لان لما اوصى بعقد جائز فقد عرض العامل الفسخ العقد في كل وقت يمكن

٢٩٥ عملا بمقتضاه فلا يكون الفسخ تبديلا للوصية بل عملا بمقتضاها ولا فرق بين زيادة الحصة المجعولة للعامل عن اجرة المثل وعدمها ولا بين كون المال بقدر الثلث

وازيد ولا بين كون الربح بقدر الثلث كله وازيد لما ذكرناه وان كان الوارث مكلفا غير مولى عليه فالوصية كذلك جائزة ايضا لكن لا يلزم الوارث الوفاء

بها بل له فسخها عاجلا وفي كل وقت كما قررناه في الصغير اذا كمل لعين ما ذكرناه وفائدة الصحة ان الوارث اذا لم يفسخ وعمل الوصي لزم في المال استحق الحصة

المعينة عملا بمقتضى الوصية ولا ينافي هذا المقدار مخالفة للاصول الشرعية ولا للروايات اذ ليس فيه تفويت على الوارث بوجه ولا منع عن التصرف في

ماله حتى يتوقف على رضاه ويندفع بما قررناه ما اورده المانع من لزوم الاضرار بالوارث على تقدير زيادة المدة وقلة الربح لان ذلك انما يستند الى حيث

لم يفسخ مع قدرته عليه والضرر على تقديره مستند اليه وزمان الصغر لا ضرر فيه بل تقصيرها غالبا وعدم التفويت ولو عملنا بالروايتين قصرنا

الحكم على كون الورثة مولى عليهم كما وقع فيهما ومع ذلك يخف الاشكال ولعله اولى قوله ولو اوصى بواجب وغيره الى قوله حتى يستوفي الثلث انما يخرج

الواجب من اصل المال اذا كان واجبا ماليا بحيث يكون متعلقا بالمال حال الحيوة سواء كان ماليا محضا كالزكوة والخمس والكفارات ونذر المال ام مالي

مشوبا بالبدن كالحج فان جانب المالية مغلب من حيث تعلقه به في الجملة اما لو كان الواجب بدنيا محضا كالصلوة والصوم فانه يخرج من الثلث لانه

لا يجب اخراجه عن الميت الا اذا اوصى به فيكون حكمه حكم المتبرعات الخارجة من الثلث مع الوصية بها والاقوى وجوب الوصية به على المريض كغيره

من الواجبات ان لم يكن له ولي يقضيه عنه وربما قيل بعدم وجوب الوصية به لان الواجب فعله بنفسه او بوليه لانتفاء الدليل على ما سوى ذلك وفيه ان

عدم وجوبه واستحقاق العقاب على تركه الواجب اختيارا مع قدرته على براءة الذمة منه يوجب وجوب الوصية للتخلص من العقاب بتركه فانه دفع للضرر

عن النفس واجب نعم لو كان فوات الواجب لا بتفريطه كالغفلة عن الصلوة مع عدم القدرة على القضاء احتمل عدم وجوب الوصية

اذ لا عقاب على ذلك التفويت ولا دليل على وجوب الوصية بالقضاء ويمكن الاستدلال على الوجوب مطلقا بقول ابي عبد الله ع في صحيحة محمد بن مسلم

وغيره الوصية حق على كل مسلم والحق وان كان اعم من الواجب الا ان على ظاهره في الوجوب ولا ينافيه عدم وجوب الوصية لمن لا حق عليه لان ذلك خرج

عن العموم بدليل خارج فيبقى العام حجة في الباقي ويمكن استعمال على في حقيقته ومجازه على سبيل التجوز حيث يتعذر حملها على الحقيقة في جميع افراد الكون

اذا تقرر ذلك فاذا اجتمع حقوق واجبة مالية وبدنية ومتبرع بها بدئ بالمالية من الاصل ثم نظر الى ثلث الباقي واخرج منه الباقي مبتدئا بالواجب

الاول فالاول ثم بغيره على الترتيب ان لم يجز الوارث الجميع ولو اجاز البعض بدئ به من الاصل كالواجب المالي لكن لو ضاق المال عنهما بدئ بالواجب ولو

حصل الوصي الجميع في الثلث بدئ بالواجب المالي فان فضل منه شيء اخرج من باقي المال وان خرج عن مقتضى الوصية لوجوب اخراج هذا النوع من الواجب وان لم

يوص به وان فضل من الثلث عنه شيء اخرج الواجب البدني بعده وهكذا على الترتيب الى ان يستوفي الثلث ويبطل الباقي حيث لا اجازة ولو كان الجميع

غير واجب بدئ بالاول في الذكر فالاول حتى يستوفي الثلث ولو كان مع الوصية منجز حال المرض يخرج من الثلث قدم من الثلث على الوصية مط هذا

اذا اتى بالوصية مرتبة اما باداة الترتيب كثم والفاء او في الذكر فقط بالعطف بالواو وبدونه او صرح بترتيب بعضها على بعض ولو بالبداءة بما

ذكره اخيرا بان عدد جملة ثم قال ابدا بكذا الخ ولو جمع بان ذكر اشياء ثم اوصى بجميعها او قال اعطوا فلانا وفلانا مائة او قال ليعد الترتيب لا

تقدموا بعضها على بعض ونقص الثلث عنها دخل النقص على الجميع بالنسبة فيقسم عليها على جهة العول وانما بدئ بالاول فالاول ذكرا وان لم يدخل عليه

اداة الترتيب لان الوصية الصادرة اولا نافذة لصدورها من اهلها في محلها بخلاف الصادر بعد استيفاء الثلث ولا سبيل الى التوزيع مع ايضح

هنا لاستلزامه تبديل الوصية النافذة ولا يرد مثله على الاخير لو نص اخرا على تقديمه لان تصريح في قوة تقديمه لفظا حيث ان المعتبر باللفظ وقصده

فلو قدم غيره او شرك لزم تبديل الوصية المنهي عنه وكذا لو نص على التشريك ولا يقال ايضا ان الحكم انما يتحقق عند تمام الكلام والمعطوف من جملته

لان الوصايا المتعددة على الوجه السابق ببين الكلام مع كل واحدة كقوله اعطوا فلانا كذا اعطوا فلانا كذا فاذا صادفت الاولى محل النفوذ نفذت

نفذت ولم يجز تغييرها بطرو اخرى عليها كما لو باع شيئا لزيد ثم باعه لعمرو وانما يكون جملة واحدة حيث لا يتم الفائدة بدونه كقوله اعطوا فلانا وفلانا كذا

ويشهد لمراعاة الترتيب مضافا الى ما ذكرناه رواية حمران عن ابي جعفر ع في رجل اوصى عند موته اعتقوا فلانا وفلانا حتى ذكر خمسة فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه

قيمة المماليك الذين امرهم بعتقهم قال ينظر الى الذين سماهم ويبدأ بعتقهم فيقوموا وينظروا الى ثلثه فيعتق منه اول من سماهم ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس وان عجز الثلث كان

ذلك في الذين سماهم اخيرا لانه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ولا يجوز له ذلك واعلم انه لا فرق في هذا الحكم بين العتق وغيره من التبرعات خلافا

للشيخ وابن الجنيد حيث قدما العتق وان تاخر ولا بين ان يقع المرتب متصلا في وقت واحد او في زمانين متباعدين كعدوة وعشية خلافا

لابن حمزة حيث فرق بينهما فحكم في الاول كما ذكره الجماعة وجعل الثاني رجوعا عن الاول الا ان يسعهما الثلث فينفذان معا وهو شاذ ضعيف المأخذ

قوله ولو اوصى لشخص بثلث اه انما صحت وصية الاول خاصة لاستيفائها الثلث النافذ بدون الاجازة مع رعاية ما تقدم من وجوب تقديم الاول فالاول

لا وقع مع تجاوز الثلث ولا يتوهم هنا ان الوصية المتاخرة يقتضي الرجوع عما قبلها لان الرجوع لا يثبت بمجرد الاحتمال بل لا بد من لفظ يدل عليه ومجرد

الوصية بما زاد على الثلث ثانيا وثالثا اعم من الرجوع عن الاولى وعدمه فلا يدل عليه ولا فرق بين ان يوصي بهذه الاجزاء المذكورة وبما شاكلها

كالوصية لواحد بنصف ولاخر بخمس ولثالث بربع او للاول بجميع المال ولاخر بثلث ولثالث بنصف وغير ذلك من الفروض لعدم وجود ما يدل على الرجوع

في الجميع فيعتبر الترتيب بالاول فالاول عملا بالقاعدة المستمرة عند عدم وجود ما يدل على خلافها وسيأتي ما يزيد تحقيقه في المسألة الاتية قوله ولو

اوصى بثلثه لواحد اه الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها الموجب لاختلاف الحكم ان الثلث المضاف الى الموصي هو القدر النافذ فيه وصيته

شرعا فاذا اوصى به لاخر بخلاف قوله لفلان ثلث من غير اضافة الى نفسه فانه متعلق بجملة المال من غير ان ينسب الى الثلث الذي فيه الوصية فاذا اوصى

٢٩٦ بعد بربع لا يفيد رجوعا عنه منه مع فرض ان الثلث لا بل الربع الذي هو جامع عن الثلث المتعلق باصل المال وكذلك السدس فيكون وصايا متعددة
لا تضاد بينها فتبدئ بالاول منها فالاول الى ان يستوفي الثلث عند عدم الاجازة وفي معنى قوله ثلثي قوله الثلث الذي هو جميعه وصيتي او الثلث
المملوك لي ونحو ذلك والحاصل ان المرجع الى شيء واحد وهو ان الاصل في كل وصية ان تحمل على الصحيح سواء كانت نافذة من الاصل ام موقوفة على اجازة
الورثة لان كلا منهما صحيح والتوقف على اجازة الورثة لا ينافيه بل هو كالخيار الثابت للبائع فانه لا ينافي ملك المشتري خصوصا على المختار من كون الاجازة
سببا لا ابتداء عطية ومن ثم لو زاد فيما كان في مرض الموت وتوقف الزائد بناء على الاشارة كالوصية فجزم التوقف على الاجازة لا ينافي الصحة واذا عرفت
ان كل وصية من هذه الوصايا صحيح فلا يزول هذا الحكم الا بلفظ يدل على الرجوع عما سبق وحكم بصحته وهو في المسئلة السابقة وكل ما في معناها
منتف وفي قوله ثلثي ونحوه موجود بالقرينة القوية ولو ابدله بقوله لفلان ثلث ولفلان ثلث فكالاول لعدم القرينة الدالة على الرجوع فضلا
عن التصريح ومجرد الثلث في الرجوع كاف في عدم الحكم بصحة الجميع وبعلم في الزائد عن الثلث بمقتضى القاعدة المستمرة من البداءة بالاول فالاول ومتى وجدت
الدلالة على الرجوع عمل بها وكان الثاني ناسخا للسابق وعلى هذا فلو قال لزيد ثلث ثم قال اعطوا عمروا ثلثي كان ناسخا للاول لما ذكرناه ولو عكس فقال اعطوا
زيدا ثلثي ثم قال اعطوا عمروا ثلثا لم يكن الثاني ناسخا للاول لعدم ما ذكرناه من القرينة الدالة على الرجوع وعدمه ولو فرض في عكس لا يفيد الا فرادا
تحليها فيما حكمنا بوصية ما فيه اووجوها بما حكمنا بحالها فانه عمل بمقتضاها نفيا واثباتا الا انه عند التجرد عن العوارض فظهورها فيما ذكرناه ايضا
عن غيره ظاهر ثم ... ثلث مالي ... ثلثي هي الحافز ... بظهر وجهها مما حققناه والاقوى عدم التضاد هنا ايضا للشك في ارادة
الرجوع بذلك مع كون اللفظ اعم فان ثلث ما لا ...اخر غير الثلث المتبرع به في باب الوصية الذي دلت القرائن على ارادته مع الاضافة اليه ولم يظهر
ذلك مع الاضافة الى ماله وقد حققنا ان مجرد الشك كاف في عدم الحكم بالرجوع وهو هنا موجود ولو فرض وجود قرينة خارجة عن اللفظ افادت الرجوع
عمل بها ايضا كما قررناه الا ان ذلك امر خارج عن اللفظ هذا خلاصة ما ينبغي تحقيقه في هذه المسائل واعلم ان كلام الاصحاب قد اختلف فيها اختلافا
كثيرا ... حتى عن الرجل الواحد في الكتب المتعددة بل الكتاب الواحد فالعلامة في القواعد وافق المص على ما ذكره في المسئلتين لكنه استشكل بعد
ذلك في المسئلة الثانية وفي التحرير نسب الحكم في الثانية الى علمائنا وجعل فيه نظرا ووجه الاشكال والنظر ما ذكرناه ومن ان كل واحدة منهما وصية
يجب تنفيذها بحسب الامكان ولا يجوز تبديلها مع عدم الزيادة ومجرد اضافة الثلث اليه لا يقتضي الرجوع لان جميع ماله ما دام حيا له فيصح اضافته اليه
وانما يخرج عن ملكه بعد الموت ونحن نقول بموجبه الا انا ندعي وجود القرينة في هذه الاضافة على الرجوع ومن ثم لما ابدلها بالاضافة الى ماله فضلا
عن جعل الثلث مطلقا شككنا في ارادة الرجوع فلم نحكم به وقد منا الاولى في ...عمدة على اثبات القرينة وعدمها كما حققناه وجزم بعكس حكمها
في ثلث ماله ولم يعرض للثلث المضاف الى الموصي بل اعتمد على القرينة ومع الشك فيها على عدم الحكم بالرجوع وهذا هو الحق في المسئلة والمحقق الشيخ على
ره في الشرح اعتمد في المسئلة على اصل اخر غير ما ذكرناه ورتب عليه الحكم وهو ان الاصل في الوصية ان تكون نافذة فيجب حملها على ما يقتضي النفوذ بحسب
الامكان وانما يكون الثانية نافذة اذا كان متعلقها هو الثلث الذي يجوز للمريض الوصية به فيجب حملها عليه كما يجب حمل اطلاق بيع الشريك النصف
على استحقاقه حملا للبيع على معناه الحقيقي وح فيتحقق التضاد في مثل ما لو قال اوصيت بثلث لزيد وبثلث لعمرو فيكون الثاني ناسخا للاول فيقدم
واولى منه ما لو قال ثلث مالي ثم فرع عليه انه لو اوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع ولخالد بسدس وانتفت القرائن ان تكون الوصية الاخيرة رافعة للاولى
مع اعترافه بانه مخالف لما صرح به جميع الاصحاب والحامل له على ذلك ما فهم من ان اطلاق الوصية محمول على النافذة وانت قد عرفت فساده سابقا
الاطلاق في الوصية وغيرها من العقود انما يحمل على الصحيح اما النافذة بحيث لا يترتب عليه فسخ بوجه فلا اعتبار به قطعا الا ترى ان الوصية بجميع المال
يوصف بالصحة وكذا فيما زاد على الثلث على الاجازة ولا يقول احد انها باطلة صحيحة ولذلك لو باع بحبا حكم بصحة البيع وان لم يكن نافذا بمعنى انه
لا يستحق فسخه وما مثل به من بيع الشريك النصف وانه محمول على استحقاقه لا يؤثر هنا للفرق بينه وبين المتنازع لان جميع التركة مستحقة للموصي
حال الحياة اجماعا فقد اوصى بما يستحقه ومن ثم حكموا بصحة وصيته بما زاد على الثلث وصحة هبته لمرض وان توقف على اجازة الورثة لان ذلك لهم
كالخيار للبائع بانتقال ملك المشتري بل اضعف للخلاف في ان الملك هل ينتقل اليه في زمن الخيار ام لا والاتفاق على ان التركة مملوكة للموصي حال
حياته ومن ثم لو برئ من مرضه وكانت الاجازة تنفيذا للوصية لا عطية متجددة على مختار اصحابنا وقد ادعى الشيخ في المبسوط عليه الاجماع
وانما الخلاف في التنفيذ والعطية للعامة واصحابنا يجعلون العطية احد الامرين لا قولا واذا تقرر ان الاطلاق محمول على الوصية الصحيحة وكل وصية
عن المذكورات صحيحة سواء كانت نافذة ام لا لم يدل الوصية المتأخرة عن العينية بالثلث على انها ناسخة للسابقة ورجوع عنها بل على ارادة الموصي
اعطاء كل واحد الموصى له وان توقف ذلك على اجازة الورثة فان ذلك امر اخر غير الوصية المعتبرة شرعا وقد ظهر بذلك انه لا تضاد بين قوله
اوصيت لزيد بثلث ولعمرو بثلث ولا بين قوله لزيد بثلث ولعمرو بربع بطريق اولى وانما يقع التضاد صريحا اذا قال بعد الوصية لزيد بثلث اوصيت
لعمرو بالثلث الذي اوصيت به لزيد او بثلثي او بالثلث الذي جعله الله لي غير موقوف على اجازة ونحو ذلك وفي مثل قوله ثلثي لزيد ثم ثلثي
لعمرو بالقرينة لا بالتصريح كما حققنا واما الشيخ فقد نص لهذه المسئلة غرايب في الخلاف فقال اذا اوصى بثلث ماله لانسان ثم اوصى بثلث
ماله لغيره ولم يجز الورثة كانت الوصية الثانية رافعة للاولى وناسخة لها ثم استدل عليه باجماع الفرقة والاخبار وبانه لو قال العبد الذي
كنت اوصيت به لفلان قد اوصيت به لفلان فانه يكون رجوعا عن الاولى فكذا اذا اطلق وادعى عدم الفرق بين المقيد والمطلق ثم قال في
الخلاف ايضا لو اوصى له بالثلث ولاخر بثلثه ولم يجز الورثة ابطل الاخر ولو بدأ بالثلث واجازوا اعطى الاول الثلث والاخر الثلثين بعد ان المنا

للسابق الذي ادعى عليه الاجماع لان الثلث في المسئلة الثانية مضاف اليه فهو اقوى في ارادة ثلثه الخاص به من ثلث ماله في السابق الذي جعله رجوعا وكون ٢٩٧
السابق في الثانية جميع ماله لا يؤثر في دفع المنافاة لان جميع ماله يتضمن للثلث الذي اوصى به ثانيا وما احتج به من الاخبار لم نقف عليه اصلا الا من حيث عموم
ما دل منها على جواز الرجوع عن الوصية وذلك لا يفيده لمنع تناوله للمتنازع فيه واما الاستدلال بالرجوع عن الوصية بالمعين من شخص الى غيره ودعواه عدم
الفرق بين المعين والمطلق بعيد عن الجواب وقد ظهر ذكر ما حكيناه عن الخلاف في المسئلتين ايضا ثم ذكر مسئلة ثالثة فقال رجل اوصى بثلث ماله لاجنبي وبثلث
ماله للوارث قد بينا مذهبنا فيه وهو ان يمضي الاول منهما فان اشتبه استعمل القرعة فجزم في هذه بتقديم الاول وجعله مذهب الاصحاب ثم قال بعد ذلك
اذا اوصى لرجل بثلث ماله ثم اوصى لاخر بثلث ماله فهما اثنان وصيتان بثلثي ماله وكذا اذا اوصى بعبد بعينه لرجل ثم اوصى لرجل اخر بذلك العبد بعينه فهما وصيتان
ويكون الثاني رجوعا عن الاول وهذا ظاهر المنافاة بين الحكمين وانما افترقا بكون الموصى له في الاولى وارثا والاخر اجنبيا ولا فرق بين ذلك عندنا وانما
قصد الرد على المخالفين الفارقين بين الوصية للوارث والاجنبي كما ذكره قبل ذلك بغير فصل فكيف ادعى في الخلاف الاجماع على نسخ الثانية دون
الاول وقد نسب تقديم الاولى الى مذهبنا المشعر ايضا بالاجماع كما يظهر من عادته ان يكون ذلك في مقابلة مذهب المخالفين ومع ذلك يذكر
الحكم مختلفا في كل واحد من الكتابين مع اتحاد مثال المسئلة والله الموفق قوله ولو اشتبه الاول استخرج بالقرعة اي اشتبه السابق من الموصى لهما
بالثلث فانه يستخرج بالقرعة ليحكم بالوصية للمتأخر على المختار او له على القول الاخر اذ لا فرق بين الحكمين في اعتباره بالقرعة وصفتها ان يكتب في
رقعة اسم احدهما وانه السابق ثم يكتب في الاخرى اسم الاخر وانه السابق ويجمعان ويخفيان ثم يخرج احدهما فمن خرج اسمه كان هو السابق ولو كتب في كل
رقعة انه صاحبها المتأخر صح ايضا ودل على ذلك ما لو يشهد الموصى له قوله ولو اوصى بعتق مماليكه دخل في ذلك ما دخل المملوك جميعه فواضح واما
البعض فلصدق المملوكية له على ذلك البعض وما يملكه الموصى بعينهم جمع مضاف فيفيد العموم في كل ما يتناوله اللفظ واما عدم تقويم حصة الشريك عليه
وان وفى ثلثه بقيمتها فلزوال ملكه عن ماله بالموت الا ما استثناه وحصة الشريك ليس منه والعتق انما حصل بعد الموت فصادف عدم المال
الموجب لعدم السراية والقول بالتقويم للشيخ في النهاية ونصره في المختلف برواية احمد بن زياد عن ابي الحسن قال سألته عن الرجل تحضره الوفاة وله
مماليك لخاصة نفسه وله مماليك في شركة رجل اخر فيوصي في وصيته مماليكي احرار ما حال مماليكه الذين في الشركة فكتب يقومون عليه ان كان ماله
يحتمل فهم احرار ولان الموصي اوجد سبب السراية في العتق لاستناد العتق في الحقيقة اليه ولهذا لو كان له ولاء فوجد سببه وفيه انه ان اراد مطلق
اعم من التام لم يفد المطلوب وان اراد به التام منعناه هنا لان السبب التام للسراية العتق مع اليسار واليسار هنا منتف لانه لا يملك بعد الموت
او يقول ان سبب السراية انما هو العتق لا الوصية به والعتق انما وقع بعد الوفاة فسببه يجب ان يقع بعدها كالسبب مع اجتماع شرائطه التي من جملتها
اليسار وهو منتف عنه بعد الوفاة لما ذكرناه فان قيل كما ان العتق سبب قريب في السراية كان الوصية سبب فيها لانها سبب العتق وقد حصلت
حال الحياة لانه المفروض والعتق سبب للسراية قلنا مجرد وجود السبب لا يقتضي وجود المسبب الا اذا اجتمعت شرائطه والا فيمكن تخلف المسبب عن سببه
لفقد شرطه وهو هنا كذلك لان شرط العتق وفات الموصي لانه جعله وصية والوصية انما تقع بعد الوفاة فاذا تخلف المسبب وهو العتق عن سببه
الى ما بعد الوفاة لزم منه تخلف مسببه وهو السراية كذلك دون المطلوب حيث لم يصادف المال واما الرواية فلا تصلح للتأسيس للحكم بذاتها الضعف
سندها باحمد بن زياد المذكور فانه واقفي غير ثقة قوله ولو اوصى بشيء واحد لاثنين آه المراد بوصيته بالواحد للاثنين في الاول جعلها بلفظ واحد
بحيث لا يحصل الترتيب بين الوصيتين وان كان اعم من ذلك بقرينة الحكم بان قال اعطوا فلانا وفلانا مائة درهم او الدار لفلان فهما تكون وصية
واحدة فان لم يحتملها الثلث جاء النقص عليهما معا بالنسبة والمراد بجعله لكل منهما شيئا وصيتهما متعاقبة بان يقول اعطوا زيدا خمسين واعطوا
عمروا خمسين او اعطوا زيدا نصف الدار وعمروا نصفها بقرينة الحكم وان كان اللفظ اعم منه لتناوله الصورة الاولى كالعكس فانه لو قال اوصيت لزيد
وعمرو بالدار الفلانية لكل واحد نصفها فقد صدق انه جعل لكل واحد منهما شيئا وحكمه كالاول ولو قال اوصيت لهما بالدار لزيد منها البيت
الفلاني ولعمرو الباقي فالظاهر انها وصية واحدة وان كان اخرها مفصلا متعاقبا لانه وقع بيانا لما اجمله اولا وقد اوقعه لهما دفعة مثله ما لو قال
اوصيت لهما بمائة درهم لزيد منها ثلثون ولعمرو الباقي ولو اقتصر على التفصيل الاخير فلا ريب في كونهما وصيتين متعاقبتين فيقدم الاولى منهما
حيث لا يسعهما الثلث ولا فرق في تقدير التعاقب بين ان يوصي لكل منهما بشيء معين من المعين كالبيت الفلاني من الدار ومشاع كالنصف لاشتراكهما
في المقتضي قوله ولو اوصى بنصف ماله آه والمراد انه يقبل قولهم في قلة المال مع يمينهم ويقضي عليهم بما ادعوا ظنه كما لو قالوا بعد اجازتهم الوصية بنصف
ما لم نظننا انه الف درهم فظهر انه الف دينار فاذا حلفوا قضى عليهم بصحة الاجازة في خمسمائة درهم ووجه قبول قولهم استنادا الى اصالة عدم العلم بالزيادة
مضافا الى ان المال مما يخفى غالبا ولان دعويهم يمكن ان تكون صادقة ولا يمكن الاطلاع على صدقهم الا من قبلهم لان الظن من الامور النفسانية
فلو لم يكتف فيه باليمين لزم الضرر لتعذر اقامة البينة على دعويهم ووجه ترددا لمص مما ذكرناه ومن تناول لفظه للقليل والكثير وقد وقع على ذلك
مع كون المال مما يخفى كما ذكر فالرجوع الى قولهم رجوع عن لفظ متيقن الدلالة على معنى يعم الجميع الى دعوى ظن يجوز تكذيبه والاقوى القبول وح فيندفع الى
الموصى له بنصف ما ظنوه وثلث باقي التركة قوله اما لو اوصى بعبد او بدار آه شبه بقوله لان الاجازة تضمنت معلوما على الفرق بين ما اذا كانت
الوصية بعين فاجازوها وهي هذه المسئلة وادعوا انهم ظنوا ان العين الموصى بها بمقدار ثلث التركة او ازيد بيسير فظهر ازيد بكثير لقلة المال
او ظهور دين وبينها اذا كانت بجزء مشاع وهي الماضية حيث قبل قولهم في الثاني دون الاول وحاصل الفرق ان الاجازة هنا وقعت على معلوم
للورثة وهي العين المخصوصة كيف كانت من التركة فكانت الاجازة ماضية عليهم بخلاف الوصية بالجزء المشاع من التركة فان العلم بمقداره موقوف

٣٩٨ على العلم بمجموع التركة والاصل عدمه فيقبل فيه دعوى الجهالة ومرجع ذلك الى بنائهم على الاصالة الاول وعلى خلافه فى الثانى ومال فى س الى التسوية بين المستثنى والعقول فى الحالين وجعل فى التحرير جهارا فى عدادها الاوجه القبول هنا ان الاجازة وان وقعت على معلوم الا ان كونه مقدار الثلث او ما قارب ما اشاء محرافيه وانما يعلم بعد العلم بمقدار التركة والاصل عدم علمهم بمقدارها وبنائهم على الظن فكما احتمل ظنهم قلة النصف فى نفسه يحتمل ظنهم قلة المعين بالاضافة الى مجموع التركة وان لم يكن قليلا فى نفسه ومحالفة الاصل عما ظنوه كثرة المال مع ان الاصل عدمه لا يؤثر فى دفع الغبن واعتقاد كثرته بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة ولكونه عليه بمن قدم على الوصية وعلى انه المال الفاضل عنها وهذا موافق للاصل كالاول وايضا فانه ليس المقتضى للقبول فى الاول امكان تصديقهم فى الدعوى وتعذر اقامة البينة بما يعتقدونه وهو متحقق هنا لان الاصل عدم العلم بمقدار التركة وذلك يقتضى جهالة قدر المعين من التركة كالمشاع ولعل القبول اوجه قوله واذا اوصى بثلث ماله مثلا مشاعا اه اذا اوصى له بثلث ماله فما دون فلا يخ اما ان يكون معينا او مشاعا كجزء من التركة فان كان الثانى فهو شريك للورثة فى كل شئ حاضر وغائب دين وغيره فحكمه حكم الورثة فى التصرف فى المال المشترك وامره واضح وان كان الموصى به معينا كدار مخصوصة وعبد ملكها الموصى له بالموت والقبول وليس للورثة اعتراض فيه من حيث انه يخصصا عنهم بجملة العين وهم يستحقون ثلثاها لعموم الادلة الدالة على ان تصرف المريض فى ثلث ماله ماض مطلقا من غير اعتبار اذن الورثة فاعتبار الاموال هنا لاغية والمعتبر وجود ضعفى الوصية بايديهم من جملة التركة كيف كان بالقيمة الشرعية وهو هنا حاصل اذا كان ضعف الموصى به بايديهم كما ذكر ولو لم يكن بايديهم بان كان له مال غايب او بيد متسلط مانع فان لم يكن بيدهم شئ اصلا تسلط الموصى له على ثلث العين خاصة وكان ثلثاها موقوفا على تمكين الوارث من ضعفها من المال وكان بيدهم شئ لا يقوم بالضعف اخذ له من العين ما يحتمله الثلث منها ومما بايديهم من المال وكان الباقى منها موقوفا لا بمعنى تسلط الوارث عليه لامكان حصول الغائب فى ما فى معناه فيصح الوصية بجميع العين بل بمعنى وضعه بيد الحاكم او مقصوبا او من يرتضيا عليه الوارث والموصى له لان الحق منحصر فيهم الى ان يتبين الحال ثم القدر الذى يخرج من الثلث من العين منجزا هل يتسلط الموصى له عليه ام يمنع من التصرف فيه واذا كان ملوكا له وجهان اصحهما الاول لوجود المقتضى وهو ملكه بالوصية المحكوم بصحتها بالنسبة الى الثلث على كل حال لان غايته ما هناك تلف المال الغايب باجمعه فيكون الحاضر هو مجموع التركة فيملك ثلثه بغير مانع ووجه المنع ان حق الوارث التسلط على ضعف ما يستحقه الموصى له كما يتسلط الموصى له على الثلث على حد ما يتسلط عليه الوارث وهو هنا ممتنع بالنسبة الى الوارث لان ملكه لما زاد عن الثلث من العين غير معلوم الا انه حيث تعلقت به الوصية والحال ان المال الذى هو ضعف العين موجود وانما وقف الجميع لعدم تسلط الوارث له فيجب ان يمنع الموصى له من التصرف فى الثلث لاحتمال تلف ذلك المال الغايب فيكون الوارث شريكا فى العين وفيه ان مجرد الاحتمال لا يقوم دليلا على منع المالك المستقر ملكه على الثلث مع كون الباقى غير خارج عن ملكه بل استقرار ملكه له موقوف على حصول الغايب فى الاقاصل الملك حاصل بالوصية والقبول والخروج من الثلث فى الجملة ومن ثم لو حضر الغايب كان نماء العين اجمع للموصى له ومراعات حق الوارث باحتمال تلف المال يحصل بابقائه ما زاد على الثلث الى ان يظهر حال المال قوله ولو اوصى بثلث عبده المراد انه عينه فى نظر الحال واوصى بثلثه ثم ظهر كونه لا يملك منه الا الثلث انصرفت الوصية الى مستحقه منه ولا ينزل على الاشاعة حتى يصح فى ثلث الثلث خاصة كالاقرار قطعا والبيع على احد الوجهين والفرق بينها وبين الوصية ان الوصية لا تصلح الا بما يملكه الموصى فلو اوصى بمال الغير لغت بخلاف الاقرار فانه منزل على مال الغير حتى لو قال ملكى لفلان لم يصح الاقرار والبيع يصح لمال الغير بمعنى وقوفه على اجازته فاذا اجاز صح وكانت الاجازة كاشفة عن وقوع الملك من حين البيع فمن ثم قلنا البيع صحيح وان توقف على الاجازة وحكى فى الدروس صحة الوصية بمال الغير مع وقوفه على اجازته احتمالا وعلى هذا الاحتمال يتفرع نفوذ الوصية هنا فى ثلث حصة خاصة الا ان المبنى عليه لما كان ضعيفا لم يلتفت اليه المص وقطع بانصرافه الى ما يملكه ونبه بما ذكره من الحكم على خلاف بعض العامة حيث حكم بنفوذ الوصية فى المسئلة المفروضة فى ثلث الثلث خاصة والمراد بانصراف الوصية الى الثلث الباقى صحتها فيه اعم من نفوذها ثم ان لم يملك الموصى غيره نفذ فى ثلث الثلث ووقف فى ثلثيه على الاجازة وان ملك غيره اعتبر خروج مجموع الثلث من الثلث كما هو مقرر قوله ولو اوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم اه انما ينزل على المحلل مع انه لفظ مشترك ومن شان المشترك ان لا يحمل على احد معانيه الا بقرينة لما اشار اليه المص من النظر الى ظاهر حال المسلم فان قصده يحصن عن المحرم وكلامه عن اللغو المنهى عنه شرعا والوجوب تنفيذ الوصية بحسب الامكان لعموم فمن بدله بعد ما سمعه ولا يتم الا بذلك وقيل لا يصح الوصية بالعود مط لانصرافه الى عود اللهو لانه الغالب والصحة اقوى والاغلبية بحيث لا يتبادر غيره ممنوعة قوله ولو لم يكن له الا عود اللهو اه موضع الصحة والانصراف الى المحلل ما اذا كان للموصى من ذلك النوع متعدد بان يكون له عود لهو وعود حرب وغيرهما فتنصرف الوصية الى المحلل واولى بالحكم ما لو لم يكن له الا المحلل وان كان لفظه اعم من المحرم اما لو لم يكن له الا المحرم فقيل تبطل الوصية لانصرافه الى غير المشروع حيث لم يكن له غيره والحال انه قد خصها بما هو له فلا ينتقل الى تحصيل غيره وقيل يصح الوصية به ولكن تزال عنه الصفة المحرمة بان يحول منها الى غيرها من الصفات المحللة ان امكن وان لم يكن له الا المنفعة المحرمة بطلت الوصية والاطلاق العبادة يقتضى زوال الصفة المحرمة مع بقاء المنفعة المحققة بكسره والانتفاع بخشبه فى بعض المنافع المحللة كفى فى الصحة على هذا القول ويشكل مع خروجه عن كونه عودا لان وصيته معتمدة على صفة العود فكسره خروج عن الاسم لا يقال اذا انتقل الى الموصى له فله ان يفعل به ما شاء ومن جملته كسره بل هو واجب حيث توقف زوال الصفة المحرمة عليه فلا يقدح ذلك فى جواز الوصية لانا نقول ان جواز تصرفه فيه بالكسر وغيره موقوف على صحة الوصية حتى كانها موقوفة على كسره فيدور ولو قيل انه يمكن كسره من غير الموصى له قبل دفعه اليه فيندفع الدور جاء فيه ما تقدم من زوال الاسم الذى هو متعلق الوصية فلا يكون بعد كسره موصى به فلا يحصل بدفعه الى الموصى له الامتثال والاولى انه ان امكن ازالة الصفة المحرمة مع بقاء اسمه صحت

والابطال

٣٩٩ والابطال بحصره فيما عنده وهو بناء على تحصيل عود من خارج ولو لم يوجد عنده ما يبقى له الاسم شرعا فيكون ذلك بمنزلة ما لو اوصى بالمحرم قوله ويصح الوصية بالكلاب المملوكة ككلب الصيد والماشية والحايط والزرع فى قوله المملوكة تنبيه على انا لو لم نقل بملكها لم يصح الوصية بها لعدم كونها مالا منتفعا به ومن ثم لو يصح بيعها عند القائل بعدم المالية والاولى جواز الوصية بها وان لم نقل بملكها ولم نجوز بيعها لثبوت الاختصاص بها وانتقالها من يد الى يد بالارث وغيره وهو اعم من المال وخالف فى ذلك بعض العامة فمنع من الوصية بها وان جاز اقتناؤها وهو شاذ عندهم ايضا وفى حكم الكلاب الاربعة الجرو الذى يتوقع الانتفاع به على الاقوى لجواز امساكه وتربيته ولما ما لا يحل اقتناؤه كالكلب العقور فلا يصح الوصية به قطعا اذ لا نفع له فاذا اوصى بكلب يجوز الوصية به فان وفت به التركة فذاك والا فان جوزنا شراءه اشترى من التركة ودفع الى الموصى له وان لم نجوز شراءه احتمل بطلان الوصية لعدم امكان انفاذها على الوجه المشروع ومراعاة تحصيله بغير البيع اذ لا يلزم من عدم جواز بيعه عدم امكان تحصيله بغيره فيجب تحصيله على الوارث مضيقا من تبديل الوصية مع امكان انفاذها فان امكن تحصيله والا بطلت ويشكل بانه لا يلزم من امكان تحصيله للوارث وجوبه عليه اذ لا يجب عليه انفاذ وصية مورثه الا من مال المورث وهو منتف هنا فالاولى البطلان مط لكن لو تبرع به متبرع من وارث وغيره صح وان لم يكن ذلك واجبا قوله من اوصى بجزء من ماله ففيه روايتان اه اذا اوصى بجزء من ماله فقد اختلف الاصحاب فى تعيينه مع اتفاقهم على اختصاصه بقدر معين شرعا وان لم يكن معينا لغة ولا عرفا ووجه الاختلاف اختلاف الروايات فيه فذهب جماعة منهم المص الى انه العشر لرواية عبد الله بن سنان عن عبد الرحمن بن سيابة قال ان امرأة اوصت الى وقالت ثلثى يقضى به دينى وجزء منه لفلان فسألت ابن ابى ليلى فقال ما ادرى لها شيئا ما الجزء فسألت ابا عبد الله عن ذلك فقال كذب ابن ابى ليلى لها عشر الثلث ان الله تعالى امر ابرهيم فقال اجعل على كل جبل منهن جزءا وكانت الجبال يومئذ عشرة فالجزء هو العشر من الشئ وفى معناه رواية معاوية بن عمار قال سألت ابا عبد الله عن رجل اوصى بجزء من ماله قال جزء من عشرة قال الله تعالى اجعل على كل جبل منهن جزءا وكانت الجبال عشرة وروى ابان بن تغلب عن الحسن عن ابى جعفر مثله واستشهد بالجبال وروى ابو بصير عن ابى عبد الله مثله وهذه الاخبار وان ضعف سندها الا انها كثيرة يعضد بعضها بعضا مع ان فيها الحسن كما ذكرناه وذكر العلامة فى المخ ان حديث عبد الله بن سنان صحيح ولم يذكر فى سنده عبد الرحمن بن سيابة بل جعل الراوى عن الامام عبد الله بلا واسطة وقد رواه الشيخ كذلك فى الاستبصار وعليه العمل فيكون صحيحا كما ذكر لكن الموجود فى التهذيب وهو عندى بخط الشيخ ابى جعفر ره روايته عن عبد الرحمن بن سيابة وهو مجهول فلا يكون صحيحا ويؤيده كونه سئل ابن ابى ليلى فى ذلك ومن المستبعد جدا ان عبد الله بن سنان الفقيه الجليل الامامى يسئل ابن ابى ليلى فى ذلك بل الموجود فى الاخبار ان ابن ابى ليلى كان يسئله ويسئل اصحابه مثل محمد بن مسلم وغيره عن كثير من المسائل وكذا فى الدروس جعله صحيحا كما ذكره العلامة وبالجملة فالرواية بذلك الطريق مضطربة السند ان لم يرجح رواية التهذيب حيث انه اصل الاستبصار فلا تكون صحيحة على كل حال وذهب جماعة من الاصحاب واكثر المتاخرين الى انه السبع لصحيحة احمد بن ابى نصر البزنطى قال سئلت ابا الحسن عن رجل اوصى بجزء من ماله فقال واحد من سبعة ان الله تعالى يقول لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم قلت رجل اوصى بسهم من ماله فقال السهم واحد من ثمانية ثم قرأ انما الصدقات للفقراء والمساكين الاية ومثله روى اسمعيل بن همام عن الرضا واستشهد بالابواب السبعة وهذا القول اصح رواية والاول اكثر فلذلك قال المص اشهرهما العشر فان ذلك اشهر وهذه اصح وينبغى ترجيح الصحيح نعم من حكم بصحة رواية عبد الله بن سنان وانضم اليها حسنة ابان والباقى مرجحة توجه ترجيحه بمضمونها وهو جيد العلامة فى المخ مع حكمه بصحتها لكثرتها وزيادتها على هذه وموافقتها للاصل وبعدها عن الاضطراب اذ فى رواية السبع انه سبع الثلث وهى الرواية الثالثة التى اشار المص اليها اخرا رواها الحسين بن خالد عن ابى الحسن قال سئلته عن رجل اوصى بجزء من ماله قال سبع ثلثه وهذه الرواية مع جهل سندها بالحسين بن خالد شاذة لا عامل بمضمونها والفرق بينها وبين رواية عبد الله بن سنان المتضمنة لعشر الثلث ان الموصى فيها صرح بكون الجزء من الثلث وهنا جعله من ماله ولا اشكال فى حمل الجزء على معناه من العشر او السبع لاى شئ فان نسب الى المال فهو عشره او سبعه او الى الثلث او الى غيرهما فهو العشر او السبع من ذلك الجزء المنسوب اليه فالرواية الاولى لا تخالف شيئا من رواية السبع بخلاف هذه فانها تخالف الجميع والشيخ ره جمع بين الاخبار بحمل الجزء على العشر مع استحباب العمل بالسبع للورثة ولا باس بهذا الحمل حذرا من اطراح الروايات المعتبرة وتعلم انه يظهر مما قررناه ان معنى قول المص فيه روايتان اشهرهما العشر انه يريد بالروايتين رواية العشر ورواية السبع او اراد به جنس الرواية لانها متعددة من الجانبين وان قوله وفى رواية سبع الثلث اشارة الى رواية ثالثة لا ان هذه ثانية الروايتين وان اصحهما رواية العشر وهذه الاخرى كما يوهم ظاهر اللفظ قوله ولو كان بسهم كان ثمنا هذا هو المشهور بين الاصحاب وقد تقدم فى صحيحة البزنطى ما يدل عليه واستشهد بسهام ارباب الزكوة الثمانية ومثله حسنة صفوان عن الرضا وموثقة السكونى عن ابى عبد الله ومذهب الشيخ فى احد قوليه الى انه السدس لما روى عن ابن مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من المال فاعطاه النبى السدس وقيل انه السهم وكلام اهل اللغة والمستند ما رواه طلحة بن زيد عن ابى عبد الله انه العشر ولا نعلم به قائلا ونسبه الشيخ الى توهم الراوى وانه سمعه فيمن اوصى بجزء من ماله فظنه بالسهم او انه ظن ان السهم والجزء واحد قوله ولو كان بشئ كان سدسا هذا اللفظ من جملة الاجزاء المعينة نصا والظاهر انه اتفاق اذ لا يظهر فيه مخالف والمستند رواية ابان عن على بن الحسين انه سئل عن رجل اوصى بشئ فقال الشئ فى كتاب على من ستة قوله ولو اوصى بوجوه فنسى الوصى وجها جعله فى وجوه البر وقيل يرجع ميراثا القول الاول هو المشهور والاصح لخروج المال عن الوارث بالوصية النافذة الا انه الفرض فعوده الى ملك الوارث يحتاج الى دليل وجهالة مصرفه بصيرة بمنزلة المال المجهول المستحق فيصرف فى وجوه البر ولانه لو رجع الى الوارث بالارث لزم تبديل الوصية المنهى عنه بخلاف البر لانه عمل بمقتضاها ومن ثم اخرج عن الوارث غايته جهالة المصرف فيصرف فيما يصرف فيه المال المجهول ولان الموصى بها اراد بوصيته القربة مخصوصة

فاذا كان المنصوص بالمستثنى ابقى العموم فيكون اقرب الى مراد الموصي ويشهد له رواية محمد بن الريان قال كتبت الى ابي الحسن اسئله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصي الا بابا واحدا منها كيف يصنع بالباقي فوقع الابواب التي ادنيه اجعلها في البر والمراد بالبر وجوه القرب من الفقراء والمساجد والمشاهد وكل ما فيه قربة معتد بها والقول برجوعه ميراثا الا ابن ادريس ونقله عن الشيخ ايضا في بعض فتاويه والا فهو في كتبه مع الاول واحتج له بانها وصية بطلت لامتناع القيام بها فيرجع الى الميراث وجوابه منع استلزام ذلك تعذر القيام بها البطلان لما ذكرناه من ان وجوه البر بعض مراد الموصي مضافا الى ما ذكرناه من خروجها عن ملك الوارث فلا تعود بمثل هذه الاوهام وقد تقدم لهذه المسئلة نظائر كثيرة في الوقف والحج قوله ولو اوصى بسيف معين آه القول بدخول جميع ما ذكر في الوصية هو المشهور بين المتقدمين والمتأخرين والمستند رواية ابي جميلة عن الرضا قال سئلته عن رجل اوصى لرجل بسيف كان في جفن وعليه حليته فقال له الورثة انما لك النصل وليس لك المال قال فقال لا بل السيف بما فيه له وعن عقبة بن خالد عن ابي عبد الله قال سئلته عن رجل قال هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها وفيها طعام ايعطاها الرجل وما فيها قال هي للذي اوصى له بها الا ان يكون صاحبها متهما وليس للورثة شيء وهذه الروايات ضعيفة السند الا ان العرف شاهد بدخول جفن السيف وحليته فيه وهو محكم في امثال ذلك فانه لو قيل خذ سيفك او سافر فلان بسيفه لا يفهم منه الا مجموع هذه الاشياء حتى لو جرده عن غمده لعده العقلاء سفيها والعرف كاف في اثبات الحكم ويبقى الرواية شاهدة فالحكم بدخولها فيه قوي واما الباقي فان دل العرف على تناول الظرف للمظروف غالبا والرواية قاصرة عن اثبات المطلوب فالقول بعدم الدخول اجود نعم لو دل العرف او القرينة على شيء في بعض الافراد اتبع كما انه لو دل على عدم دخول الجفن او الحلية في بعض الموارد لم يدخل وجملة الامر يرجع الى عدم الدخول الا مع العرف او القرينة والقول الذي اشار اليه المصنف استبعده الشيخ في النهاية فانه حكم بدخول هذه الاشياء بشرطان يكون الموصي عدلا مأمونا والا لم ينفذ الوصية في اكثر من ثلثه وهو بعيد من وجوه احدها اشتراط عدالة الموصي وهو غير معتبر في الوصية مطلقا وانما يعتبرها بعض الاصحاب في الاقرار على بعض الوجوه على ما فيه وثانيها نفوذها من الاصل على تقدير العدالة ومن الثلث على تقدير عدمها وهذا ايضا ليس من جملة احكام الوصية بل من احكام اقرار المريض على بعض الوجوه وثالثها تعميم الحكم في هذه الاشياء مع ان الرواية التي هي منشأ حكمه انما تضمنت بعضها وهي رواية عقبة بن خالد المشتملة على السفينة خاصة فتعديته الى غيرها مع مخالفته للاصل بعيد واعلم انه لا فرق في الحكم على التقديرين بين كون الصندوق مقفلا والجراب مشدودا وعدمه خلافا للمفيد حيث قيدهما بذلك واحترز المص بالمعين في هذه عما لو كان مطلقا كما لو قال اعطوه سيفا او سفينة او صندوقا فانه لا يتناول الا الظرف خاصة عملا بمدلول الرواية حيث خصتها بالمعين ولدلالة العرف عليه ايضا وهو يتم في غير السيف اما فيه فدخول الجفن قوي لانه كالجزء عرفا اما الحلية فلا يدخل الا مع التعيين قوله ولو اوصى باخراج بعض ولده من تركته الى قوله مهجورة اختلف الاصحاب فيمن اوصى باخراج بعض ولده من الارث هل يقع صحيحا ويختص الارث بغيره من الوارث بعد او يخرج من الثلث ويصح في ثلثه ان زاد ام يقع باطلا الاكثر على الثاني لانها مخالفة للكتاب والسنة فيلغو قال الله تعالى يوصيكم الله في اولادكم الاية واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض وروى سعد بن سعد عن الرضا في رجل كان له ابن يدعيه فنفاه ثم اخرجه من الميراث وانا وصيه فكيف اصنع فقال ع لزم الولد لاقراره بالمشهد لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه ظلوم وجه الصحة واعتبار الثلث ان اخراجه من التركة يستلزم تخصيص باقي الورثة بها فكان كما لو اوصى لهم فيمضي من الثلث بمعنى حرمان الموصى باخراجه من الثلث ومشاركته في الثلثين ان كان معه مساو والاختصاص بالباقي ان لم يكن وهذا القول رجحه العلامة في المختلف وعلى هذا فلو اجاز نفذت في الجميع ويضعف بان الحمل على الوصية خلاف مدلول اللفظ لان اخراجه من الارث لا يقتضي كونه اوصى بنصيبه لباقي الورثة وان لزم منه رجوع الحصة اليهم لان ذلك ليس بالوصية بل الاستحقاقهم التركة حيث لا وارث غيرهم وربما لم يكن حال الوصية عالما بالوارث كما لو لم يكن له الا ذلك الولد ولا يعلم من يرثه بعده ولم يخطر بباله الوارث فالحكم بالوصية بذلك عدول باللفظ الى ما لا يدل عليه باحدى الدلالات فان انتفاء دلالة المطابقة والتضمن واضح ودلالة الالتزام قد عرفت تخلف شرطها لان شرطها اللزوم البين بحيث يلزم من تصور الملزوم تصور اللازم او مع الوسط وهو منتف كما اشرنا من جواز ذهوله عن الوارث اصلا وعدم التفاته اليه بل عدم معرفته وانما غرضه مجرد الانتقام من الولد الوارث فالبطلان مطلقا اقوى واشار بقوله وفيه رواية بوجه اخر مهجورة على ما رواه الشيخ والصدوق عن وصي علي بن السري قال قلت لابي الحسن موسى ع ان علي بن السري توفي واوصى الي فقال رحمه الله قلت ان ابنه جعفر وقع على ام ولد له فامرني ان اخرجه من الميراث فقال لي اخرجه فان كنت صادقا فيصيبه خبل قال فرجعت فقدمني الى ابي يوسف القاضي فقال له اصلحك الله انا جعفر بن علي بن السري وهذا وصي ابي فمره فليدفع الي ميراثي من ابي فقال لي ما تقول فقلت له نعم هذا جعفر بن علي بن السري قال فادفع اليه ماله فقلت اريد ان اكلمك فقال فادن فدنوت حتى لا يسمع احد كلامي فقلت له هذا وقع على ام ولد لابيه فامرني ابوه واوصى الي ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فاتيت موسى بن جعفر بالمدينة فاخبرته وسألته فامرني ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فقال الله ان ابا الحسن امرك قال فقلت نعم فاستحلفني ثلثا ثم قال انفذ ما امرك فالقول قوله قال الوصي فاصابه الخبل بعد ذلك قال الشيخ في كتابي الاخبار بعد نقل الحديث ان الحكم مقصور على هذه القضية لا يتعدى بها الى غيرها وقال الصدوق عقيب هذه الرواية من اوصى باخراج ابنه من الميراث ولم يحدث هذا الحدث لم يجز للوصي انفاذ وصيته في ذلك وهذا يدل على انهما عاملان بها في مثل ذلك اما الشيخ فكلامه صريح فيه واما ابن بابويه فانه وان لم يصرح به بل انما دل بمفهومه عليه الا انه قد نص في اول كتابه على ان ما يذكره يفتي به ويعتمد عليه فيكون حكما بمضمونه وما ذكره من نفيه عمن لم يحدث ذلك دفع لتوهم تعديته الى غيره والا فهو كالمستغنى عنه فهذا اهل الحال الذي اشار اليه ووجه هجر الرواية ان الوصي الراوي للخبر مجهول الاسم والعدالة ولا يعمل بخبره وفي طريقه ايضا المعلى وهو مشترك بين الثقة والضعيف واعلم انه لا فرق في الحكم بين الولد وغيره من الوارث ان حكمنا بالبطلان او بنفوذها من الثلث وان عملنا بالرواية وجب قصرها على موردها وهو الولد المحدث للحدث

المذكور وقوفا فيما خالف الاصل على مورده قوله ولو اوصى بلفظ مجمل آه انما يرجع في ذلك الى الوارث لانه لا مقدر لشيء من ذلك لغة ولا عرفا ولا شرعا فكل ما يتمول صالح لان يكون متعلق الوصية اما في القسط والنصيب والحظ والقليل واليسير فواضح واما في الجليل والجزيل وما في معناهما كالعظيم والنفيس فانه وان كان يقتضي عرفا زيادة على المتمول الا انه مع ذلك يحتمل ارادة الاقل نظرا الى ان جميع المال متصف بذلك في نظر الشارع ومن ثم حكم بكفر مستحل قليله وكثيره كما نبه عليه في الاقرار ومثل ذلك منطبق على الحكم في المتمول ولا ينافيه مع ذلك وصفه بالقلة ونحوها لاختلاف الحيثية بقلته من حيث المقدار وجلالته من حيث الاعتبار وعلى هذا فلو قال اعطوا زيدا قسطا وعطيا وعمروا قسطا يسيرا لم يتميز الوارث بينهما بزيادة الاول عن الثاني لما ذكرناه مع احتماله نظرا الى غلبة العرف بارادة ذلك وفيه ان ذلك انما يعتبر لو تم مثله عند الانفراد لظهور اغلبية العرف بالفرق بين قوله يسيرا او قليلا وقوله عظيما وجليلا خصوصا مع الجمع بين الفاظ متغايرة باحد المعنيين ولو تعذر الرجوع الى الوارث لغيبة او امتناع او صغر اعطي اقل ما يصدق عليه الاسم لانه المتيقن قوله ولو قال اعطوه كثيرا آه لفظ الكثير كنظايره مما ذكر من الالفاظ السابقة في عدم دلالة اللغة والعرف على حمله على مقدر مخصوص ولكن وردت رواية ان من نذر الصدقة بمال كثير يلزمه التصدق بثمانين درهما فعداه الشيخ وجماعة الى الوصية واضاف الشيخ الاقرار نظرا الى ان ذلك تقدير شرعي للكثير كالجزء والسهم ولا يختص على مورد السؤال اذ لو حمل في غيره على غيره لزم الاشتراك المخالف للاصل مع ان الرواية الواردة في النذر مرسلة رواها علي بن ابرهيم عن ابيه عن بعض اصحابه ان المتوكل نذر ذلك فاجابه الجواد بذلك وما هذا شانه كيف يعدى الى غير مورده مع ضعفه في نفسه ومخالفته للاصل واللغة والعرف واستشهاده بالمواطن الكثيرة المنصوص فيها لا يقتضي انحصار الكثير فيه فقد ورد في القرآن فئة كثيرة وذكرا كثيرا ولم يحمل على ذلك والحق الرجوع فيه الى الوارث كالعظيم في غير موضع الاجماع لضعف الماخذ قوله والوصية بما دون الثلث افضل آه قال الصادق ع من اوصى بالثلث فلم يترك وفي لفظ اخر فقد اضر بالورثة والوصية بالخمس والربع افضل من الوصية بالثلث وقال الباقر ع كان امير المؤمنين ع يقول لان اوصي بخمس مالي احب الي من ان اوصي بالربع وان اوصي بالربع احب الي من ان اوصي بالثلث فلم يترك وقد بالغ و مقتضى النصوص والفتاوى عدم الفرق بين كون الوصية بذلك لغني او فقير وفيه من وجوه القرب والحكمة فيه النظر الى الوارث فان صلة الرحم الصدقة عليه افضل من الاجنبي وترك الوصية لغير الوارث بمنزلة الصدقة بالتركة عليه وفصل ابن حمزة فقال ان كان الورثة اغنياء كانت الوصية بالثلث اولى وان كانوا فقراء فبالخمس وان كانوا متوسطين فبالربع وهو لاحظ ما ذكرناه من مراعاة جانب الوارث واحسن منه ما فصله العلامة في كره فقال لا يبعد عندي التقدير بانه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا يستحب الوصية لان النبي ع علل المنع من الوصية بقوله ان تترك ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم فيكون ذلك افضل من الوصية لغيرهم فحينئذ يختلف الحال باختلاف الورثة وكثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم ولا يتقيد بقدر من المال قوله اذا عين الموصى له شيئا آه ان ادعى الموصى له ان الموصي اراد بتعدد المحصور من الالفاظ السابقة ونحوها مما يرجع فيه الى تفسير الوارث كان قال اعطوه مالا جليلا فقال الموصى له اراد بالف درهم فانكر الوارث فالقول قوله ثم ان ادعى الموصى له علمه بما ادعى ان الموصي اراده فعلى الوارث اليمين على نفي علمه بذلك لا على نفي ارادة الموصي فلذلك لان ارادته لا تلزم الوارث الا اذا اعلم بها وان كانت واقعة في نفس الامر فاذا ادعاها الموصى له لا يلتفت اليه الا ان يدعي علم الوارث بها فيحلف على نفي العلم لا على البت لانه حلف على نفي فعل الغير قاعدة مستمرة قوله اذا اوصى بوصية ثم اوصى باخرى مضادة للاولى عمل بالاخيرة يتحقق التضاد باتحاد الموصى به واختلاف الموصى له فان اوصى بالعين الفلانية لزيد ثم اوصى بها لعمرو او اوصى بمائة درهم مطلقا لزيد ثم قال المائة التي اوصيت بها لزيد فقد اوصيت بها لعمرو ولا يتحقق في المطلقة مطلقا كما اذا اوصى لزيد بمائة ثم اوصى لعمرو بمائة او اوصى لزيد بدار ثم اوصى لعمرو بدار ونحو ذلك ومثله ياتي في الاجزاء المشاعة كما لو اوصى لزيد بخمس ماله ثم اوصى لعمرو بثمن ماله وهكذا وقد يقع الاشتباه في بعض الوصايا المتعددة هل هي متضادة ام لا كالوصية لزيد بثلث ماله ثم الوصية لعمرو بثلث ماله وقد تقدم قوله ولو اوصى بحمل فجاءت به الى قوله بعدها واعلم انه ليس من شرط الموصى به كونه موجودا بالفعل وقت الوصية بل لو اوصى بما تحمله الامة او الدابة او الشجرة في هذه السنة او في المستقبل مطلقا صح كما سبق لكن لو اشار الى معين او اوصى بحمله الموجود او بالحمل الموجود لامته او دابتها بحيث تدل القرينة على ارادة الموجود او مطلقا نظرا الى ادعاء دلالة القرينة عليه كما اشترط كونه موجودا حال الوصية ولو بمقتضى ظاهر الشرع فان كان الحمل لامة وولدته لاقل من ستة اشهر من حين الوصية علم انه كان موجودا وانما اعتبر كونه لاقل من ستة اشهر لانه حال الوصية لا يمكن حدوثه فلا بد من فرض تقدمه في وقت يمكن فيه وطي الامة بحيث يمكن فيه تخلق الولد وذلك قد يكون في مدة قريبة من الوصية وبعيدة بحسب ما يتفق وقوعه او يمكن ولادتها له في وقت يقطع بوجوده حال الوصية ويتحقق بولادته لاقل الحمل من حين الوطي المتقدم على الوصية ولو علم عدم وجوده قطعا بان ولدته لاكثر من اقصى مدة الحمل من حين الوصية تبين بطلانها وقد فرض المص لاقصى عشرة اشهر بناء على ما يختاره فيه وانما اعتبر في الاقصى حال الوصية لانه اذا كانت المدة من حين الوصية قد مضت كان فبطريق اولى ان يكون قد مضت من حين الوطي المولد عند الحمل قبل الوصية ولو ولدته فيما بين اقصى مدة الحمل واقله امكن وجوده حال الوصية وعدمه فينظر ان كانت الامة فراشا بحيث يمكن تجدده بعد الوصية لم يحكم بصحتها لاصالة عدم تقدمه حالتها وان كانت خالية من الفراش بان فارقها الواطي المباح وطؤه لها من حين الوصية حكم بوجوده عملا بالظاهر واصالة عدم وطي غيره وما يقال من ان الظاهر الغالب انما هو الولادة لتسعة اشهر تقريبا فما يولد قبلها يظهر كونه موجودا وان كان لها فراش وان الخالية يمكن وطؤها محللا بالشبهة ومحرما لو كانت كافرة اذ ليس فيها محذور لعدم الصيانة بخلاف المسلمة يندفع بان الحكم السابق مرتب على الاصل المقدم على الظاهر عند التعارض الا فيما شذ وبالجملة فالمسئلة من باب تعارض الاصل والظاهر فلو رجح مرجح الظاهر على الاصل في بعض موارده كما يتفق في

٢٠٢ نظائره لم يكن بعيدا ان لم ينعقد الاجماع على خلافه وكيف كان فلا حرج عما عليه الجماعة واعلم ان اعتبار المصنف خلوها من زوج واضح لان المفروض كون الحمل مملوكا و
يمكن فرضه مع الزوج الرق المشروط على مولاه رق الولد او على مولاها لو كان مولاه هو الموصي و مع الحر على القول بجواز اشتراط رق الولد واما فرضه خلوها
من مولى فذكره اولى كما ذكره غيره لان المولى الحر يتبعه الولد ويمكن على بعد فرضه في مولى الرق على القول بانه يملك اذا ملك الامة فان ولده مملوك كابويه
وان كان من مولى الامة والحكم مخصوص بحمل الامة كما يظهر من تمثيله واعتبار خلوها من زوج ومولى وان كان اللفظ مطلقا ولو كان الحمل لغير الامة من البهائم فيصح
واشترط وجوده حالة الوصية بحمل الامة الآن العلم به لا يتقيد بولادته قبل ستة اشهر ولا انتفاء وجوده حالتها بعلم بتجاوز العشرة لاختلاف الحيوان
في ذلك اختلافا كثيرا والمرجع فيها الى العادة الغالبة لعدم ضبط الشارع حملها كالادمي ويختلف العادة باختلاف اجناسه فان للغنم مقدارا معلوما
عادة وللبقر مقدارا زائدا عنه وكذا الخيل وغيرها من الحيوان فيرجع فيه الى العادة لانها المحكمة عند انتفاء الشرع وحيث يقع الشك في الوجود حالة الوصية
لا يحكم بصحتها ويشكل مع هذا لحمل الادمي على الشق والحيوانات على الغالب لاشتراكهما في المقتضي على التقديرين قوله ولو قال ان كان في بطن هذه
ذكر اه الفرق بين الصيغتين ان في الاول اعتبر وجود الذكر في بطن ووجود الانثى فيه غير ان ينحصر ما في البطن في احدهما فاذا وجد ما في البطن صدق
ان في بطنها ذكرا فيستحق ما اوصى له به وان كان في بطنها انثى فيستحق ما اوصى لها به لتحقق الشرط فيهما وزيادة الاخر لا يضر لان الظرفية لشيء لا تنافي
الظرفية لغيره بخلاف الثانية فانه شرط صفة الذكورة والانوثة في جملة الحمل فقد اعتبر كون جميع ما في بطنها هو الذكر او انثى فاذا وجدا معا فلم يصدق
ان الذي في بطنها ذكر ولا انثى بل هما والمجموع غير كل واحد من اجزائه فلا يستحقان شيئا وفي حكم العبارة الثانية ان كان ما في بطنها ذكرا وان كان حملها ذكرا ونحو
ذلك فرع لو ولدت خنثى دفع اليه الاقل لانه المتيقن بناء على انه ليس طبيعة ثالثة مع احتمال عدم استحقاق شيء لانه ليس احد الامرين ولو ولدت
في الصورة الاولى ذكرين او انثيين او هما معا ففي تخيير الوارث في اعطاء نصيب الذكر لايهما شاء ونصيب الانثى لايهما شاء واشتراك الذكرين في الدرهم
والانثيين في الدرهم او الايقاف حتى يصطلحا او بطلان الوصية وجوه اجودها الاول لان المستحق للوصية هو ذكر في بطنها او انثى في بطنها وهو صادق على كل منهما فيكون
تعيينه الى الوارث كما في كل لفظ متواطئ ولا يتوجه هنا احتمال استحقاق كل واحد من الانثيين كذلك لان الموصى له مفرد نكرة فلا يتناول ما زاد على
واحد بل كان بالنسبة اليهما متواطئا كما لو اوصى لاحد الشخصين او لفقير ونحو ذلك قوله ويصح الوصية بالحمل اه المراد بصحة الوصية بالحمل الموجود
في بطن امه والمتجدد وقد تقدم حكم الموجود وانما اعاده ليرتب عليه قسيمه والمراد بالمملوكة هنا ما يعم الامة وغيرها من البهائم وان كان اطلاقها
على الامة اغلب ولو فرض ارادة الامة فهو تمثيل ولا فرق في جواز الوصية بالمتجدد من ذلك بين المضبوط بمدة كالمتجدد في هذه السنة او عشر سنين
او علقه تابعة وبين المطلق والعام المتناول لجميع ما يتجدد منها ما دامت حية ولا في المضبوط بمدة بين المتصل بالموت والمتأخر كالسنة الفلانية
والمراد من المتجدد بالعام المتناول لجميع المتجدد ما استفيد من لفظ يدل عليه كقوله كل حمل يتجدد او كل ثمرة تتجدد دائما ونحو ذلك ولو كانت الوصية
باللفظ الذي ذكره المص كقوله اوصيت بما تحمله فهل يحمل على العموم ام يحمل على ولد واحد او ثمرة واحدة يبنى على ان ما الموصولة هل تفيد العموم ام لا وفيه
خلاف بين الاصوليين ومع الشك فالواحد معلوم والاصل فيما بعده عدم التبرع به ويبقى فيه بحث اخر وهو ان الحمل المتجدد يدخل في هذه
العبارة قطعا لانها بصيغة المضارع وهل يدخل الموجود حال الوصية يبنى على ان المضارع هل هو مشترك بين الحال والاستقبال ام مختص باحدهما
حقيقة وهو في الاخر مجاز فيه خلاف بين الاصوليين والنحويين وعليه يتفرع الحكم والاولى عدم دخول الموجود للشك في تناوله للحال ورجحان
الاشتراك الموجب لعدم حمله على المعنيين على المختار عند الاصوليين وبالجملة فالمسئلة مشكلة المأخذ جدا قوله ولو اوصى بخدمة عبد او ثمرة
الغرض من ذلك بيان كيفية احتساب المنفعة الموصى بها مؤبدة فامرها سهل لان العين ينبغي لها قيمة معتبرة بعد اخراج ثلث المنفعة فاذا اوصى
بمنفعة العبد مثلا عشر سنين قوم العبد بجميع منافعه فاذا قيل قيمته مائة دينار قوم ثانيا مسلوب المنفعة تلك المدة فاذا قوم كذلك بخمسين فالتفاوت
خمسون يخرج من الثلث بمعنى انه يعتبر ان يكون بيد الوارث مائة منها رقبة العبد وقيمتها في المثال خمسون وربما استشكل اخراج هذه المنافع من الثلث
من حيث انها متجددة بعد الموت والمتجدد بعد الموت من زوائد التركة لا يحسب منها ولا تنفع موروثة بل يملكها الوارث فكيف يحسب على الموصى له من الثلث
المفضي لكونها من التركة واجيب بان المحسوب من الثلث ليس هو نفس المنافع المتجددة وانما هو التفاوت بين القيمتين للعين منتفعا بها ومسلوبة المنافع
او مجموع قيمة العين كما سيأتي وذلك مملوك للموصي ومعدود في تركته قطعا اذ لا شبهة في كون تلك المنافع تنقص قيمة العين ويختلف قيمتها باختلافها
زيادة ونقصانا فذلك هو المحسوب وان كنا لا نقضي الدين من المنافع المتجددة بعد الموت ولا نحسبها من جملة التركة وان كانت المنفعة مؤبدة ففي تقويمها
اوجه احدها تقويم العين بمنافعها وخروج مجموع القيمة من الثلث لخروجها بسلب جميع منافعها من التقويم فصار فائتا على الورثة جميع القيمة فكانت هي
الفائتة ولان المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها لان مدة عمره غير معلومة واذا تعذر تقويم المنافع تعين تقويم الرقبة وثانيها ان المعتبر ما بين قيمتها
بمنافعها وقيمتها مسلوبة المنافع وعلى هذا تحسب قيمة الرقبة من التركة لان الرقبة باقية للوارث ويقدر على الانتفاع بها بالعتق لو كان مملوكا وهو
غرض كثير متقوم بالمال وبيعها من الموصى له او مطلقا وهبتها والوصية بها فلا وجه لاحتسابها على الموصى له ويمكن الانتفاع من البستان بما ينكسر
من جذوعه وييبس ومن الدابة لانها اذا اخربت ولم يعمرها الموصى له فيقوم العبد مثلا بمنفعته فاذا قيل مائة ويقوم مسلوب المنفعة صالحا
للعتق وما ذكرنا فاذا قيل عشرة علم ان قيمة المنفعة تسعون فيعتبر ان يبقى مع الورثة ضعفها ومن جملة الرقبة بعشرة وهذا هو الاصح وثالثها ان
تحسب قيمة المنفعة من ثلث ولا يحتسب قيمة الرقبة على احد من الوارث ولا الموصى له اما الموصى له فلانها ليست له واما الوارث فلتحيل له بقيمته
منها وتسليط قيمتها بسلب منافعها فكانها تالفة وهذا يتم مع فرض عدم القيمة للرقبة منفردة كبعض البهائم والا فعدلها الوسط ظاهر اذا

٢٠٣ عرفت ذلك فيتفرع على هذه الاوجه مسائل كثيرة منها ما لو اوصى لرجل برقبته ولاخر بمنفعته فان قلنا يعتبر من الثلث تمام القيمة نظر فيما سواه من التركة
واعطي كل واحد حقه كاملا او غير كامل وان قلنا المعتبر التفاوت فان حسبنا الرقبة على الوارث اذ يبقت له حسبت هنا كمال القيمة عليهما والا لم يحسب
ايضا على الموصى له بها ويجب تصحيحه من غير اعتبار الثلث ومنها لو اوصى بالرقبة لرجل وابقى المنفعة للورثة فان اعتبرنا من الثلث كمال القيمة لم يعتبر هذه
الوصية من الثلث لجعلنا الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة وان قلنا المعتبر التفاوت فان حسبنا القيمة على الوارث حسبنا هنا قيمة الرقبة على اهل
الوصايا ويدخل في الثلث والا فهنا يحسب قدر التفاوت على الوارث ولا يحسب قيمة الرقبة على ايهما بالذات قوله واذا اوصى بخدمة عبد مدة معينة
فنفقته على الورثة لانها تابعة للملك لا اشكال في وجوب النفقة على الوارث لو كان المنفعة موقتة لبقاء الرقبة على ملك الوارث والنفقة تابعة
لذلك ولم يخرج الرقبة عن كونها منتفعا بها وانما الكلام في نفقة المؤبدة منفعته للموصى له والمص لم يتعرض لحكمه وفي محل وجوب نفقته اوجه احدها وهو
الاصح انه الوارث كالاول لما ذكرنا من كونه المالك للرقبة وهو مناط النفقة والثاني انه الموصى له لكونه مالكا للمنفعة مؤبدا فكان كالزوج ولان
نفعه له فكان ضرره عليه كالمالك لهما جميعا ولان اثبات المنفعة للموصى له والنفقة على الوارث اضرار به منفي والثالث انه من بيت المال لان
الوارث لا نفع له والموصى له غير مالك وبيت المال معد للمصالح وهذا انهار ويضعف الثاني بان ملك المنفعة لا يستتبع النفقة شرعا كالمستأجر
والقياس على الزوج باطل مع وجود الفارق فان الزوجة غير مملوكة والنفقة في مقابلة التمكين والاستمتاع لا في مقابلة المنافع وثبوت الضرر
بايجابها على الوارث ممنوع لانتفائه مع اليسار وانتفائها مع عدمه واما النفقة من بيت المال فمشروط بعدم المالك المتمكن وهو هنا موجود
واعلم انه لا فرق بين العبد وغيره من الحيوانات المملوكة واما عمارة الدار الموصى بمنافعها وسقي البستان وعمارته من حرث وغيره اذا اوصى بثماره فان
تراضيا عليه او تطوع احدهما به فذاك وليس للاخر منعه وان تنازعا لم يجبر احدهما بخلاف نفقة الحيوان لحرمة الروح ويحتمل وجوب الخلاف في العمارة
وساير المؤن بناء على وجوب ذلك على المالك حفظا للمال والفرق واضح نعم لو كانت المنفعة موقتة اتجه وجوبها على المالك واجباره عليها حفظا
للمال عن الضياع لان منفعته به من قبل ان اوجبنا اصلاح المال قوله وللموصى له التصرف في المنفعة اه اما جواز التصرف في الرقبة في الجملة فظاهر
لانها ملكهم فيجوز التصرف فيها بالعتق مطلقا اذ لا مانع منه بوجه ولا يبطل حق الموصى له من المنافع كما كانت قبل العتق لان حق الوارث هو الرقبة
فلا يملك اسقاط حق الموصى له من المنافع وليس للعتيق الرجوع على الوارث بشيء لان تفويت المنافع عليه ليس من قبله واما بيعه فان كان المنفعة
موقتة بوقت معلوم فجوازه واضح لعدم المانع كما يجوز بيع العبد المستأجر وان كانت مؤبدة ففي جوازه مطلقا او على الموصى له خاصة او المنع مطلقا اوجه
اجودها الجواز حيث يبقى له منفعة كالمملوك لامكان عتقه وتحصيل الثواب به اعظم المنافع ولانه يتوقع استحقاق الارش بالجناية عليه او الحصة منه
وقد تقدم في بيع المعمر ما يحقق موضع النزاع ويرجح الجواز ولو لم يبق له منفعة كبعض البهائم فالمنع اجود لانتفاء المالية عنه بسلب المنافع كالحشرات
نعم لو اوصى بنتاج الماشية مؤبدا صح بيعها لبقاء بعض المنافع والفوائد كالصوف واللبن والظهر وانما الكلام فيما استغرقت الوصية قيمته قوله
ولو اوصى له بقوس انصرف الى قوس النشاب والنبل والحسبان الا مع قرينة تدل على غيرها اسم القوس يطلق على العربية وهي التي يرمى بها النبل
وهي السهام العربية وعلى الفارسية وهي التي يرمى بها سهام النشاب وعلى القسي التي لها مجرى ينفذ فيها السهام الصغار وتسمى الحسبان وعلى
الجلاهق وهي ما يرمى به البندق وعلى قوس الندف والسابق الى الفهم من لفظ القوس احد الاقواس الثلثة فاذا قال اعطوه قوسا حمل على احدها
دون الجلاهق وقوس الندف هكذا اطلقه المص والاكثر وقال ابن ادريس يتخير الورثة في اعطاء ما شاؤا من الخمس لان اسم القوس يقع على كل واحد
منها ولا دليل للتخصيص وفي كل واحد من القولين نظر لان الذهاب الى التخيير بين الثلث يعرف باطلاق اسم القوس على الخمسة ولكن يدعى غلبته
في الثلثة عرفا وذلك يقتضي في المخلفة اتباع العرف في ذلك وهو يختلف باختلاف الاوقات والاصقاع ولا ريب ان المتبادر في زماننا هو القوس
العربية خاصة وقوس الحسبان لا يكاد يعرفه اكثر الناس ولا يتصور انه مستعمل منهم في العرف فيما وانه للاولين بعيدة ونظر ابن ادريس الى الاطلاق
اللغوي جيد لكن العرف مقدم عليه والاولى انه ان وجدت قرينة تخصص احدها حمل عليه مثل ان يقول اعطوه قوسا يندف به او يبعثه برقي
فينصرف الى قوس الندف او يغزو بها فيخرج قوس الندف والبندق او لم يكن معتادا في الغزو وان انتفت القرائن اتبع عرف بلد الموصي فان تعدد
تخير الوارث ولو قال اعطوه ما يسمى قوسا ففي تخيره بين الخمسة او بقاء الاشكال كالاول وجهان اجودهما الاول اذا تقرر ذلك فالواجب اعطاؤه ما
يطلق عليه الاسم عرفا وهو يتحقق بدون الوتر على الظاهر وقيل لا لان المقصود منه لا يتم الا به فهو كالفص بالنسبة الى الخاتم والعلاقة بالنسبة الى السيف
بل اولى لانه بدونه بمنزلة العصا والاجود الرجوع الى العرف او القرينة وبدونه لا يدخل قوله وكل لفظ وقع على اشياء وقوعا متساويا فللورثة
الخيار في تعيين ما شاؤا منها هذا كالتتمة لما سبق مع افادة قاعدة كلية فان لفظ القوس يطلق على اشياء متعددة على القولين فيتخير الورثة
في اعطاء ما شاؤا اما انصرف لبه اللفظ من الثلثة والخمسة وغيرها وهذا اللفظ وان كان يعطي القاعدة في غير هذه المسئلة الا انه يتوسط
بين احكام القوس يرشد الى تخصيصه بمسئلة وان كان حكمه على الاطلاق صحيحا ايضا والكلية متناولة للفظ المشترك لانه هو اللفظ الواحد
الواقع على اشياء متعددة وفي حكمه المتواطئ فان الوارث يتخير في افراده الداخلة تحت معناه ويمكن ادخاله في العبارة بجعل الاشياء الواقع عليها
اللفظ عليها اعم من كونها داخلة تحته بغير واسطة وهو المشترك او بواسطة المعنى الواحد وهو المتواطئ وهذا اعم فائدة وفي عبارة العلامة تصريح
بارادته على ما فيه من التكلف والحاصل ان الموصي بلفظ يقع على اشياء وقوعا متساويا اما لكونه متواطئا بان يكون الوصية بلفظ له معنى كلي
المعنى يقع على اشياء متعددة كالعبد او لكونه مشتركا بين معان متعددة كالقوس فان للورثة الخيار في تعيين ما شاؤا اما في المتواطئ

٤٠٤ فلان الوصية بردّ صيغة بالماهية الكلية وخصوصيات الافراد غير مقصودة له الا تبعا فيتخير الوارث في تعيين اي فرد شاء لوجود متعلق الوصية في جميع الافراد
واما المشترك فلان متعلق الوصية هو الاسم وهو صادق على المعاني المتعددة حقيقة فيتخير الوارث وربما قيل في المشترك بالقرعة وهو بعيد قوله
اما لو قال اعطوه قوسي ولا قوس له الا واحدة انصرفت الوصية اليها من اي الاجناس كانت هذا تتمة حكم الوصية بالقوس وحاصله ان التخيير بين
الثلثة والخمسة انما هو مع الاطلاق واعطاء القوس من غير ان يضيفه الى نفسه فانه في نفسه مشترك متعلق اما لو قال اعطوه قوسي ولم يكن له الا احدها
انصرفت الوصية اليه من اي نوع كان لتقييده بالاضافة فلو فرض مع قوله اعطوه قوسي ان له قسيا متعددة فكما سبق في التخيير لكن يزيد هنا
ان الحكم مختص بما لو كان له من كل نوع فلو كان له من نوعين خاصة او ثلثة فان كان احدها خاصة من الغالب حمل عليه وان اشتركت في الغلبة تخير
الوارث وان تعدد الغالب مع وجود غيره كما لو كان له قوس ندف وقوس نبل وقوس جسبان تخير في الاخيرين خاصة ولو لم يكن له الا قوس ندف
وجلاهق خاصة ففي التخيير بينهما او الانصراف الى الجلاهق لانه اغلب وجهان وعلى ما اخترناه من مراعاة العرف يرجع اليه هنا واعلم ان القوس
مما يجوز تذكيره وتانيثه لغة سماعا ذكره جماعة من اهل اللغة فلذلك انث المصنف وذكره غيره قوله ولو اوصى برأس من مماليكه كان الخيار في التعيين
الى الورثة اه المملوك من الالفاظ المتواطية بالنظر الى ما تحت معناه من الافراد يشمل الذكر والانثى والخنثى والصغير والكبير والصحيح والمعيب والمسلم
والكافر فيتخير الوارث في اعطاء ايها شاء لوقوع اسمه على كل واحد منها وانما اخبرنا هنا بالمعيب مع اطلاق الموصي ولم نحمل عليه في التوكيل في البيع ونحوه لان
عقود المعاوضات مبنية على المكايسة ويطلب فيها حفظ المالية بخلاف الوصية فانها تبرع محض فيتبع اللفظ وان فات بعض المالية وانما
يتخير الوارث مع وجود المتعدد في التركة والا تعين الموجود ولو لم يوجد له مملوك بطلت وهل المعتبر بالوجود عند الوصية او الموت وجهان اجودهما الثاني
لانه وقت الحكم بالانتقال وعدمه كما اعتبر المالك ووجه الاول اضافة المماليك اليه المقتضية لوجود المضاف قوله ولو هلكت مماليكه بعد وفاته اه
المراد بهلاكهم موتهم لا اباقهم فقتلهم وان كان اللفظ اعم اذ لو قتلوا الا واحدا لم يتعين للوصية لان المقتول بمنزلة الموجود ومن ثم لم يبطل الوصية بقتل
الجميع فيتخير الوارث في تعيين من شاء من الحي والمقتول ووجه البطلان مع موت الجميع فوات متعلق الوصية بموتهم بخلاف القتل لبقاء المالية بثبوت
القيمة على القاتل وهو يدل لغل العين فكانت للموصى له والتقييد بهلاكهم بعد الوفاة لادراج باقي الاقسام فيه بغير اشكال فان قتلهم في حال
حيوته موضع خلاف في بطلان الوصية من حيث فوات متعلق الوصية ومن بقاء البدل وهو القيمة وان كان الاصح عدم البطلان واما الهلاك با
بالموت فلا فرق بين وقوعه في حيوته وبعد موته في البطلان ان استوعب الصحة ما بقي واحد فتقييده ببعدية الوفاة لا وجه له واعلم ان الحكم بعد
البطلان لو قتلوا بعد الوفاة واضح على تقدير سبق القبول القتل وعلى القول بكون القبول كاشفا من سبق الملك بالموت وبالمراعاة اما
على القول بانها لا تملك الا بالقبول فقيل انها تبطل كالموت لفوات محل الوصية قبل ملكه كذا فصله العلامة في كره وهذا انما يتم على القول بانهم
لو قتلوا حال الحيوة بطلت ايضا اما لو قلنا بعدم البطلان ثم فعدمه لو قتلوا بعد الوفاة على جميع التقادير بطريق اولى لتعلق حقهم في الجملة وان لم يتم
بخلاف حال الحيوة لعدم تصور ملك الموصى له حج قوله ويثبت الوصية بشاهدين اه لا شبهة في ثبوتها بشهادة شاهدين مسلمين عدلين لان ذلك
مما يثبت به جميع الحقوق عدا ما استثنى مما يتوقف على اربعة وحكم الوصية اخف من غيرها ومن ثم قبل فيها شهادة المراة الواحدة على بعض الوجوه
وشهادة اهل الذمة كما ولا فرق في قبولها بهما بين كونها بمال وولاية ومع عدم وجود عدول المسلمين يقبل شهادة عدول اهل الذمة بالمال
للاية والرواية ودعوى نسخها لم تثبت والاية تضمنت اشتراط قبولها بالسفر وتحليفهما بعد الصلوة قائلين لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا
نكتم شهادة الله انا اذا لمن الاثمين وذلك اذا ارتاب في الميت في شهادتهما وانه وان عثر على انهما شهدا بالباطل فليس له نقض شهادتهما
حتى يجئ شاهدان فيقومان مقام الشاهدين الاولين فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما وما اعتدينا انا اذا لمن الظالمين واكثر الاصحاب
ومنهم المص لم يعتبروا السفر وجعلوه خارجا مخرج الغالب ولا الحلف واوجبه العلامة بعد العصر بصورة الاية وهو حسن لعدم ظهور المسقط
ويمكن استنادهم في عدم اشتراط السفر الى موثقة هشام بن الحكم عن ابي عبد الله ع في قوله تع او اخران من غيركم قال اذا كان الرجل في بلد ليس فيها
مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم على الوصية فانها مثناولة باطلاقها للحضر والسفر ولو وجد مسلمان فاسقان فالذميان اولى للاية واما
المسلمان المجهولان فيبنى على اشتراط ظهور العدالة كما هو المشهور والحكم بها ما لم يظهر خلافها كما ذهب اليه جماعة من الاصحاب فعلى الثاني لا ريب
لا ريب في تقديم المستور من المسلمين لانه عدل وعلى الاول ففي تقديمه على اهل الذمة وجهان واختار العلامة تقديم المسلمين بل قدم الفاسقين
اذا كان فسقهما بغير الكذب والخيانة وفيه نظر قوله ويقبل في الشهادة بالمال اه الحكم فيها موضع وفاق لان الضابط الكلي ثبوت المال مطلقا بذلك
والوصية بالمال من افراده وقد دل قوله تع فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء على الاكتفاء برجل وامراتين ولا خلاف عندنا في الاكتفاء
بالشاهد مع اليمين وهو ثابت في السنة عن النبي ص وسياتي في بابه قوله ويقبل شهادة الواحدة اه هذا ايضا موضع وفاق بين الاصحاب لوروده
في الصحيح عن امير المؤمنين ع ولا يخفى ان ذلك مع عدالة النساء كما هو المعتبر في كل شهادة ولا يتوقف ثبوت ما ذكر بشهادتهن على اليمين
لاطلاق النصوص فلو اعتبر لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة ولا بعد فيه بعد ثبوته بالنص وان كان مخالفا لحكم غيره من الحقوق فانها مختلفة
بحسب الشهادة اختلافا كثيرا واختار العلامة في كره توقف الحكم في جميع الاقسام على اليمين كما في شهادة الواحد وفيه ان اليمين مع شهادة الواحد
يوجب ثبوت الحكم للجميع فلا يلزم مثله في البعض ولو فرض انضمام اليمين الى الاثنين او الثلث ثبت الجميع لقيامهما مقام الرجل اما الواحدة
فلا يثبت بها سوى الربع مطلقا ولو شهد رجل واحد ففي ثبوت النصف بشهادته من غير يمين نظرا الى قيام شهادته مقام اثنين او الربع

٤٠٥ خاصة لانه المتيقن من حيث انه لا ينقص عن المراة او سقوط شهادته اصلا وقوفا فيما خالف الاصل على مورده او جعل اوسطها الوسط والخنثى كالمراة على الاقوى
مع احتمال سقوطها هنا لما ذكر في الرجل الى التحديد واعلم ان المراة الواحدة لو علمت بالحال فاضعفت المال حتى صار ربعه قدر الموصى به ليثبت الجميع قبلها له
واستباحه الموصى له مع علمه بالوصية او جهله يكن ذلك في الزيادة لا بعد نهاؤ ولكن لا يجوز لها تضعيفه لذلك للكذب ولا يتنزل في قبول شهادة المراة
هنا منزلة الرجال عملا بالعموم خلافا لابن ادريس وغيره ابن الجنيد قوله ولا يثبت بالولاية الا بشاهدين اه لا خلاف في عدم قبول شهادة النساء منفردات في
الولاية لانها ليست وصية بمال بل هي تسلط على تصرف فيه ولا مما يخفى على الرجال غالبا وذلك ضابط محل قبول شهادتهن منفردات واما ثبوتها بشهادة
الواحد مع اليمين فقد يتردد فيه المص ثم استظهر المنع وهو واضح لان ضابطه ما كان من حقوق الادميين مالا او المقصود منه المال والولاية ليست
احدهما ووجه تردده مما ذكرناه ومن انها قد تتضمن المال كما اذا اراد اخذ الاجرة او الاكل بالمعروف بشرطه ولما فيها من الارفاق والتيسير فيكون من ادلة
للاية والرواية ولا يخفى ما فيه وقد قطع الاصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسألة ولا تردد ووافقهم المص في مختصر الكتاب على القطع وابدل هذا التردد
بالتردد في ثبوت الوصية بالمال بشاهد ويمين وكلاهما كالمستغنى عنه للاتفاق على الحكم والقاعدة المفيدة للحكم فيهما قوله ولو اشهد انسانا اه
الاصل في هذه المسألة ما رواه الحلبي في الصحيح عن ابي عبد الله ع في رجل مات وترك جارية ومملوكين فورثهما اخ له فاعتق العبدين وولدت الجارية
غلاما فشهدا بعد العتق ان مولاهما كان اشهدهما انه كان يقع على الجارية وان الحمل منه قال تجوز شهادتهما ويردان عبدين كما كانا وهذه الرواية
مبنية اما على قبول شهادة المملوك مطلقا او على مولاه لانهما بشهادتهما للولد والحكم بها صار ارقا له فتبين ان عتقهما لم يكن وارثا وعلى ان المعتبر حريتهما
حال الشهادة وان ظهر خلافها بعد ذلك او على ان الشهادة للمولى لا عليه فتقبل كما هو احد الاقوال في المسألة وفيه ان الحكم بكون الولد مولى حتى
على شهادتهما فلو توقف شهادتهما على كونه مولى لهم لكان الشهادة لم دار والشيخ رحمه الحكم بالوصية فان امرها اخف من الحقوق كما قلت فيها شهادة
اهل الكتاب كيف كان فلا سبيل الى رد الرواية الصحيحة المقرونة بعمل الاصحاب اذا تقرر ذلك وحكم ببنوة الولد عادا رقا للابن وفي وقوع العتق من
مالك وبكره له استرقاقهما الا انهما كانا سبب حريته بعد الرقية فلا يكون سببا في رقيتهما بعد الحرية وقيل لا يجوز له استرقاقهما لرواية داود بن
فرقد عن ابي عبد الله ع والاصح الكراهة ومعنى كراهة استرقاقهما استحباب عتقهما لا بنائه على العتق الاول والذي اشتملت عليه رواية داود
ان مولاهما اعتقهما واشهدهما على ان الحمل منه فشهدا بالامرين معا بعد عتقهما فقال تجوز شهادتهما ولا يسترقهما الغلام الذي شهدا له لانهما اثبتا نسبه
ومضمون هذه الرواية فرض العلامة المسألة في القواعد وعليه لا يفتقر الى تجديد العتق لانهما بزعمهما معتقان وان كان العتق اولى لعدم ثبوتهما
واما ما فرضه المص تبعا لرواية الحلبي فلا تعرض فيه لتحريم استرقاقهما ولا لكراهته الا ان تعليل الحكم في الرواية الاخرى يقتضيه فان اثبات نسبه بها يتحقق
على التقديرين وطريق الجمع بين الروايتين حمل ذلك النهي على الكراهة والاشهاد بعتق المولى لهما شهادة على المولى فلا يسمع قوله ولا يقبل
شهادة الوصي اه الضابط ان شهادته متى كان لنفسه فيها حظ لم تقبل ويتحقق ذلك بامور منها ان يشهد فيما هو وصي فيه بان يجعله وصيا على مال
معين فينازعه فيه منازع فيشهد به للموصي ومنها ان يجر به نفعا بان جعله وصيا في تفرقة ثلثه فيشهد بمال للمورث فانه يجر به نفعا باعتبار زيادة
الثلث ومنها ان يجعله وصيا على ولده الصغير فيشهد للولد بمال فانه يستفيد به ولاية على المال ولو انتفت التهمة قبلت كما لو جعله وصيا
على املاك الاطفال فشهد لهم بدين او على الصدقة بمال معين او تفرقة ملك معين فشهد للوارث بحق آخر للمورث ونحو ذلك والمنع من قبول
شهادة الوصي كذلك هو المشهور بين الاصحاب لا يعلم فيه مخالفا الا ابن الجنيد فانه قال شهادة الوصي جائزة لليتيم في حجره وان كان هو المخاصم للطفل
ولم يكن بينه وبين المشهود عليه ما يرد شهادته عليه ومال اليه المقداد في شرحه ولا باس بهذا القول لبعد هذه التهمة من العدل حيث انه ليس
بمالك وربما لم يكن له اجرة على عمله في كثير من الموارد الا ان العمل بالمشهور متعين واعلم انه يجوز قراءة يجر بالياء بعود الضمير المستكن فيه الى الشهادة
وبالباء يعود الى الوصي وان المانع من قبول شهادته التهمة بجر النفع كما ذكرنا ولو ادعى مدع على الوصي ولم يثبت وصايته لعدم البينة المرجحة له
لم يقدح ذلك في شهادته وان كان وصيا بزعمه لعدم التهمة بانتفاء الولاية ظاهرا قوله ولو كان وصيا في اخراج مال معين اه هذا من فروع المسألة
السابقة فانه يجر بشهادته نفعا لنفسه باخراج مجموع ذلك المال بشهادته من الثلث بعد ان كان بعضه مردودا كما لو اوصى اليه باخراج الف درهم
والتركة ظاهرا الفان فشهد الوصي ان للميت على احد الفا مثلا فان قبول هذه الشهادة يستلزم اخراج الالف المجعول وصيا فيها من الثلث ونفوذ
الوصية فلا تقبل ولا يشترط في المنع خروج جميع ما اوصى به اليه من الثلث بل متى كان الثلث قاصرا عن الوصية ولم يجز الوارث فشهادة الوصي
بالمال للميت مردودة وان قل لان زيادة المال توجب زيادة النافذ من الموصى به وان لم ينفذ جميعه واعلم انه لو عطف هذه المسألة على ما قبلها با
لفاء كان اجود قوله اذا اوصى بعتق عبيده اه المراد بعتق ثلثهم بالقرعة تعديلهم اثلاثا بالقيمة ثم ايقاع القرعة بينهم ويعتق الثلث الذي اخرجته القرعة
ولو توقف التعديل على ادخال جزء من احدهم فعل فان خرج الثلث الذي فيه الجزء عتق العبد بحسابه ويسعى في باقي قيمته كما في كل مبعض ولما لم يحكم
بعتق ثلث كل واحد منهم بمنزلة الموصى له وقد حكم فيما سلف بان الوصايا اذا وقعت دفعة تبسط عليها الثلث بالنسبة لما ورد من فعل النبي ص في
القرعة بين ستة عبيد اعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن له غيرهم فجزاهم اثلاثا ثم اقرع بينهم واينا فان عتق بعض كل واحد يوجب الاضرار بالوارث
حيث يوجب سعي كل واحد في باقيه فيلزم عتق جميعهم ولو رتبه في الوصية بدئ بالاول فالاول الى ان يستوفي الثلث ولو في بعض عبد هذا كله اذا لم
يجز الوارث وانما تركه لظهوره قوله ولو اوصى بعتق عدد مخصوص اه وجه القرعة ان العتق حق للمعتق ولا ترجيح فيه لبعضهم على بعض فوجب التوصل
اليه بالقرعة ووجه ما اختاره المص ان متعلق الوصية متواطئ فيتخير في تعيينه الوارث كغيره ولان المتبادر من اللفظ الاكتفاء باي عدد كان من الجميع

وهو الاقوى وان كانت الثمرة اعدل لعموله قوله ولو اعتق مملوكه اه هذه المسئلة جزئية من جزئيات منجزات المريض وسيأتي البحث فيها وتحرير محل الخلاف وبيان الراجح وانما فصلها هنا ليترتب عليها باقي المسئلة قوله ولو اعتق ثلثه سعى في باقيه اه المراد بسعيه في باقيه في كل موضع يصير بعضه حرا دفع جميع ما يكتسبه فاضلا عن مؤنته بعد ذلك في فك باقيه لا بنصيب الحرية خاصة ولو كان للمعتق مال غيره فاضل عن المستثنيات في الدين يسري عليه في ثلث ذلك الفاضل لا من الاصل لان سبب السراية وهو العتق وقع في حال المرض واعتبر من الثلث فيكون مسببه كك وخصه بالذكر للتنبيه ان العتق بالسراية فيكون من الاصل ودفع الوهم بما ذكرناه من ان مختار السبب كمختار المسبب لانه من نظر قوله ولو اوصى بعتق رقبة مؤمنة اه المراد بالمؤمنة هنا الايمان الخاص وهو ان يعتقد اعتقاد الامامية بقرينة قوله اعتق من لا يعرف بنصب مع انه كان كك قد يكون مؤمنا بالمعنى الاعم وايض فذلك هو المتعارف من فقهائنا فكانه حقيقة عرفية وقد حققناه في باب الوقف ولا ريب في وجوب تحري الوصف مع الامكان وفاء بالوصية الواجب انفاذها حذرا من تبديلها المنهي عنه فان لم يجد مؤمنة قال المص وقبله الشيخ اعتق من لا يعرف بنصب من اصناف المخالفين والمستند رواية علي بن ابي حمزة عن ابي الحسن ع قال سألته عن رجل اوصى بثلثين دينارا يعتق بها رجل من اصحابنا فلم يوجد قال يشتري من الناس فيعتق وفي السند ضعف بعلي بن ابي حمزة فالحكم بها مع مخالفة مقتضى الوصية ضعيف ومع ذلك فليس في الرواية تقييد بعدم النصب لكن اعتبره الجماعة نظرا الى ان الناصب كافر وعتق الكافر غير صحيح فالقيد من خارج ويلزم على ذلك اعتبار عدم الكفر مط فان عدم النصب اعم من عدم الكفر لجواز وجوده في ضمن غيره من الفرق الاسلامية المحكوم بكفرها فضلا عن غيرها والاقوى انه لا يجزي غير المؤمنة فيتوقع المكنة قوله ولو ظنها مؤمنة فاعتقها ثم بانت بخلاف ذلك اجزأت عن الموصي وذلك لانه متعبد في ذلك بالظاهر اذ لا يمكن الاطلاع على السرائر الا الله فقد امتثل الامر وهو يقتضي الاجزاء ولا فرق في ذلك بين استناده في ايمانها الى اخبارها او اخبار من يثبت بقوله ذلك قوله ولو اوصى بعتق رقبة بثمن معين اه المراد بقوله فلم يجد به لم يحصل شراؤها انه وجد لك باكثر من ذلك الثمن المعين بقرينة ما ذكره في قسيمه بقوله ولو وجد باقل وليستفاد من قوله لم يحصل شراؤها انها موجودة والا كان قوله فلم يجد شاملا لما لم يجد اصلا او وجد بازيد وعدم وجوب الشراء بازيد واضح لانتفاء المقتضي له وح فيتوقع امكان الشراء به فان يئس منه ففي بطلان الوصية وصرفه في البر او شراء شقص به فان تعذر فاحد الامرين اوجه اجودها الاخير لان شراء الشقص اقرب الى مراد الموصي من عدمه ولعموم فأتوا منه ما استطعتم ولخروج المال عن الوارث بالموت فلا يعود ووجه البر مصرف مثل ذلك في تقدم له نظائر ووجه البطلان تعذر الموصى به ولا دليل على وجوب غيره ونفى عنه في كره الباس وقد ظهر جوابه واما وجوب الشراء بادون لو وجد واعطاء الباقي فلرواية سماعة عن ابي عبد الله ع قال سألته عن رجل اوصى ان يعتق عنه نسمة بخمسمائة درهم من ثلثه فاشترى نسمة باقل من خمسمائة درهم وفضلت فضلة فما ترى قال تدفع الفضلة الى النسمة من قبل ان يعتق ثم يعتق عن الميت والرواية مع ضعف سندها بسماعة دلت على اجزاء الناقصة وان امكنت المطابقة لانه لم يستفصل فيها هل كانت المطابقة ممكنة ام لا وترك الاستفصال من وجوه العموم الا ان الاحتمال لها على تعذر الشراء بالقدر ولا بأس بذلك مع اليأس من العمل بمقتضى الوصية لوجوب تنفيذها بحسب الامكان واعطاء النسمة الزائد يصرف له في وجوه البر وهو محلها ويبقى الرواية شاهدة ان لم تكن حجة لان سماعة وان كان واقفيا لكنه ثقة فيبتني حجيتها على قبول الموثق او على جبر الضعيف بالشهرة وعلى ما بيناه لا ضرورة الى ذلك لموافقة مضمونها للقواعد اذا قيدت باليأس من تحصيل النسمة بالشرط قوله ويشترط في الموصى له الوجود اه لما كانت الوصية تمليك عين او منفعة كما سلف من تعريفها اشترط كون الموصى له قابلا للتمليك ليتحقق مقتضاها فلا تصح الوصية للمعدوم ولا للميت وتبع في تخصيص الميت على خلاف مالك حيث صحح الوصية له مع علمه بموته ويصرف الى وارثه وبالمنع من الوصية لما تحمله المرأة مط على خلاف بعض الشافعية حيث صحح الوصية له كما صرح به وبعضهم حيث جوزها له بشرط وجوده حال الموت والاصح عندهم البطلان مط كما اخترناه واما الوصية لمن سيوجد فقد اطلق الاصحاب وغيرهم المنع منه ولو بالتبعية للموجود مع انه قد تقدم جواز الوقف على المعدوم تبعا للموجود ودائرة الوقف اضيق من دائرة الوصية كما يعلم من احكامهما ويمكن الفرق بينهما الموجب لافتراقهما في هذا الحكم بان الغرض من الملك في الوقف تمليك العين على وجه الحبس واطلاق الثمرة فالموقوف حقيقة هو العين وملكها حاصل للموقوف عليه الموجود ثم ينتقل الى المعدوم وان كان يتلقى الملك من الواقف ففائدة الملك المقصودة منه محققة فيهما بخلاف الوصية فان الملك المقصود منها اطلاق الاصل والثمرة على تقدير كون الموصى به الاصل وعلى تقدير كون الثمرة المتجددة فيعتبر قبول الموصى له لنقل الملك ابتداء اذا تقرر ذلك فاذا اوصى للموجود ثم للمعدوم فان كان بعين فمقتضى تملك الوصية للموجود تملكها ونقلها عن ملكه اذا شاء والتصرف فيها كك ينافي الوصية بها للمعدوم لان الوصية له يقتضي تمليكه ايض فلا بد من وصولها اليه وان كانت الوصية بثمرة فهو موضع الشبهة كما لو اوصى مثلا بثمرة بستان خمسين سنة لزيد ولاولاده المتجددين من بعده فهذا وان لم يكن فيه ذلك المحذور الا ان كل واحد من الموصى له الاول واولاده موصى له بطريق الاستقلال لا التبعية لان الثمرة التي يملكها الاول بالوصية غير الثمرة التي يملكها الثاني في زمانه وملك الاصل الجامع بينهما منتف عنهما فيصدق تمليك المعدوم الذي لا يقبل الملك ولا بالتبعية بخلاف الوقف لان الملك متحقق للموجود في الاصل ابتداء ومنه ينتقل الى المعدوم كما تقرر وكان تابعا له فيه فظهر الفرق قوله وتصح الوصية للاجنبي والوارث اتفق اصحابنا على جواز الوصية للوارث كما يجوز لغيره من الاقارب والاجانب واخبارهم الصحيحة به واردة ففي صحيحة ابي بصير قال قلت لابي عبد الله ع يجوز للوارث وصية قال نعم وفي صحيحة ابي ولاد عنه ع لما سئل عن الميت فيوصي للبنت بشيء قال جائز ومضمونها من الاخبار وفي الاية الكريمة ما يدل على الامر به فضلا عن جوازه قال الله تع كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين ومعنى كتب فرض وهو هنا بمعنى

الحث والترغيب دون الفرض والوالدان لا يبدأن بكونهما وارثين وان تخلف ذلك في الاقربين لمانع من الوجوه الا ان يكون الابوان ممنوعين من الارث بكفر وما في ٢٠٧
معناه واللفظ اعم منه فيشمل موضع النزاع وذهب اكثر الجمهور الى عدم جوازها للوارث وقد ورد في ذلك حديث من طرقهم انه قال لا وصية للوارث واختلفوا في تنزيل الاية فمنهم من جعلها منسوخة باية المواريث ومنهم من حمل الوالدين على الكافرين وباقي الاقارب على غير الوارث منهم جمعا ومنهم من جعلها منسوخة فيما يتعلق بالوالدين خاصة ويبطل الاول بان الشيء انما ينسخ غيره اذا لم يمكن الجمع بينهما وهو هنا ممكن بحمل الارث على ما زاد عن الوصية او ما زاد عن الثلث كغيرها من الوصايا وبه يبطل الباقي والخبر على تقدير تسليمه يمكن حمله على نفي وجوب الوصية الذي كان قبل نزول الفرائض او على نفي الوصية مط بمعنى ان ما وان زاد عن الثلث كما يقتضيه الاية والمراد نفي الوصية بما زاد عن الثلث وتخصيص الوارث بحث الاية على الوصية له لولاه لاستفيد من الاية جواز الوصية له بجميع ما يملكه الموصي وانما بعضهم حتى قال ليست الوصية الا للاقربين عملا بمقتضى الاية وهو قادح في دعوى بعضهم الاجماع على نسخها واعلم ان المراد بالاجنبي في قول المص غير الوارث وان كان قريبا [illegible] ولو قال للوارث وغيره كان اجود لان [illegible] بقريب فلا يكون اللفظ شاملا للقريب غير الوارث قوله وتصح الوصية للذمي [illegible] قوله تع لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الى قوله ان تبروهم والوصية بر وخصوص صحيحة محمد بن مسلم [illegible] قال اعطه لمن اوصى له وان كان يهوديا او نصرانيا ان الله يقول فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه [illegible] عن ابي عبد الله ع وموثقة يونس بن يعقوب عنه ع الثاني ان الوصية يستلزم المودة وهي محرمة بالنسبة الى الكافر لقوله تع لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا اباءهم او ابناءهم الاية وهي متناولة للارحام وغيرهم [illegible] معارضة بقوله تع لا ينهاكم الله الاية والذمي داخل فيها وبما تقدم من الاخبار وبقوله ص على كل كبد حراء اجر وينتقض بجواز هبته واطعامه ويمنع كون مطلق الوصية له موادة لان الظاهر ان المراد منها موادة المحاد لله من حيث هو محاد لله بقرينة ما ذكر من جواز صلته وهو عين المتنازع لانا نسلم انه لو اوصى للكافر من حيث انه كافر [illegible] ادم المكرمين لكانت الوصية باطلة ووجه الثالث [illegible] على صلة الرحم مط [illegible] ولا دليل على صلة غيره فالقول بالجواز مط اقوى قوله وفي الوصية للحربي تردد اظهره المنع قد عرفت من دليل المانع من الوصية للذمي ما يدل على الحربي بطريق اولى ومن الدليل المخصص بالذمي ما يفيده في الحربي ايض ووجه المنع من الحربي دون الذمي قوله تع انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية والحربي كذلك وفيه نظر لان الحربي قد لا يكون مقاتلا بالفعل بل ممتنعا من التزام شرائط الذمة فلا يدخل في الاية وقوله في الخبر السابق اعط لمن اوصى له وان كان يهوديا او نصرانيا واستشهاده بالاية يتناوله بعمومه الحربي لان [illegible] في المتنازع [illegible] اليهودي والنصراني شامل للذمي وغيره حيث لا يلتزم بشرائط الذمة ولا يقدح في دلالته عطفه اليهودي والنصراني بان الوصية الدالة على انه اخفى الافراد مع ان الحربي اخفى فكان ذكره اولى لمنع كونه اخفى وجاز تخصيص اليهودي والنصراني دون الوثني لان المليين من اهل الكتاب مناقشتهم على الكفر اقوى بسبب علمهم وتلقيهم الاحكام من الانبياء بخلاف الوثني هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ومن هنا ما ورد في الخبر ان من وجب عليه الحج فتركه فليمت ان شاء يهوديا وان شاء نصرانيا ويمكن تخصيصهما حذفا للمساواة بما عرفت من درجة الاعتبار وايض فقد عرفت ان المليين شاملان للحربي منهما وغيره واذا جازت الوصية لحربي اهل الكتاب جاز لحربي غيره اذ لا قائل بالفرق مع ان صدر الخبر متناول بعمومه للجميع مضافا الى ان الوصية نوع عطية لا تتوقف على القربة فلا فرق بين وقوعها في الحيوة وبعد الوفاة واما ما قيل من الفرق بين الهبة والوصية ان ملك الحربي غير لازم وماله غير معصوم فلا يجب دفعه اليه فلو جازت الوصية له لكان اما ان يجب على الموصي دفعه اليه وهو باطل لما تقدم او لا يجب وهو المطلوب اذ لا معنى لبطلان الوصية الا عدم وجوب تسليمها الى الموصى له ففيه منع استلزام عدم وجوب الدفع في الوصية له بطلانها لان معنى صحتها ثبوت الملك له اذا قبل فيصير ملكا من املاكه يلزمه حكمه ومن حكمه جواز اخذ المسلم له فاذا حكمنا بصحة وصيته وقبضه الوصي ثم استولى عليه من جهة انه مال الحربي لم يكن منافيا لصحة الوصية وكذا لو منعه الوارث كك وان اعترف بصحة الوصية وملكه ايض لا يمنع من التركة وتظهر الفائدة في جواز استيلاء الوصي على العين الموصى بها للحربي فيختص بها دون الورثة وكذا لو استولى عليها بعض الورثة دون بعض حيث لم يكن في ايديهم ابتداء ولو حكمنا بالبطلان لم يتات هذا بل يكون الموصى به من جملة التركة لا يختص باحد من الورثة واعلم ان النكتة في تعبير المص عن اختياره في مسئلة الذمي بالاشهر وفي الحربي بالاظهر اصطلاحه كون الاشهر في الروايات والاظهر في الفتوى وقد عرفت ان في صحة وصية اليهودي والنصراني بخصوصه روايات وفي عدم الصحة روايات ايض منها رواية علي بن بلال انه كتب الى ابي الحسن يهودي مات واوصى لديانه بشيء اقدر على اخذه هل يجوز ان اخذه فادفعه الى مواليك او انفذه فيما اوصى به اليهودي فكتب اوصله الي وعرفنيه لانفذه فيما ينبغي انشاء الله وغيرها في معناها مما ليس بصريح في البطلان مع ضعف سنده فلذا كان الجواز اشهر الروايتين واما الوصية للحربي فليس فيها بخصوصه حديث والاظهر في الفتوى من حيث الادلة العامة والاعتبار المتقدم المنع وفي مراعاة ما بيناه في كل مسئلة خلافية يعبر فيها المص بمثل ذلك تأمل يظهر من تتبعه هذا الاصطلاح قوله ولا تصح الوصية لمملوك الاجنبي اه اما عدم جواز الوصية لمملوك الغير فلانتفاء اهلية الملك الذي هو شرط في الموصى له بناء على ان المملوك لا يملك شيئا مط ولا فرق فيه بين القن والمدبر وام الولد لاشتراكهم في محض الرقية ولو قلنا بملك ما اوصي له به صحت الوصية لو اعتبر قبوله والشافعية اجازوا الوصية مط بناء على ذلك لكن جعلوا الوصية لسيده ان استمر رقه الى بعد الموت والا فله وحيث كان المختار انه لا يملك وان ملكه سيده فمن تمليك غيره اولى ويمنع من ملك سيده لانه غير مقصود بالوصية ولا متعلق لها عنه وروى عبد الرحمن بن الحجاج عن احدهما ع قال لا وصية لمملوك ولعلها

408 شاملة مع احتمالها نفي ان يوصي المملوك لغيره لان الوصية اسم مصدر يمكن اضافته الى الفاعل والمفعول واما عدم جواز الوصية لمكاتب الغير اذا كان مشروطا
او مطلقا لم يؤد شيئا فلبقائه على المملوكية ويؤيده رواية محمد بن قيس عن الباقر ع في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فاوصت له عند موتها بوصية فقال
اهل الميراث لا نجيز وصيتها انه مكاتب لم يعتق ولا يرث فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه وقضى في مكاتب
اوصي له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فاجاز نصف الوصية وفي مكاتب قضى ربع ما عليه فاجاز ربع الوصية وقيل يصح الوصية له مط لانقطاع
سلطنة المولى عنه ولهذا يصح بيعه واكتسابه وقبول الوصية نوع من الاكتساب والرواية ضعيفة باشتراك محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر ع بين الثقة
وغيره مع انها قضية في واقعة فلا تعم وهذا اقوى قوله وتصح لعبد الموصي ومكاتبه وام ولده الى قوله وهو حسن ا ه اوصى لعبده بنفسه او بشيء من التركة فلا يخ
اما ان يوصي له بجزء مشاع من اجزاء التركة كثلثها وربعها او بمال معين منها كدار معينة او نصفها ولو مشاعا فان كان الاول صحت الوصية سواء كان
العبد قنا ام لا ثم ننظر في الموصى به فان كان بعد خروجه من الثلث بقدر قيمة العبد عتق ولا شيء له وكان باقي التركة للورثة وجرى ذلك مجرى ما لو قال
اعتقوا عبدي من ثلثي وان كانت قيمته اقل اعتق واعطي الفاضل وان كانت قيمته اكثر من الوصية فلا يخ اما ان يبلغ ضعف ما اوصى له به فصاعدا
كما لو كان قيمته مائتين واوصى له بمائة او يكون قيمته اقل من الضعف ولو كان قليلا فان كان الثاني عتق منه بقدر الوصية ان خرجت من الثلث
والا فبقدر الثلث واستسعى للورثة في الباقي كما لو اوصى له بمائة وخمسين وقيمته مائتان والثلث مائة وخمسون فيعتق ثلاثة ارباعه ويسعى
للورثة في ربع قيمته وهو خمسون ولو كان الثلث مائة عتق نصفه ويسعى الورثة في نصف قيمته وهو مائة وهكذا وهذا مما لا خلاف فيه عندنا
فيه وان كان الاول وهو ما لو كانت قيمته بقدر ضعف ما اوصى له به فالاصح انه كذلك فيعتق منه بحساب ما اوصى له به مط ما لم يزد عن الثلث فان
زاد فبحساب الثلث فقال الشيخان انه مع بلوغ قيمته الضعف تبطل الوصية استنادا الى رواية الحسن بن صالح عن ابي عبد الله ع في رجل اوصى
لمملوك له بثلث ماله قال فقال ع يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث الميت فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى
العبد في ربع القيمة وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة ووجه دلالة الرواية من جهة مفهوم الشرط في قوله
فيها فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة فان مفهومه انه لو لم يكن اقل بقدر الربع لا يستسعى وانما يتحقق
عدم الاستسعاء مع البطلان ولا يخفى عليك ضعف هذا التنزيل فان مفهومها ان الثلث ان لم يكن اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لا يستسعى
في ربع القيمة لانه لا يستسعى مط وهذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم فلا ينافي القول بانه يستسعى بحسبه فان كان اقل بقدر الثلث يستسعى في
الثلث او بقدر النصف يستسعى في النصف وهكذا وايضا فلو كان المفهوم الذي ادعوه صحيحا لزم منه انه متى لم يكن الثلث اقل من قيمته بقدر الربع
لا يستسعى بل يبطل الوصية وهذا شامل لما لو كانت القيمة قدر الضعف واقل من ذلك الى ان يبلغ النقصان قدر الربع فمن اين خصوا البطلان
بما لو كانت قيمته قدر الضعف ما هذا الا عجيب من مثل هذين الشيخين الجليلين هذا مع تسليم الرواية فانها ضعيفة السند بالحسن المذكور فان
حاله في الزيدية مشهور وهذا كله اذا كانت الوصية بجزء مشاع من التركة كالثلث مثلا فان العبد يكون من جملة التركة فكانه قد اوصى بعتق جزء منه
فيعتق ويسري في الباقي فيدفع قيمته من الوصية لانه في قوة الوصية بعتقه ولو كانت بجزء معين كدار او بستان فالاكثرون ومنهم المص اطلقوا جريان
الحكم فيه لاطلاق النص كالرواية السابقة الشامل للمعين والمطلق وللنهي عن تبديل الوصية بحسب الامكان وذهب جماعة منهم العلامة في المخ
وقبله ابن الجنيد الى اختصاص الحكم بالجزء المشاع اما المعين فتبطل الوصية من راس لعموم لا وصية لمملوك فانه انما صح في المشاع لتناوله لرقبة العبد
كما قلناه وذلك منتف في محل النزاع ولان تنفيذ الوصية للمعين محال لامتناع ملك العبد والتخطي الى رقبته يقتضي تبديل الوصية والجواب
بمنع تعليل صحة الوصية في المشاع بتناوله لرقبة العبد ولم لا يجوز لكونه وصية له لا لامر غير ذلك والتبديل غير لازم لان ذلك تنفيذ للوصية بحسب
الممكن ولو منع ذلك لمنع من الاشاعة لان التخصيص برقبة العبد خروج عن الاشاعة التي هي مناط الوصية وقد عرفت ان الرواية السابقة تشمل
باطلاقها الثلث المعين والمشاع والحق هنا انه لا بد للحكم بصحة الوصية للعبد مع الحكم بكونه غير مالك من دليل وهو من النص منتف في غير الرواية
المذكورة وهي ضعيفة السند فان اعتبرناها من حيث الشهرة او غيرها شملت القسمين والا فما اجمع على حكمه لا مجال لمخالفته وما اختلف فيه
فلا بد لمثبته من دليل صالح وقد رايت المصححين للوصية يردون على من قيدها بكون القيمة دون ضعف الوصية بضعف مستنده وليس لهم
في تصحيح الوصية لعبد الموصي سوى تلك الرواية وفي مقابلها رواية عبد الرحمن بن الحجاج عن احدهما ع انه لا وصية لمملوك وهي قرينة منها في السند
لكن دلالة تلك اقوى كما رايت قوله ولو اوصى بعتق مملوكه وعليه دين الى قوله عن ابي عبد الله ع قد عرفت من القواعد المتقدمة ان الوصية المتبرع
بها انما تنفذ من ثلث المال وان الدين يقدم اولا ثم يعتبر الوصية من ثلث ما يبقى من المال بعد الدين وان المنجزات المتبرع بها في مرض الموت بحكم
الوصية في خروجها من الثلث عند المص والاكثر ولا شبهة في ان العتق من جملة المتبرعات واذا تقررت هذه المقدمات فنقول اذا اوصى بعتق
مملوكه تبرعا او اعتقه منجزا بناء على ان المنجزات من الثلث وعليه دين فان كان الدين محيطا بالتركة بطل العتق والوصية به وان فضل منها
عن الدين فضل وان قل صرف ثلث الفاضل في الوصايا فيعتق من العبد بحساب ما يبقى من الثلث ويسعى في باقي قيمته سواء في ذلك كانت قيمته
بقدر الدين مرتين او اقل لان العتق تبرع محض فيخرج من الثلث والمعتبر منه ثلث ما يبقى من المال بعد الدين على تقديره كغيره من المتبرعات
هذا هو الذي يقتضيه القواعد المذكورة ولكن وردت روايات صحيحة في التبرع بالعتق تخالف ما ذكر وحاصلها انه يعتبر قيمة العبد الذي اعتق
في مرض الموت فان كانت بقدر الدين مرتين اعتق العبد ويسعى في خمسة اسداس قيمته لان نصفه ح ينصرف الى الدين فيبطل فيه العتق وهو

ثلاثة اسداس يبقى منه ثلاثة اسداس للعتق منها سدس وهو ثلث التركة بعد وفاء الدين وللورثة سدسان هما ثلثا التركة وهو واضح وان كانت قيمة 409
العبد اقل من قدر الدين مرتين بطل العتق فيه اجمع روى ذلك عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن ابي عبد الله ع في حديث طويل محصله ما ذكرناه وروى
عن زرارة في الحسن مثله الا ان الرواية مقطوعة فلذا لم يذكرها المص هنا واقتصر على رواية عبد الرحمن لصحتها وقد عمل بمضمونها المص
والجماعة وان خالفت القواعد المتقدمة نظرا الى اعتبارها وبكون العتق المنجز مستثنى من الحكم السابق والشيخ وجماعة عدوا الحكم من منطوق الرواية
الى الوصية بالعتق ولعله نظر الى اشتراكهما في الحكم السابق او اولوية في غير المنصوص لان بطلان العتق المنجز على تقدير قصور القيمة عن ضعف الدين
مع قوة المنجز بكونه تصرفا من المالك في ماله وانما الخلاف في نفوذه من الاصل يقتضي بطلانه في الاضعف وهو الوصية بطريق اولى والمص اقتصر على العمل
بمنطوق الرواية وهو جيد لان الحكم المذكور مع تنجيز العتق لا مع الوصية به وقوفا فيما خالف الاصل على مورده واكثر المتاخرين ردوا الرواية لمخالفتها
لغيرها من الروايات الصحيحة الدالة على تلك القواعد المقررة ولعله اولى ويرد على الشيخ القائل بتعديتها الى الوصية معارضتها بصحيحة الحلبي
قال قلت لابي عبد الله ع رجل قال ان مت فعبدي حر وعلى الرجل دين فقال ان توفي وعليه دين قد احاط بثمن الغلام بيع العبد وان لم يكن احاط بثمن العبد
استسعى العبد في قضاء دين مولاه وهو حر اذا وفى وهذه الرواية تدل باطلاقها على انعتاقه متى زادت قيمته عن الدين وهو الموافق لما تقرر من القواعد
فلا وجه لعمل الشيخ بتلك الرواية مع عدم ورودها في مدعاه واطراح هذه ومن الجائز اختلاف حكم المنجز والموصى به في مثل ذلك كما اختلف كثير
من الاحكام على تقدير تسليم حكمها في المنجز لكن ينبغي في رواية الحلبي انه حكم باستسعاء العبد في قضاء دين مولاه ولم يتعرض لحق الورثة مع ان لهم في
قيمته مع زيادتها عن الدين حقا كما تقرر الا ان ترك ذكرهم لا يقدح لامكان استفادته من خارج وتخصيص الامر بوفاء الدين لا ينافيه قوله ولو اوصى
لمكاتب غيره اه بناء على بطلان الوصية للمكاتب فيبطل في جزء الباقي على الكتابة لانه لا يملك به وعلى ما اخترناه من صحتها له يصح هنا في الجميع بطريق
اولى قوله ولو اوصى الانسان اه لا خلاف في صحة وصية الانسان لام ولده ولانها تعتق من نصيب ولدها اذا مات سيدها ولو لم يوص لها بشيء
واما اذا اوصى لها بشيء هل تعتق منه او من نصيب ولدها وتعطى الوصية على تقدير وفاء نصيب ولدها بقيمتها قولان معتبران متكافئان الى ان
ثم اقتصر المص على نقلهما من غير ترجيح ووجه الاول ان الارث مؤخر عن الدين والوصية بالاية فلا يحكم لابنها بشيء حتى يحكم لها بالوصية فتعتق بها
ان وفت بقيمتها فان قصر كمل من نصيب ولدها لان الباقي يصير كما لو لم يكن هناك وصية وفيه ان المراد من الاية استقرار الملك بعد المذكورات
لا اصل الملك لعدم بقاء التركة على ملك الميت لعدم صلاحيته للتملك وعدم انتقالها الى الديان والموصى لهم اجماعا وعدم بقائها
بغير مالك فيتعين الوارث ووجه الثاني ان التركة تنتقل من حين الموت الى الوارث كما بيناه فيستقر ملك ولدها على جزء منها فتعتق عليه و
ويستحق الوصية لان ملكها متاخر عن الموت وان ملكها المملوك بغير قبول من حيث ان نفوذ الوصية موقوف على وصول التركة الى الوارث وملك
الوارث لا يتوقف على شيء ويؤيده رواية ابي عبيدة في الصحيح قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل كانت له ام ولد وله منها غلام فلما حضرته الوفاة
اوصى لها بالف درهم او باكثر للورثة ان يسترقوها قال فقال لا بل تعتق من ثلث الميت وتعطى ما اوصى لها به وفي كتاب ابي العباس تعتق من نصيب
ابنها وتعطى من ثلثه ما اوصى لها به وهذا الموجود في كتاب ابي العباس نص في الباب وهو موجود بهذه العبارة في الكافي والتهذيب منضما الى
خبر ابي عبيدة ولا يخفى ان الاسناد لا يتم بمجرد وجوده في كتاب ابي العباس لا يتم وان صح السند ورواية ابي عبيدة مشكلة على ظاهرها لانها اذا اعطيت
الوصية لا وجه لعتقها من ثلثه لانها ح تعتق من نصيب ولدها وربما حملت على ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث او على ما اذا اعتقها المولى
واوصى لها بوصية وكلاهما بعيد الا ان الحكم فيها باعطائها الوصية كاف في المطلوب اذ عتقها ح من نصيب ولدها يستفاد من دليل خارج صحيح
ويبقى ما نقل عن كتاب ابي العباس شاهدا على المدعى ولعل هذا اجود وفي المسئلة اقوال اخر نادرة والعمدة منها على هذين القولين والمص
لم يرجح هنا في الفتوى وكذا في النافع لكنه افتى بالاول في باب الاستيلاد من هذا الكتاب وبالثاني في كتاب النهاية قوله والاطلاق الخ
يقتضي التسوية اه اما اقتضاء اطلاق الوصية التسوية فلاستواء نسبة الوصية اليهم وانتفاء ما يدل على التفضيل في كلام الموصي فلا فرق فيه بين
الذكر والانثى ولا بين الاخوال والاعمام وغيرهم واختلافهم في استحقاق الارث جاء من دليل خارج ولا يقاس عليه ما يقتضي الوصية بمجرده ولا خلاف
في ذلك كله الا في الوصية لاعمامه واخواله فان المشهور فيه ذلك ولكن ذهب الشيخ وجماعة الى ان للاعمام الثلثين وللاخوال الثلث استنادا الى
صحيحة زرارة عن الباقر ع في رجل اوصى بثلث ماله في اعمامه واخواله فقال لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث وحملت على ما لو اوصى على كتاب الله
وهذه هي الرواية المهجورة التي اشار اليها المص بقوله وفيه رواية اخرى ضعيفة تقتضي قسمة الوصية بين الاولاد الذكور والاناث
على كتاب الله وهي مع ضعفها لم يعمل بها احد ولا اشكال لو نص على التفضيل او قال يقسم بينهم على كتاب الله او على طريق الارث وما شاكله
قوله لو اوصى لذي قرابته اه لا اشكال في صحة الوصية للقرابة لما فيه من الجمع بين الصدقة وصلة الرحم ولكن اختلف الاصحاب في ان القرابة من
هم لعدم النص الوارد في تحقيقه والاكثر على ما اختاره المص من رده الى العرف لانه المحكم في مثل ذلك حيث لا معين له من الشارع وهو دال على
ان المراد بهم المعروفون بنسبه عادة سواء في ذلك الوارث وغيره وللشيخ قول بانصرافه الى من يتقرب اليه الى اخر اب وام له في الاسلام ومعناه الانتهاء
بالقرابة من الادنى اليه الى ما قبله وهكذا الى ابعد جد في الاسلام وفروعه ويحكم للجميع بالقرابة ولا يرتقي الى اباء الشرك وان عرفوا بقرابته عرفا
وانما اعتبر الاسلام لقوله ص قطع الاسلام ارحام الجاهلية وقال تعالى لنوح عن ابنه انه ليس من اهلك قال المص ره وهو غير مستند الى شاهد
اي الى دليل معتبر من خبر او عرف اما الخبر فلانه لم يرد فيه شيء بخصوصه الا ما ذكرناه من قوله وهو مع تسليم سنده غير دال على المراد لان قطع

الرحم

الرحم في الجاهلية لا يدل على قطع القرابة مطلقا من اصناف الكفار وكذا قطع الاهلية عن ابن نوح مع ان اللغة والعرف يدلان على خلاف ذلك فان من
عرف بقربه الى جد يعتبر لا بعد فيه وان كان الجد مسلما ... اسلام ابيه لا يتحقق له اقارب من الكفار فالمرجع الى العرف وهو يتناول المسلم
والكافر منهم الا ان تدل القرينة على ارادة المسلم كما ذكره في الوصية للفقراء وقال ابن الجنيد من جعل وصيته لقرابته وذوي رحمه غير مسمين
كانت لمن تقرب اليه من جهة والده او والدته ولا اختار ان يتجاوز بالتفرقة ولد الاب الرابع لان رسول الله صلى الله عليه وآله لم يتجاوز ذلك في تفرقة سهم ذي
القربى من الخمس وما ذكره من عدم تجاوز الرابع غير لازم وفعل النبي صلى الله عليه وآله بالخمس لا يدل على نفي القرابة مطلقا عما عداه فان ذلك معنى آخر للقربى فلا يلزم
ذلك في غيره حيث يطلق ثم على اي معنى حمل يتساوى فيه الذكر والانثى والفقير والغني والقريب والبعيد والوارث وغيره ولا فرق بين قوله
اوصيت لاقاربي ولقرابتي ولذي قرابتي وذي رحمي وذوي رحمي لاشتراك الجميع في المعنى اذا ثبت هذا فان الوصية تنصرف الى الموجودين منهم سواء
اتحد او تعدد وسواء ذكرهم في الوصية بصيغة الجمع او الافراد قوله ولو اوصى لقومه قيل هو لاهل لغته القول للشيخين واكثر الاصحاب ومع ذلك
خصوه بالذكور لا مطلقا ويشهد له قوله تعالى لا يسخر قوم من قوم عسى ان يكونوا خيرا منهم ولا نساء من نساء عسى ان يكن خيرا منهن حيث ... القوم فيهم
النساء المقتضي للمغايرة ومنهم من اطلق القوم على اهل اللغة من غير تقييد بالذكور ولعله مراد المصنف الا ان الاول اشهر فلذلك حملنا كلامه عليه
ونسبته الى القيل يدل على توقفه فيه ووجهه دلالة العرف على ما هو اخص من ذلك وهو مقدم على اهل اللغة لو سلم اختصاصها فيما نقلوه
ومن ثم قال ابن ادريس انهم الرجال من قبيلته ممن يطلق العرف بانهم اهله وعشيرته دون من سواهم محتجا بانه هو الذي يشهد به اللغة ثم استشهد
بقول الشاعر قومي هم قتلوا اميم اخي فاذا رميت يصيبني سهمي وغيره من الشواهد وذكر انه قد روي ان قوم الرجل جماعة اهل لغته من الذكور
دون الاناث قوله ولو قال لاهل بيته اه لا اشكال في دخول من ذكر لاتفاق اهل التفاسير على ذلك انما الكلام في دخول غيرهم فان الاقتصار على ما
ذكر يقتضي كون علي ع ليس من اهل البيت لخروجه عن الاصناف الثلثة مع انه داخل اجماعا وقال العلامة يدخل فيهم الآباء والاجداد والاعمام والاخوال
واولادهم واولاد الذكر والانثى ثم قال وبالجملة كل من يعرف بقرابته وهذا يقتضي كون اهل بيته بمنزلة قرابته وحكي عن تغلب انه قال اهل البيت عند
العرب آباء الرجال واولادهم ويستوي فيه الذكور والاناث وما اختاره العلامة من مساواة اهل البيت للقرابة هو الظاهر في الاستعمال كما يقال فلان من
اهل بيت النسب معروفون وعليه جرى قوله ص انا اهل بيت لا يحل لنا الصدقة والاقوى الرجوع الى عرف بلد الموصي ومع انتفائه يدخل كل قريب
واما اهل بيت النبي ص فانهم اخص من ذلك بالروايات الواردة عنه ص في حصرهم في اهل الكساء قوله ولو قال لعشيرته كان لاقرب الناس اليه في نسبه هذا
احد التفسيرين للعشيرة لغة وقد ذهب اليه جماعة من الاصحاب وفي القاموس عشيرة الرجل بنو ابيه الادنون او قبيلته وفي كتب العلامة ان العشيرة هي
القرابة مطلقا والاجود الرجوع الى العرف ومع انتفائه فالعموم حسن قوله ولو قال لجيرانه كان لمن يلي داره اه القول الاخير المستبعد هو انه لمن يلي داره اربعين
دارا ولعل استبعاده من مخالفته العرف فان العرف لا يبلغ بالجار هذا المقدار او لان المشهور استناده الى رواية عامية وقد حققنا في الوقف انه به
من طرقنا روايات كثيرة منها حسنة جميل بن دراج عن الباقر ع قال حد الجوار اربعون دارا من كل جانب من امامها ... فاما اختاره المص فلم نقف على مستنده مع
اشتهاره وقد مضى تحقيق ذلك في الوقف قوله ويصح الوصية للحمل الموجود اه قد سبق في تحقيق الوصية بالحمل ما يظهر به حكم الوصية للحمل بما
يحكم معه بوجوده وعدمه ثم وجوده حال الوصية شرط لصحتها وان لم تحله الحيوة لكن استقرارها مشروط بوضعه حيا ومعنى استقرارها مع تحقق
صحتها من حين موت الموصي وان لم يكن ذلك لو وقف حيا فالنماء المتخلل بين الولادة والموت يتبع العين ولو وضعته ميتا تبين بطلان الوصية وان كان
حال الوصية في بطن امه حيا والمستقر بالوصية بولادته حيا لا يقدح فيها موته بعد ذلك بل ينتقل الى ورثته ... لكن يعتبر هنا قبول
الوارث لامكانه في حقه وانما اسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذره كما سقط اعتباره في الوصية للجهات العامة ... عن الوارث للقبيلة الملك
المولود المالك لها بدون القبول والمتجه اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقا فيقبله وليه ابتداء ووارثه هنا ويظهر الفائدة فيما لو ردها الوارث
قبل قبوله فان اعتبرناه بطلت والا فلا اثر للرد قوله واذا اوصى المسلم للفقراء اه المخصص لذلك مع عموم اللفظ القرائن الحالية وقد تقدم البحث فيه
في الوقف قوله ولو اوصى لانسان فمات قبل الموصي اه قد تقدم البحث في هذه المسئلة وفي الروايتين مستوفى والمختار عدم البطلان الا مع القرينة
الدالة على ارادة الموصي تخصيص الموصى له بالوصية دون وارثه لمزيد علم او صلاح ونحوه والفرق بين هذه وبين السابقة ان السابقة تتضمن كون
وارث الموصى له يرث القبول لو مات الموصى له قبله وليس فيها تعرض لحال موت الموصي ... والغرض من هذه بيان ان الموصى به ينتقل بموت الموصى له الى وارثه
ان لم يرجع الموصي عن الوصية على خلاف فيه سواء كان مورثه قد قبل الوصية قبل موت الموصي ام لا فلو فرض انه قبل الوصية في حيوة الموصي ثم مات في
حيوته واكتفينا بالقبول الواقع في حيوة الموصي لم يفتقر وارثه الى القبول ولكن يقع الخلاف في بطلان الوصية وعدمه وهو المقصود بالبحث هنا وان
لم يكن قد قبل انتقل الى الوارث حق القبول وهو المستفاد من السابقة ومعه يملك الموصى به ... المذكور هنا قوله ولو لم يخلف الموصى له احدا
رجعت الى ورثة الموصي هذا تتمة الحكم السابق وحاصله ان الموصى له اذا مات في حيوة الموصي ولم يخلف وارثا خاصا رجعت الوصية الى ورثة
... بطلانها وهذا الحكم شامل باطلاقه لما لو كان موت الموصى له قبل قبوله وبعده والحكم في الاول واضح لانه بموته قبل القبول
وعدم قيام احد مقامه في القبول بطلت الوصية ويرجع الى ورثة الموصي ويحتمل على هذا ان ينتقل حق القبول الى وارثه العام وهو الامام لانه وارث
في الجملة فيرث حق القبول كما يرثه وارثه الخاص لعموم ... جميع ما يورث عنه ويتولاه نائبه العام وهو الحاكم الشرعي مع غيبته الا ان
هذا الاحتمال لم يذكروه مع توجهه واما الحكم الثاني وهو ما اذا كان موته بعد القبول حيث اعتبرنا القبول المتقدم على الوفاة فيشكل القول

ببطلان الوصية حينئذ لتمام سبب الملك بالايجاب والقبول وتوقفه على الشرط وهو الموت لا يوجب بطلانه ومن ثم انتقل الى الوارث لو كان وكما انه بحصول
الشرط يتم الملك للوارث فينبغي ان يتم هنا ايضا ويمكن الجواب عنه بان الملك لما كان مشروطا بالموت لا يحصل بدونه ومع ... لابد من مستحق صالح
للملك لينتقل اليه الملك فان مجرد السبب وان كان تاما لم يوجب نقل الملك قبل حصول الشرط ... فان كان للموصى له وارث انتقل حق الوصية
اليه وحكم بملكه لان له اهلية الملك وان لم يقبل بناء على القبول السابق وان لم يكن وارث لم يجد الملك محلا قابلا له لينتقل اليه اذ ليس له
هناك الا الموصى له وقد فاتت اهليته للملك بموته او وارثه والفرض عدمه نعم يتمشى على الاحتمال السابق هنا بطريق اولى ان ينتقل الملك الى الامام
لتمام سبب الملك وحصول الشرط والامام وارث للموصى له كالخاص فينتقل الملك اليه وان لم نقل بانتقال حق القبول اليه لان الحق هنا اقوى قوله ولو
قال اعطوا فلانا كذا ولم يبين الوجه وجب صرفه اليه يصنع به ما شاء لان الوصية تمليك فيقتضي تسلط الموصى له على المال تسلط غيره من الملاك
وهو ظاهر ولو عين له المصرف كما لو قال اعطوه ليصرفه في الجهة الفلانية تعين عليه صرفه فيها للنهي عن تبديل الوصية فلو صرفه في غيرها ضمن ولزمه
اقامة بدله وصرفه في الوجه المعين قوله ولو اوصى في سبيل الله صرف الى ما فيه اجر وقيل يختص بالغزاة والاول اشبه الاصل في السبيل الطريق و
المراد بسبيل الله الطريق الى رضوانه او ثوابه لاستحالة التحيز عليه وهذا المعنى شامل لكل ما يتقرب به الى الله فيجب حمل اللفظ عليه حيث لا مخصص
من شرع او عرف وهما منتفيان والقول باختصاصه بالغزاة للشيخ ومن تبعه وجعل مصرفه عند تعذر الجهاد ابواب البر من معونة الفقراء والمساكين
وابن السبيل وصلة آل الرسول محتجين بان حكم الشرع يقتضي صرف السبيل الى الغزاة وحكم كلام الآدميين مع اطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع وهما
ممنوعان والمختار الاول قوله ويستحب الوصية لذوي قرابته وارثا كان او غيره لا خلاف في استحباب الوصية للقرابة في الجملة وعندنا لا فرق بين
الوارث وغيره لعموم الآية والاخبار وقد تقدم الكلام فيه وفي بعض الاخبار عنهم من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله
بمعصية وسئل محمد بن مسلم ابا عبد الله ع عن الوصية للوارث فقال يجوز ثم تلا الآية ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين قوله واذا
اوصى للاقرب نزل على مراتب الارث اه المراد تنزيله على مراتب الارث من حيث المرتبة لا في كيفية الاستحقاق فان الوصية يتساوى فيها الذكر والانثى والمتقرب
بالاب والمتقرب بالام وان كانوا اخوة ومعنى تنزيله على المراتب تقديم المرتبة الاولى على اهل الثانية لانها اقرب الى الميت منها وكذا الثانية
على الثالثة ومنه يظهر انه لا يعطى الابعد مع وجود الاقرب وفائدة ذكره بعد تعيين المراتب ادراج حكم ابن العم من الابوين مع العم من الاب فانه في الارث
مقدم على العم وان كان ابن العم ابعد الا ان ذلك بدليل خارج ومن ثم كان مستثنى من القاعدة فلولا قوله ولا يعطى الابعد مع وجود الاقرب لا
ستفيد من تنزيله على مراتب الارث من تقديم ابن العم هنا وهو محتمل ايضا الا ان الاصح الاول ومقتضى مراعاة المرتبة انه لو اجتمع الاخ من الابوين مع
الاخ من الاب قدم الاول عليه كما في الارث وهو كذلك على الاقوى مع احتمال تساويهما هنا قوله وهل يعتبر العدالة اختلف الاصحاب في اشتراط عدالة
الوصي فذهب الاكثر منهم الى اشتراطها محتجين بان الوصية استيمان على مال الاطفال ومن يجري مجراهم من الفقراء والجهات التي لا يراعيها المالك و
الفاسق ليس اهلا للاستيمان على هذا الوجه وان كان اهلا للوكالة لوجوب التثبت عند خبره ولان الوصية تتضمن الركون باعتبار فعل ما اوصى اليه
من تفرقة المال وانفاقه وصرفه في الوجوه الشرعية والفاسق ظالم لا يجوز الركون اليه لقوله تعالى ولا تركنوا الى الذين ظلموا وبان الوصية استنابة على
مال الغير لا على مال الموصي لانتقاله عنه بعد موته ولان الوصي انما يحصل بعد الموت فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل بل اولى لان
تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل والموكل وذلك من اكبر البواعث على تحرز وكيل الوكيل من مجاوزة الحد بخلاف الوصي فان ولايته بعد
موت الموصي على الجهات التي اشرنا اليها وهي مما لا يتدارك احد فيها غالبا ولا يتبع اصالة خصوصا اذا كانت في اخراج حقوق لغير منحصر وذهب ابن
ادريس بعد اضطراب الفتوى الى عدم اشتراطها ورجحه في المختلف ... والعلامة في ... بعد ان اختار في غيره من كتبه اشتراطها استنادا الى انها
ولاية تابعة لاختيار الموصي كالوكالة وقد جوزوا في صغرى القياس في الاول لجواز ايداع الفاسق ... ويضعف بظهور الفرق بين الوكالة والوصاية
بما اشرنا اليه من اطلاع الموكل حال الوكيل في كل وقت بخلاف الوصي وبانه في الوكالة مسلط على ماله وهنا على مال غيره ولهذا اشترطت في وكيل الوكيل
هذا محصل كلام الفريقين ويمكن ان يقال على الاول انه لا يلزم من عدم اهلية الفاسق للاستيمان ولقبول الخبر اشتراط العدالة لان هناك واسطة
بينهما وهو المستور والمجهول الحال فانه لا يصح وصفه بالفسق بل يعرف بصفته فلا يدخل في المدلول واشتراط عدالة وكيل الوكيل ان ارادوا بها
اشتراط ظهور عدالته كما هو المشهور فهو عين المتنازع وان ارادوا به عدم ظهور الفسق سلمناه لكن لا يفيد الاشتراط وبالجملة لا ريب في اشتراط عدم ظهور
فسقه اما اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث واما ما احتج به المص وغيره على اشتراط ظهورها بان الفسق لما كان مانعا فلابد من العلم بانتفائه
وذلك هو اشتراط العدالة فواضح المنع لان المانع لا يشترط العلم بعدمه في التاثير بل عدم العلم بوجوده كما هو المعتبر في حكم كل مانع قوله اما لو اوصى الى
العدل ففسق بعد موت الموصي اه هذا استدراك من الحكم السابق وحاصله ان العدالة وان لم يشترط ابتداء فانه لو اوصى الى عدل ففسق بعد موت
الموصي فالقول ببطلان وصيته لانا اذا لم نشترطها واوصى الى الفاسق ابتداء يكون الموصي قد اقدم على الوصية اليه ورضي به فلا يؤثر فسقه اما
لو اوصى الى العدل ابتداء ففسق ينعزل لما اشار اليه المص من ان الايصاء اليه مخصوص بما كان باعتبار عدالته فاذا زالت العدالة فات الباعث
فيبطل ولم يجزم المص بالحكم بل قال امكن القول بالبطلان لذلك لانه ايضا يمكن القول بعدم البطلان لان الوصية اليه لا يتعين ان يكون الباعث
عليها عدالته بل جاز ان يكون امر آخر من صحبة وقرابة وغير ذلك والوصف اتفاقي وجاز ان يكون العدالة مزيدة في الباعث لا سببا تاما فاذا
فقد لا يقدح فواتها ولانها اذا لم يشترط ابتداء كانت استدامة الفسق غير مانعة من صحة الوصية ابتداء فالاولى ان لا يمنع صحتها استدامة ابتداء

لان

٤ لانا ستدانة كل شيء اوى من ابتدائه وما استدركه المه بطريق الامكان جزم به العلامة وحكم ببطلان الوصية وهو قوي ان ظهر كون الباعث على
عدالته والاقلاد وفاقا الثاني لابن ادريس وبما حكيناه يظهر فساد ما قيل انه لا خلاف في بطلانها عندنا بالفسق على هذا الوجه وحيث حكم ببطلان
الوصية بفسقه لا تعود بعوده عدلا للاصل ويبقى في العبارة امران احدهما تقييده بكون فسقه بعد موت الموصي يستفاد منه بحسب المفهوم انه لو كان فسق
في حيوته لم ينعزل مع ان العلة المذكورة تعم لهما ولما لحالين ويمكن الفرق بان فسقه في حيوته مع استمراره عليه يوذن برضاه بوصايته فاسقا
بخلاف ما لو فسق بعد موته لكن يجب تقييد هذا بعلم الموصي بفسقه والا فلا دلالة على رضاه على تلك الحالة ويمكن ان يكون ذلك مبنيا على ان
المعتبر في صفات الوصي بحالة الوفاة لا حالة الوصاية كما هو احد الوجوه في المسئلة فاذا فسق في حال حيوة الموصي واستمر كذلك الى بعد وفاته لم
لم ينعقد الوصاية له الا وهو فاسق فيكون كالو نصبه فاسقا بخلاف ما اذا تجدد الفسق بعد موته فانه امر طار على الحكم بوصايته فتنزلها الما ذكر
والمتجه الفرق بين علم الموصي بفسقه وعدمه على تقدير حصول الفسق حال حيوته على كل حال والثاني ان قوله امكن بطلان وصيته يقتضي انعزاله ولذا لم
يعزله الحاكم وقوله يعزله الحاكم ينافيه والحق على هذا التقدير انعزاله وان لم يعزله الحاكم لفوات الباعث المنزل منزلة الشرط فيفوت المشروط بفواته
وربما اعتذر له بان المراد بعزل الحاكم له تسلط الحاكم على منعه من التصرف واقامة غيره مجازا في عزله وقد اتفقت هذه المسئلة في عبارة الشافعية
واختلفوا في بطلان الوصية بذلك من راس او تسلط الحاكم على فسخها من غير ان يبطل ويظهر الفائدة في تصرفه قبل ان يعزله الحاكم وهذه العبارة
جيدة فاخذ المه والعلامة ناظرا الى الوجهين ويقوى الاشكال لو لم يكن هناك حاكم يعزله فان الفائدة المطلوبة للموصي من عدالته منتفية راسا
والاولى تفريعا على كون ذلك مانعا من الصحة والبطلان وان لم يعزله الحاكم ليحصل الغرض قوله ولا يجوز الوصية الى المملوك الا باذن مولاه لا
لان منافعه مملوكة لمولاه والوصية اليه تستدعي نظرا منه في الموصى به وسعيا على المطلوب منها وهو يستلزم التصرف في ملك الغير فيتوقف على
اذنه فاذا اذن زال المانع لان المنع لحقه خلافا لبعض العامة حيث منع من الوصية اليه مطلقا اذا تقرر ذلك فلو اذن المولى له في الوصاية لم يكن له
الرجوع في الاذن حيث يلزم الوصي المضي فيها بان مات الوصي حيث لا يلزم المضي يجوز للمولى الرجوع لكن بشرط اعلام الموصي كالحر وبالجملة فيقوم المولى
مقام الوصي ان كان فعل متعلق الوصية منوطا بالمملوك قوله ولا يصح الوصية الى الصبي منفردا اه فائدة صحة الوصية الى الصغير منضما مع عدم صحة
تصرفه صغيرا تاثير نصبه في تلك الحال في جواز تصرفه بعد البلوغ ومستند جواز الوصية اليه منضما رواية علي بن يقطين قال سئلت ابا الحسن ع عن رجل
اوصى الى امراة وشرك في الوصية معها صبيا فقال يجوز ذلك وتمضي المراة الوصية ولا ينتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ الصبي فليس له الا ان يرضى الا
ما كان من تبديل او تغيير فان له ان يرده الى ما اوصى به الميت وفي صحيحة الصفار قال كتبت الى ابي محمد ع رجل اوصى الى ولده وفيهم كبار
قد ادركوا وفيهم صغار ايجوز للكبار ان ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن يصح على الميت بشهود عدول قبل ان تدرك الاوصياء الصغار
فوقع نعم على الاكابر من الولد ان يقضوا دين ابيهم ولا يحبسوه بذلك ويدل على جواز تصرف الكبير قبل بلوغ الصغير مضافا الى الخبرين انه في
تلك الحال وصي منفرد وانما التشريك معه بعد البلوغ كما لو قال انت وصيي واذا حضر فلان فهو شريكك ومن ثم لم يكن للحاكم ان يداخله ولا
ان يضم اليه اخر ليكون نائبا عن الصغير واما اذا بلغ الصغير فلا يجوز للبالغ التفرد في التصرف وان كان ذلك غير مستفاد من الخبرين لانه الان غير مستقل
فيرجع الى تلك القاعدة واعلم ان صحة الوصية الى الصبي منضما على خلاف الاصل لانه ليس من اهل الولاية ولكن جاز ذلك للنص فلا يلزم مثله
في الوصية اليه مستقلا وان شرط في تصرفه البلوغ وكان ذلك في معنى المنضم وقوفا فيما خالف الاصل على مورده ولانه يغتفر في حال
التبعية ما لا يغتفر استقلالا واعلم ايضا ان مورد المسئلتين في نكاحه واحد وهو جواز انضمام الصغير الى البالغ في الوصاية غير ان الاولى تضمنت حكم
تصرف الصبي في انه مشروط ببلوغه والثانية تضمنت جواز تصرف الكبير قبل بلوغ الصغير وعدم جواز انفراده بعد بلوغه ولو جمع الاحكام الثلثة
في مسئلة واحدة كما فعل غيره كان اخصر فيقول بعد قوله لكن لا يتصرف الا بعد بلوغه ويتصرف الكبير منفردا الى اخره فيستغني عن فرض مسئلتين
قوله ولو مات الصغير او بلغ فاسد العقل اه انما كان كذلك لان شركة الصبي له مشروطة ببلوغه كاملا ولم يحصل فيبقى الاستقلال الثابت اولا له بلا
بالنص على حاله عملا بالاستصحاب ومداخلة الحاكم مشروطة بعدم وجود الوصي المستقل وهو هنا موجود وهو مبنى قول المص لان له وصيا اي مستقلا
والا فالحاكم يداخل الوصي الغير المستقل ويمكن ان يريد به مطلق الوصي لما سبق من تعليله بذلك في مسئلة الوصي غير المستقل وربما احتمل بطلان
استقلاله بذلك لان الموصي انما فوض اليه الاستقلال الى حين بلوغ الصبي فكانه جعله مستقلا الى مدة مخصوصة لا مط وقد تردد في الحكم العلامة في
كره والشهيد في بعض وفيما اختاره المص قوة نعم لو بلغ الصبي رشيدا ثم مات بعده ولو بلحظة زال الاستقلال لفقد شرطه قوله ولو تصرف البالغ ثم بلغ
الصبي اه قد سلف في الخبرين المتقدمين ما يدل على هذا الحكم ولان البالغ وصي مستقل ح فتصرفه نافذ مط واعلم ان التصرف متى كان مخالفا لمقتضى الوصية
فهو بط لا يتوقف ابطاله على نقض الصبي بعد بلوغه فالاستثناء في العبارة منقطع وقد تبع فيه الرواية فانه قال فيها الا ما كان من تبديل او تغيير فان
له ان يرده الى ما اوصى به الميت وكان حق العبارة الاقتصار على منعه من نقض ما كان موافقا للشرع فان ما خالفه منقوض قوله ولا يجوز الوصية الى
الكافر اه لان الكافر ليس من اهل الامانة ولا الولاية والركون اليه منهي عنه لانه ظالم والرحمية هنا لا دخل لها في الجواز والمجاز وصية مثله اليه
فلاجرائه على حكمه لو ترافعوا الينا لا الحكم بصحتها عندنا ان اشترطنا العدالة لان الكافر اسوء حالا من الفاسق المسلم ... الحكم بصحتها مط
مع عدالته في دينه لان الغرض منها صيانة مال الطفل وحفظ ماله واداء الامانة واذا كان الكافر في دينه مجانبا للمحرمات قائما بالامانات حصل
الغرض المطلوب منه بخلاف فاسق المسلمين قوله ويجوز الوصية الى المراة اذا اجتمعت الشرائط هذا عندنا موضع وفاق وقد تقدم في حديث علي بن

ولا يجوز الوصية الى المملوك الا باذن مولاه ولا تصح الى الصبي منفردا ويصح منضما الى البالغ لكن لا يتصرف الا بعد بلوغه ويتصرف الكبير منفردا حتى يبلغ الصبي وعند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرد ولو مات الصبي او بلغ فاسد العقل كان للعاقل الانفراد بالوصية ولم يداخله الحاكم لان له وصيا ولو تصرف البالغ ثم بلغ الصبي لم يكن له نقض ما ابرمه الا ان يكون مخالفا لمقتضى الوصية ولا يجوز الى الكافر وان كان رحما نعم يجوز ان يوصي اليه مثله ويجوز الى المراة اذا اجتمعت الشرائط متن

يقطين ما يدل على الصحة بل اذا حصلت الشرائط فام الاطفال في اولى من غيرها لمزيد الحنو لكن روى الشيخ في التهذيب عن السكوني مرسلا عن جعفر ٤١٣
بن محمد عن ابيه عن ابائه عن امير المؤمنين ع المراة لا يوصى اليها لان الله تع يقول ولا تؤتوا السفهاء اموالكم ثم حملها على نوع من الكراهة جمعا قوله ولو اوصى
الى اثنين اه اما مع شرط الاجتماع فظ لانه لم يرض براي احدهما منفردا فولايتهما لم يثبت الا مجتمعين على هذا الوجه واما اذا اطلق فلان المفهوم من اطلاقه ارادتهما الاجتماع
ولو حصل الاشتباه فثبوت الولاية لهما مجتمعين معلوم وثبوتها لكل واحد منفردا مشكوك فيه فيؤخذ باليقين ويرجع الى اصالة انتفائها عن كل واحد
منفردا وذهب الشيخ في احد قوليه ومن تبعه الى جواز انفراد كل منهما مع الاطلاق ولعله استند الى رواية بريد بن معوية قال ان رجلا مات واوصى الى والى
اخر او الى رجلين فقال احدهما خذ نصف ما ترك واعطني النصف مما ترك فابى عليه الاخر فسئلوا ابا عبد الله ع عن ذلك فقال ذلك له مع ان الشيخ
في التهذيب حمل قوله ذلك على اباء صاحبه اي له ان يابى عليه ولا يجيبه الى ملتمسه وانما حمله على ذلك لئلا ينافي ما رواه محمد بن الحسن الصفار في
الصحيح قال كتبت الى ابي محمد ع رجل كان اوصى الى رجلين ايجوز لاحدهما ان ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف فوقع ع لا ينبغي لهما ان يخالفا الميت
ولا يعملا على حسب امرهما ان شاء الله ويمكن ان يقال لا وجه لحمل تلك الرواية على ذلك الوجه البعيد لتوافق هذه لانه ليس في هذه ما يدل على وجوب الاجتماع
لان لفظ لا ينبغي ظاهر في الكراهة لا الحظر فغايته دلالته على جواز الانفراد على كراهة وتبقى تلك مؤيدة لها كما فهم الشيخ في فتوى النهاية فانه لجودهما
فيه وفي التهذيب مع ان المتاخرين كالعلامة في لف ومن بعده فهموا من الرواية المنع من الانفراد واستحسنوا حمل الرواية الاخرى على ما ذكره الشيخ وربما
رجح الحمل بان الاباء اقرب من القسمة فعود اسم الاشارة اليه اولى وفيه ان الاشارة بذلك الى البعيد فحمله على القسمة انسب باللفظ ويمكن ان يستدل
لهم من الرواية الصحيحة لا من جهة قوله لا ينبغي بل من قوله ان يخالفا الميت وان يعملا على حسب امرهما فان ذلك يقتضي حمل الاطلاق على امره بالاجتماع
ومع امره به لا يبقى في عدم جواز المخالفة اشكال ويتعين حمل لا ينبغي على التحريم لانه لا ينافيه بل غايته كونه اعم او متجوزا فيه بقرينة الالفاظ الكثيرة
وهذا الجود اذا علمت ذلك فمعنى وجوب اجتماعهما في الحالين اتفاقهما على الراي الواحد على وجه واحد بحيث يكون مصلحة واذا توقف على عقد
فليصدر عن رايهما اما بمباشرة احدهما باذن الاخر او غيرهما باذنهما قوله ولو تشاحا لم يمض اه اذا تشاح الوصيان في صورة اشتراط الموصي اجتماعهما او
اطلاقهما على القول بحمله على الاجتماع اي تمانعا واراد كل منهما على صاحبه ان يوافقه لم يمض ما ينفرد به احدهما من التصرف لان الموصي لم يرض برايه
فيكون تصرفه بغير اذن كتصرف الاجنبي واستثنى له جماعة منه ما تمس الحاجة اليه ولا يمكن تاخيره الى وقت الاتفاق من نفقة اليتيم والرقيق و
الدواب ومثله شراء كفن الميت وزاد بعضهم قضاء ديونه وانفاذ وصية معينة وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع والخصومة عن الميت
وله وعن الطفل وله مع الحاجة ورد الوديعة المعينة والعين المغصوبة وقال ابو الصلاح مع التشاح يرد الناظر في المصالح الامر الى من كان اعلم بالامر واقوى
عليه ويجعل الباقي تبعا له وفيه استلزام تخصص احدهما وقد منعه الموصي من ذلك واطلق الشيخ في ط عدم جواز تصرف احدهما مع التشاح في القسمين
من غير استثناء ومال العلامة في عد الى الفرق بين حالتي الاطلاق والنهي عن الانفراد فاحتمل ضمان الانفراد في الثاني مط وجواز ما لا بد منه في حالة
الاطلاق وحمل كلام الاصحاب على ذلك ويشكل بان من الاصحاب من صرح بعدم الفرق بين الحالتين فلا يمكن حمل كلامه على التفصيل وبان حالة
الاطلاق ان حملت على ارادة الاجتماع كما فهموه لا وجه للفرق وان كانت حالة النهي عن الانفراد اكد وقيل يضمن المنفرد مط ولعله الوجه اذا انفرد
ذلك فقد اطلق المص وغيره انهما في هاتين الحالتين مع التعاسر يجبرهما الحاكم على الاجتماع فان لم يتفق جاز له الاستبدال بهما ولا يخ على اطلاقه
من اشكال على القول باشتراط العدالة لانهما بتشاحهما حيث يمكن الاجتماع واصرارهما عليه يخرجان عن العدالة خصوصا مع اجبار الحاكم لهما و
تعاسرهما بعده والذي ينبغي تفريعا على اشتراط العدالة الحكم بفسقهما مع تشاحهما حيث يمكنهما الاجتماع ويكون ذلك محض العناد ويستبدل
بهما الحاكم ولقد احسن ابن ادريس هنا حيث قال فان تشاحا في الوصية والاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه الى قوله وللناظر في امور المسلمين
الاستبدال بهما لانهما بالتشاح قد فسقا لانهما اخلا بما وجب عليهما القيام به وقد بينا ان الفسق يخرج الوصية من يده ومع ذلك ففي كلامه خبط من جهة
انه قبله بلا فصل صرح بعدم اشتراط العدالة وانكر على الشيخ القول بها وبان الوصي اذا فسق يخرج من يده ثم عقبها بمسئلة الوصيين وهي هذه بلا
فصل والحاصل انه مع اشتراط العدالة يلزم القول بانعزالهما مع التشاح الموجب للاخلال بالواجب مع الاصرار عليه حيث لم يثبت كون ذلك
من الكبائر نعم يمكن فرض التشاح من غير فسق بان يختلف نظرهما في الامر فلا يمكنهما الاجتماع على راي واحد منهما لان كل واحد منهما فرضه العمل بما
يقتضيه نظره ومثل هذا يجب استثناؤه ولا يمكن للحاكم اجبارهما على الاجتماع فيه ويبقى الكلام فيما يمكن فيه الاجتماع ويكون الاختلاف مستندا
الى التشهي او الميل الطبيعي بان اراد احدهما الصدقة بالمال الموصى به متفرقة على اشخاص معينين واراد الاخر غيرهم مع استحقاق الجميع او اراد
احدهما شراء نوع من الماكول والملبوس للطفل واراد الاخر غيره مع اشتراكهما في المصلحة ونحو ذلك فان مثل هذا يجب فيه الاتفاق ويخل تركه
بالواجب حيث لا يكون امره موسعا ويحكم بانعزالهما مع التشاح فيه خصوصا مع وقوع التصرف بالفعل منفردا وقد صرح العلامة بان التصرف
ح لا ينفذ وبالغ في كره فصرح بانهما لا ينعزلان بالاختلاف وان الذين اقامهما الحاكم نائبان عنهما قوله ولو ارادا قسمة المال بينهما لم يجز لان
القسمة تقتضي انفراد كل منهما بالتصرف فيما خصه من القسمة وهو خلاف مراد الموصي من الاجتماع فيه والحكم مع النص على الاجتماع واضح ومع الاطلاق
فيه ما مر قوله ولو مرض احدهما او عجز ضم اليه الحاكم من يقويه الضمير المبادر في قوله اليه ويقويه يرجع الى المريض والعاجز بمعنى ان الحاكم يضم الى المريض
او العاجز شخصا يقويه ويعينه على التصرف لان مرضه وعجزه لا يخرجه عن الوصاية لجواز الوصية الى المريض والعاجز ابتداء فكما لا يقدح ذلك
في الابتداء فكذا لا يقدح في الاستدامة فيعتبر اجتماع الثلثة على التصرف حتى لو كان وصيا منفردا فمرض او عجز عن الاستقلال ضم

ولو اوصى الى اثنين فان اطلق او شرط اجتماعهما لم يجز لاحدهما ان ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف ولو تشاحا لم يمض ما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه الا ما لا بد منه مثل كسوة اليتيم وماكوله وللحاكم جبرهما على الاجتماع فان تعاسرا جاز له الاستبدال بهما ولو ارادا قسمة المال بينهما لم يجز ولو مرض احدهما او عجز ضم اليه الحاكم من يقويه متن

٤١٤ الحاكم اليه ايضا من يعينه كما في او لم يرتفع امره بالكلية فكذا بناء على من جعل الضم مع عجز احدهما الى الاخر كالوحيا وفسق ويمكن الجمع بحمل العجز هنا على القيام
بجميع ما كلفه مع ثبوت اصل القدرة فالضميمة اليه تحصل الغرض وحمل العجز في كلام من علل العجز الكلي بقرينة مشاركة الفاسق والمجنون له في الحكم والغرض
الحكم بالضم الى الاخر [illegible]

[illegible]

٤١٥ [illegible]

٤١٦ بموته والقول الثاني الجواز لان الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حيا بالعموم كما يملكها بالخصوص ولان الموصى قائم مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما يثبت له ومن ذلك الاستنابة بعد الموت وروى ابن بابويه في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى ابي محمد الحسن بن علي ع رجل كان وصي رجل فمات واوصى الى رجل هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه فكتب يلزمه بحقه ان كان له قبله حق انشاء الله قالوا والمراد بالحق هنا حق الايمان فكانه قال يلزمه لو كان مؤمنا وفاء لحقه عليه بسبب الايمان فانه يقتضي معونة المؤمن وقضاء حوائجه ومن اهمها انفاذ وصيته وتجنب عنه بمنع كون الاستنابة بعد الوفاة مما يملكها الوصي وهل هو الا عين المتنازع وانا بة الموصى له مقام نفسه ليباشر الامر بنفسه ونظره وهو لا يدل على اقامته بعد الوفاة مقام نفسه مط فانه المتنازع والرواية كما يحتمل ما ذكروه يحتمل ايضا ان يريد بجهة الوصية اليه بان يوصي فضمير حقه راجع الى الموصى الاول ويكون ح ان الوصية يلزم الوصي الثاني بحق الاول ان كان لراي الاول قبله اي الوصي الاول حق بان يكون قد اوصى اليه واذن له ان يوصي فقد صار له بذلك في الوصية فاذا اوصى بها لزمت الوصي الثاني ومع تطرق الاحتمال يسقط الاستدلال ان لم يكن الثاني ارجح على ان حق الايمان لا يختص بهذا الوصي الثاني بل يجب على كل مؤمن كفاية كما سيأتي والكلام في اختصاص هذا الوصي بالوصية على جهة الوصاية لا على جهة المعونة العامة وعلى هذا اذا لم ياذن الموصى في الاستنابة يكون النظر في امور الموصى الاول الى الحاكم كغيره ممن لا وصي له قوله وكذا لو مات انسان ولا وصي له الى قوله تردد واعلم ان الامور المفتقرة الى الولاية اما ان يكون اطفالا او وصايا او حقوقا او ديونا فان كان الاول فالولاية فيهم لابيه ثم لجده لابيه ثم لمن يليه من الاجداد على ترتيب الولاية للاقرب منهم الى الميت فالاقرب فان عدم الجميع فالحاكم والولاية في الباقي غير الاطفال للوصي ثم الحاكم والمراد به السلطان العادل او نائبه الخاص او العام مع تعذر الاولين وهو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى العدل وانما كان حاكما عاما لانه منصوب من قبل الامام لا بخصوص ذلك الشخص بل بعموم قولهم انظروا الى من كان منكم قد روى حديثنا الى اخره فان فقد الجميع فهل يجوز ان يتولى النظر في تركة الميت من المؤمنين من يوثق به قولان احدهما المنع ذهب اليه ابن ادريس لان ذلك امر موقوف على الاذن الشرعي وهو منتف والثاني وهو مختار الاكثر تبعا للشيخ ره الجواز لما فيه من المعاونة على البر والتقوى المامور بهما وقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض خرج منه ما اجمع على عدم ولايتهم فيه فيبقى الباقي داخلا في العموم ولان ذلك من المعروف والمصالح الحسبية التي يستفاد الاذن فيها من عموم دلالة الامر بالمعروف ومثل هذا كاف في الاذن الشرعي الذي ادعى انه عدم وجود ونظر في محذور التصرف في مال الطفل يندفع بوصف العدالة التي في المؤمن المانع له من الاقدام على ما يخالف مصلحته ويؤيده ايضا رواية سماعة قال سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث قال ان قام رجل ثقة فاسمهم ذلك كله فلا باس وعن اسمعيل بن سعد قال سألت الرضا ع عن رجل مات بغير وصية وترك اولادا ذكرانا وغلمانا صغارا وترك جواري هل يستقيم ان تباع الجواري قال نعم وعلى كل حال فهذا القول لا باس به ويستثنى من موضع الخلاف ما يضطر اليه الاطفال والدواب من المؤنة وصيانة المال المشرف على التلف فان ذلك ونحوه واجب على الكفاية على جميع المسلمين فضلا عن العدول منهم حتى لو فرض عدم ترك مورثهم ما لا فمؤنة الاطفال ونحوهم من العاجز عن التكسب واجب على المسلمين من مالهم كفاية كاعانة كل محتاج واطعام كل جائع يضطر اليه فمن مال المحتاج اولى وحيث يجوز لاحد فعل ذلك فالمراد به معناه الاعم والمراد منه اكثر ما ذكرناه من انه من فروض الكفايات والمراد بقوله لم يكن هناك حاكم عدم وجوده في ذلك القطر وان وجد في غيره اذا توقفت مراجعته على مشقة لا تتحمل عادة ويجب مع وجوده بعيدا الاقتصار على ما لا بد منه وتاخير ما يسع تاخيره الى ان يمكن مراجعته قوله لو اوصى بالنظر في مال ولده الى اجنبي وله اب لم يصح وكانت الولاية الى الجد اليتيم دون الوصي وقيل يصح ذلك في قدر الثلث مما ترك وفي اداء الحقوق قد عرفت من المسئلة السابقة ان ولاية الجد وان علا على الولد مقدمة على ولاية وصي الاب فاذا نصب الاب وصيا على ولده المولى عليه مع وجود جد الاب للابن وان علا لم يصح لان ولاية الجد ثابتة له باصل الشرع فليس للاب نقلها عنه ولا اثبات شريك معه ومعنى عدم صحتها انها لا تنفع ماضية مط لكن هل تقع باطلة من راس ام تصح على بعض الوجوه دون بعض اقوال احدها البطلان مطلقا لان الاب لا ولاية له بعد موته مع وجود الجد وصلاحيته للولاية فاذا انقطع ولاية الاب بموته لم تقع ولاية وصيه فاذا مات الجد افتقر عودها ولاية الاب لم تؤثر في نصب الوصي الى دليل اذ الاصل عدم عودها فلا تصح في حيوة الجد ولا بعد موته الثاني بطلانها في زمان ولاية الجد خاصة لان ولاية الاب شاملة للازمنة كلها الا زمان ولاية الجد فيختص البطلان بزمان وجوده وقد عرفت جوابه فان انقطاع ولاية الاب بموته مع وجود الجد صالحا للولاية امر معلوم وعودها بعد موت الجد يحتاج الى دليل ودعوى ان ولاية الاب ثابتة في جميع الازمنة المستقبلة التي من جملتها ما بعد زمان الجد غير معلوم بل هو عين المتنازع وانما المعلوم مع وجود الجد بعدها انقطاع ولايته لا ثبوتها بعد موت الجد الثالث صحتها في الثلث خاصة لان له اخراجه عن الارث اصلا فيكون له اثبات ولاية غيره عليه بطريق اولى وفيه منع الاولوية بل الملازمة فان ازالة الملك تقتضي شرعا كون الولاية عليه لمالكه او وليه الثابتة وولاية عليه الثابتة بالاصالة فلا يكون للاب ولاية عليه بالنسبة اليه اصلا وقد ظهر ان اجود الاقوال الاول والقول الاول والاخر كلاهما للشيخ فقط واعلم ان قوله في القول الاخير انها تصح في اداء الحقوق اجنبي من المسئلة التي هي موضع النزاع لان موضوعها الوصية بالنظر الى مال ولده ولم يذكر وصيته في ماله ليخرج منه الحقوق فان ذلك ثابت بالاجماع وايضا فظاهر اللفظ ان الوصية المذكورة مقصورة على نظر الوصي في مال ولده ومعه لا يتناول كون هذا الوصي وصيا على اخراج الحقوق وان كان للموصي ان ينصب وصيا في ذلك لان الوصية يتبع فيها نص الموصي من عموم وخصوص وبالجملة فان ذكر الموصي لهذا الوصي لفظا يدل على كونه وصيا على اخراج الحقوق مضافا الى وصايته على ولده يكون قد اشتملت على امرين احدهما المختلف فيه والاخر خارج عن محل النزاع ولا

٤١٧ لادخال المنع فيه هنا لان اشتمال الوصية على صحيح وفاسد لا يقدح في صحة الصحيح ولا ابطال الباطل فان كان قد اقتصر على جعله وصيا على النظر في مال ولده كما هو الظاهر لم يتناول ذلك الوصية اليه في اخراج الحقوق ويمكن ان يخرج جواز الوصية في اخراج الحقوق فائدة وهي انه وصية الاب مع وجود ابيه في اخراج الوصايا وان كانت جائزة لكن لا يخلو من اشكال لان وصية الولد انما تصح بالولاية للاب فيه ولهذا لم تصح الوصية على الاطفال مع وجود الاب فاذا كان كذلك فلو لم يرض الولد بقضاء الدين وانفاذ الوصايا مع وجود ابيه كان الاب اولى بذلك من غيره حتى الحاكم كما هو اولى بالاطفال كما نبه عليه في كره ونسب القول بكون الحاكم اولى بوصاياه والاب اولى بديونه الى الشافعية واذا كان عدم الايصاء موجبا لولاية الاب على ذلك دل على ان للاب حق الولاية على وصية ابيه كما له الولاية على اولاده فاذا اوصى الابن الى غيره يجب ان لا يكون صحيحا كما لو اوصى باولاده الى غيره فتبين ان ما ذكر من صحتها في اداء الحقوق على ذلك وتوجيه ان ثبوت ولاية الجد على الاطفال ليس على حدها على الوصايا فان تلك ثابتة بالاصل بحق البنوة والوصية ليست كذلك ولا يلزم من ثبوتها له بدون الوصية على تقدير تسليم ثبوتها كما ان الحاكم له الولاية على الوصايا مع عدم الوصي وليس له ذلك مع وجوده فالملازمة ممنوعة قوله واذا اوصى بالنظر الخ لما كانت الوصاية بالولاية استنابة من الموصي بعد موته في التصرف فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه واستيفائها ورد الامانات واسترجاعها والولاية على اولاده وان نزلوا الذين له عليهم الولاية من الصبيان والمجانين والسفهاء والنظر في اموالهم والتصرف فيها بما لهم فيه الحظ وتفريق الحقوق الواجبة والمندوبة ونحو ذلك كانت الاستنابة تابعة لاختيار الموصي في التخصيص ببعض والتعميم لان ذلك حق له فيتبع فيه رايه وربما اختلف الاوصياء في الصلاحية لجميع هذه الاشياء ولبعضها والاطلاع على مزايا المعيشة وضبط الاموال والقيام باصلاحها وحفظها فاذا نص عن له الوصية لحد فلا يخ اما ان يعم له الولاية او يخصها بشيء دون شيء او يطلق فان عممها بان قال انت وصيي في كل قليل وكثير وفي كل مالي فيه ولاية او في كذا وكذا مما فصلناه سابقا حتى استوفى الجميع ونحو ذلك كان له الولاية في جميع ما تناوله اللفظ مما له الولاية فيه كما لو كان اقتصر على ذكر الاموال والاولاد وان خصها بشيء دون شيء او بوقت دون وقت او بحال دون حال اختصت الولاية بما عين له ولا يتجاوزه فالتخصيص بالاشياء كان يقول انت وصيي فيما اوصيت لكم الدفن او فيما في وصيتي وكان قد ذكر اشياء مخصوصة او يكتب صيته كما تم يقول وجعلتك وصيي في ذلك او فيما اوصيت به فلانا ونحو ذلك والتخصيص بالاوقات بان يقول اوصيت اليك الى سنة او الى ان يبلغ ابني فلان او الى ان يحضر فلان الغائب والاحوال كان يوصي الى زوجته الى ان تتزوج او الى فلان الى ان يقع منه كذا ونحو ذلك او ما دام على صفة كذا ونحو ذلك وان اطلق بان قال جعلت فلانا وصيي فان اقتصر على ذلك كان لغوا كما لو قال وكلتك ولم يعين ما وكله فيه وان اضاف اليه قوله على اولادي ولم يذكر التصرف انصرف الى حفظ ما لهم خاصة لانه المتيقن ويحتمل قويا جواز التصرف فيما فيه الغبطة لان المفهوم عرفا من هذا اللفظ هو اقامته مقامه خصوصا عند من يرى ان المفرد المضاف يفيد العموم وفي المسئلة وجه ثالث وهو عدم الصحة ما لم يبين ما فوضه اليه وحيث يختص الوصي بشيء دون شيء يجوز تعدد الاوصياء لا على سبيل الاشتراك في ذلك الامر ولا على سبيل الانفراد فيه بل يجعل له وصيا على حفظ مال اولاده ووصيا اخر على الانفاق عليهم وثالثا على انفاذ وصاياه وحقوقه ورابعا على استيفاء ديونه فيختص كل واحد بما عين له ويجوز له مع ذلك تعميم بعضهم وتخصيص اخرين على الاجتماع والانفراد والتفريق قوله الصفات المراعات في الوصي الخ اختلف الاصحاب وغيرهم في وقت اعتبار الشروط المعتبرة في صحة الوصاية من التكليف والاسلام والحرية والعدالة هل هو عند الوصية او عند الموت او من حين الوصية مستمرا الى الموت او من حين الوصية الى ان ينفذها بعد الموت على اقوال احدها وهو مختار الاكثر ومنهم المص الاول وهو اعتبار وجودها حال الوصية بمعنى وجودها قبلها باقية اليها اقتضته الشرطية فان الشرط يعتبر تقدمه على المشروط ولو بان ما ووجه هذا القول ان هذه المذكورات شرائط صحة الوصية فاذا لم تكن حالة انشائها موجودة لم يكن العقد صحيحا لان عدم الشرط يوجب عدم المشروط كما في شرائط سائر العقود ولانه في وقت الوصية ممنوع من التفويض الى من ليس بالصفات والنهي في المعاملات اذا توجه الى ركن العقد دل على الفساد ولانه يجب في الوصي ان يكون بحيث لو مات الموصي كان نافذ التصرف مشتملا على صفات الوصاية وهو هنا منتف لان الموصي لو مات في هذه الحال لم يكن الوصي اهلا لها وفي هذا الاخير نظر لان من يكتفي بوجودها حالة الموت يحصل على مذهبه الغرض فان الموصي اذا فرض موته بعد الوصاية بلا فصل قبل ان يتصف الوصي بالصفات لا يكون نافذ التصرف من حيث ان الموصي قد مات وهو غير جامع لها وذلك كاف في البطلان وثانيها ان المعتبر اجتماعها عند الوفاة حتى لو اوصى الى من ليس باهل وتفق كاله عند الوفاة صحت الوصية لان المقصود بها التصرف بعد الموت فيعتبر اجتماع الشرائط ح لانه محل الولاية ولا حاجة الى وجودها قبل ذلك لانتفاء الفائدة ويضعف بان الوصاية لما كانت عقدا ولم يحصل شروطها حالة الايجاب وقع العقد فاسدا ولا نم ان الولاية حالة الموت خاصة بل هي ثابتة من حين الوصية وانما المتاخر التصرف كالوكالة المنجزة المشروط فيها التصرف بعد وقت حتى لو قال له الموصي اذا مت فانت وصيي في كذا وغير ذلك وثالثها اعتبارها من حين الوصية الى حين الوفات وهو [illegible] الشهيد في بعض تحقيقاته اما من حين الوصية فلما تقدم في توجيه القول الاول واما استمرارها الى حين الوفات فلان الوصاية من العقود الجائزة فمتى عرض اختلال احد شرائطها ابطلت كنظائرها ولان المعتبر كل شرط حصوله في جميع اوقات المشروط فمتى اختل في اثناء الفعل وجب فوات المشروط الا ما استثني في قليل من الموارد بدليل خارج وربما يقال انه لا يستثنى منه شيء لانما خرج عن ذلك بدعوى ان الفعل المحكوم بصحته عند فوات الشرط ليس مشروطا به مطلقا بل في بعض الاحوال دون بعض وهذا اولى ورابعها ان المعتبر وجود الشرائط من حال الوصية الى ان ينتهي متعلقها بان يبلغ الطفل ويخرج الوصايا ويقضي الديون ونحو ذلك لان اشتراط هذه الامور يقتضي دوام مشروطها فمتى فات بعضها في كل وقت فلو فرض فوات بعضها بعد الوصية قبل انتهاء الولاية بطلت وهذا هو الاقوى واعلم ان الذي يقتضيه

418 كلام الاصحاب وغيرهم من المشتغلين في هذه المسئلة من يعتبر وجود الشرائط حالة الوصية لا يعتبر استمرارها الى حالة الموت والا لكان القول الاول هو القول
الثالث مع تصريحهم بان الاقوال ثلثة بل صرح بعضهم بان المعتبر في القول الاول وجوده حالة الوصية خاصة وممن صرح بذلك الشهيد في شرح الارشاد فانه قال هذه الشرائط
معتبرة عند الوصية الى حين الموت فلو اختل احدها في حال من ذلك بطلت وقيل يكفي حين الوصية وقيل حين الوفاة فقوله وقيل يكفي حين الوصية تصريح
بان القائل بذلك يكتفي بوجودها حينها وان لم يستمر وهذا ولمح منشأ نقل الاقوال الثلثة الاول ابن حمزة عن الشافعية وانهم جعلوا اعتبار
في الحالين وما بينهما قولا ثالثا وانما نبهنا على ذلك لان ظاهر تبدل الشروط يقتضي خلاف ذلك فان اختلال الشرائط بعد الوصية وانعقاد العقد لا يقتضي الفساد
التي اعتبرت الشرائط لاجلها خصوصا بعد الوفاة ومحل التصرف اللهم الا ان يقولوا ان فوائدها لا تبدو ما دام حيا خاصة لان الفائدة لا تفوت بتغير وجود
حالة الوصية لصحة العقد ولا يضر تجدد نقيضها الى حين الوفاة ثم يعتبر وجودها من التصرف وما بينه على ارادتهم ذلك اتفاقهم على ان تجدد الفسق يبطل
الوصية حيث يعتبرها ولم يتعرضوا لغيره من الشروط لندور وقوع خلافه فان البلوغ لا يطرأ ضده والاسلام كذلك غالبا وكذلك الحرية وعلى هذا فيتحد القول
الثالث والرابع ولعل هذا الوجه والمحقق الشيخ على فهم ان في المسئلة قولين خاصة بناء على ان القائل باشتراط حصول الشرائط عند العقد يعتبر
استمرارها من حينه الى الاخر وهذا الفهم من حيث الاعتبار حسن الا ان كلامهم يناقضه كما نبهنا عليه سابقا فانهم قد صرحوا بارادة خلاف ذلك خصوصا
عبارة الشهيد في شرح الارشاد وعلى كل حال فكلامهم في هذه الاقوال غير محرر فان اشتراط استمرار الشرائط من حين الوفاة الى انقضاء الولاية مما لا
شبهة فيه ليحصل الغرض المقصود منها فمن قال ان المعتبر حصولها حال الوفاة قائل باعتبار استمرارها فيه الى الاخر ومن قال ان المعتبر حال الوصية لا يعتبر
استمرارها حال الحيوة ثم يعتبر وجودها بعد الوفاة مستمرة قوله لم تصح الوصية على كل من الموصى عليه ولا بد من شرعية الخ قد تقدم ما يدل على هذا الحكم وبقي
ما يتعلق بخصوص هذه العبارة فان قوله لم يصح الوصية على كل من الموصى عليه ولا بد من دخل فيه الاب اذا اوصى على الولد مع وجود الجد فانه يصدق انه لو
لم عليه ولاية فان ولاية حالة الوصية وحالة الحيوة ثابتة قطعا وانما انتقلت الى الجد بعده فانه لو حمل على ارادة من له عليه ولاية حال التصرف وهو
ما بعد الموت لم يصح ايضا لان المعتبر حصول الشرط حالة الوصية مستمرا كما مر ولو اريد من له عليه ولاية مستمرة الى ما بعد الموت ففيه ان الوصية يقطع
الولاية فلا ولاية ايضا وكان الانسب التقييد بانتفاء الجد كالسابقة وقوله بشرط الصغر فيه قصور ايضا لان شرط الصغر غير كاف بل بشرط عدم الكمال اذ
لو ارتفع الصغر واستمر مجنونا او سفيها بقيت ولاية الاب مستمرة كما مر في بابه والكلام في صحة الوصية في اخراج الحقوق مع الوصية على الكاملين كما سلف من
افتقارها الى لفظة تدل على جملته وصيانة الجميع ليصح فيما له فيه الولاية ويبطل في الباقي واعلم انه على تقدير نصب وصي في انفاذ الوصية ووفاء الديون
مع كون الورثة كبارا ليس للوصي التصرف في التركة لاجل ذلك الا باذنهم لان لهم امساكها وقضاء الدين من مالهم بناء على القول المنصور من انتقال التركة
اليهم بالموت مطلقا وانما يظهر فائدته في نفس التصرف ثم ان دفعوا اليه من مالهم ما ينفذ فيه الوصية اواذنوا له في بيع التركة فلا اشكال وان امتنعوا
الزمهم باحد الامرين اما البيع او الاداء من مالهم ليبرء ذمة الموصي فان لم يمكن ذلك رفع امره الى الحاكم ان اتفق ليلزمهم باحد الامرين او يبيع عليهم لانه ولي
الممتنع من اداء الحق فان تعذر جميع ذلك جاز له ان يبيع من التركة ما يقضي به الوصية ويوفي به الدين مراعيا في ذلك الاصلح للبيع بالنسبة اليهم فالا
اصلح ان امكن بيعه والا باع الممكن ويحتمل تخيره في المال مطلقا مع امتناعهم لان الدين مقدم على الارث والضرر جاء من قبلهم والاول اولى هذا
كله مع اطلاق الوصاية بقضاء الدين اما لو اوصى اليه ببيع شيء من تركته وقضاء دينه لم يكن للورثة امساكه بل كان للوصي امتثال امر الموصي وكذا
لو قال ادفع هذا العبد مثلا اليه عوضا عن دينه لان في اعيان الاموال اغراضا قوله يجوز لمن يتولى اموال اليتيم ان ياخذ اه المراد بالمتولي لمال اليتيم
من له عليه ولاية شرعية سواء كانت بالاصالة كالاب والجد ام لا كالوصي وقد اختلف في قدر ما يجوز له اخذه على اقوال احدها ان ياخذ اجرة مثل عمله
وهو اختيار المصنف لانها عوض عمله وعمله محترم فلا يضيع عليه وحفظا باجرة مثله الثاني ان ياخذ قدر كفايته لظاهر قوله تعالى ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف
والمعروف ما لا اسراف فيه ولا تقتير الثالث انه ياخذ اقل الامرين من الاجرة والكفاية لان الكفاية ان كانت اقل من الاجرة فلانه مع حصولها يكون غنيا
يجب عليه الاستعفاف لقوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف والامر للوجوب فيجب عليه الاستعفاف عن بقية الاجرة وان كانت اجرة المثل اقل فانما
يستحق عوض عمله فلا يحل له اخذ ما زاد عليه ولان العمل لو كان لمكلف يستحق عليه الاجرة لم يستحق ازيد من اجرة مثله فكيف يستحق الازيد مع كون
المستحق عليه يتيما وفي صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق قال سئل وانا حاضر عن القيم لليتامى في الشراء لهم والبيع فيما يصلحهم اله ان ياكل من اموالهم فقال
لا باس ان ياكل من اموالهم بالمعروف كما قال تعالى في كتابه وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ولا تاكلوها
اسرافا وبدارا ان يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف وهو القوت وانما عنى فلياكل بالمعروف الوصي لهم والقيم في
اموالهم بما يصلحهم والتحقيق ان الاكل بالمعروف هو ما يحتاج الى تفسير فان اريد به الاكل المتعارف كما يظهر من الاية والرواية وجعل مخصوصا بالقوت
لا يتعدى الى عياله فلا منافاة بين الفقر وحصول الكفاية منه بهذا الاعتبار لان حصول القوت يحتاج معه الى نفقة مؤنة السنة من نفقة وكسوة
ومسكن وغيرها حتى يتحقق ارتفاع الفقر وان لم يشترط حصول ذلك في نفقة عياله الواجبي النفقة وح فقولهم في الاستدلال بثبوت اقل الامرين
انه مع حصول الكفاية يكون غنيا فيجب عليه الاستعفاف عن بقية الاجرة غير صحيح وان اراد به مطلق التصرف كما هو المراد من قوله ولا تاكلوها اسرافا
وبدارا ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما وغير ذلك فتقييد المعروف من ذلك غير واضح المراد ليعتبر معه اقل
الامرين لان التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الاشخاص والحاجة وربما ادى ذلك الى الاضرار بمال اليتيم وقوله في الرواية الى القوت
مخصص لمعنى الاكل الا انه ليس بصريح في اختصاصه باكله بنفسه لما عرفت من ان الاكل يستعمل لغة فيما هو اعم من ذلك وعلى كل معنى فسر الاكل

419 لا يتم الحكم فيه على اطلاقه لان العمل ربما كان قليلا والقوت كثيرا فيؤدي الى الاضرار باليتيم زيادة على المكلف فالعمل باجرة المثل مطلقا اجود ويمكن حمل الاية
بالمعروف عليه لان اجرة المثل ان كانت اقل فالمعروف بين الناس ان الانسان لا ياخذ عوض عمله من غيره زيادة عن عوضه المعروف فهو اجرة مثله ومثل هذا يسمى
اكلا بالمعروف والزيادة عليه اكلا بغير المعروف هذا اذا كان فقيرا اما لو كان غنيا فالاقوى وجوب استعفافه مطلقا عملا بظاهر الاية وبذلك يتحقق قول
رابع وهو استحقاق اجرة المثل مع فقره وذهب بعضهم الى قول خامس وهو جواز اخذ اقل الامرين من اجرة مثله وكفايته مع فقره ولو لحقه الكفاية
معنى مضبوط كان هذا القول اجود الاقوال ومتى اخذ احد الامرين فهو غير مقيد بالفقر وحمل الامر بالاستعفاف على الاستحباب وادعوا ان لفظ الامر
مشعر به ولكم ولا يتم ان هذا كله مع نية اخذ العوض بعمله اما لو نوى التبرع بعمله لم يكن له اخذ شيء مطلقا ولو ذهل عن القصد فالظاهر جواز الاخذ لانه مامور
بالعمل من الشارع فيستحق عوضه ما لم ينو التبرع لانه عمل محترم كالوامره مكلف بعمل له اجرة في العادة فانه يستحق عليه اجرة المثل ما لم ينو التبرع
كما ذكروه في بابه خصوصا اذا قلنا بجواز اخذه الكفاية للاذن فيها من الله من غير قيد فيشمل ما اذا نوى العوض او لم ينو قوله واذا اوصى لاجنبي اه اذا اوصى
له بمثل نصيب احد ورثته وعينه كابنه صحت الوصية من الثلث اجماعا فاختلف في تقديره فالمعروف من مذهب علمائنا ان الموصى له يكون له عن
وارث اخر مضافا الى الورثة ويساوي الموصى له والوارث ان تساووا وان تفاضلوا جعل كاقلهم نصيبا لان ذلك هو المتيقن والزائد مشكوك فيه
فلو كان له ابن واحد واوصى بمثل نصيبه لزيد فرض كان له ابنين فيكون الوصية بالنصف فان اجاز الابن اخذ الموصى له النصف وللابن النصف وان رد
كان للموصى له الثلث والباقي للابن ولو كان له ابنان فاوصى له بمثل نصيب احدهما فللموصى له بمثل نصيب احدهما مزادا على الفريضة ويكون كواحد
منهم زاد فيهم وعلى هذا وقال جماعة من العامة انه يعطى مثل نصيب المعين او مثل نصيب احدهم اذا كانوا متساوين من اصل المال ويقسم الباقي بين
الورثة ان تعددوا لان نصيب الوارث قبل الوصية من اصل المال فاذا اوصى له بمثل نصيب ابنه ولا ابن له واحد فالوصية بجميع المال ولو كان اثنان
فالوصية بالنصف وان كانوا ثلاثة فله الثلث ومال اليه العلامة في التحرير وجعله قريبا من الصواب ثم رجع الى مذهب الاصحاب واجيب عن حجتهم
بان التماثل يقتضي شيئين والوارث لا يستحق شيئا الا بعد الوصية النافذة فالوارث الموصى له بمثل نصيبه لا نصيب له الا بعد الوصية فيجب
ان يكون ما للموصى له مماثلا النصيب بعد الوصية وعلى ما ذكروه من ان الوصية مع الواحد بالجميع ومع الاثنين بالنصف ومع الثلثة بالثلث
لا يكون هناك نصيب للوارث مماثلا لنصيب الموصى له وهو خلاف مدلول الوصية فيكون تبديلا لها والضابط عندنا ان يعتبر نصيب
الموصى له بعد الوصية فيقام فريضة الميراث ويزاد عليها مثل سهم الموصى بنصيبه وعند اولئك الباقين يعتبر نصيب الموصى له بنصيبه لو لم يكن
وصية واعلم ان هذه المسئلة واشباهها من المسائل الدورية لان معرفة نصيب الوارث موقوفة على اخراج الوصية ومعرفة نصيب الموصى
له انما يكون اذا عرف نصيب الوارث الا ان التخلص منها سهل بغير طريقة الجبريين وغيرهم فلذلك لم يتعرضوا لها هنا وسيفرض المص امثلة
لم جعل للموصى له مثل نصيبهم مع تساويهم في الميراث ومع اختلافهم وجعل له مثل اقلهم ومثل اعظمهم وتفريع بتحرير ما اجمله المص في هذه المسئلة
قوله ولو قال بمثل نصيب بنتي اه اذا اوصى له بمثل نصيب بنته ولا وارث سواها فعندنا له النصف ان اجازت والثلث ان لم تجز لانها تاخذ المال
كله بالفرض والرد فيكون حكمها حكم الابن في الوصية بمثل نصيبها ولو كان له بنتان فله الثلث لان المال عندنا للبنتين دون العصبة فيكون
الموصى له كبنت اخرى وهو واضح وعند العامة لو كان له بنت واوصى بمثل نصيبها فالوصية بالثلث لان المسئلة عندهم من اثنين للبنت واحد
وللعصبة واحد لو لم يكن وصية فيزيد للموصى له سهما ويعطيه سهما من ثلثة ولو كان له ابنتان فالوصية بالربع لان المسئلة من ثلثة لولا الوصية
لكل واحدة سهم وللعصبة سهم فيزيد للموصى له سهما تبلغ اربعة والى الرد على هذا اشار المصنف لان المال عندنا للبنتين دون العصبة
قوله ولو كان له ثلث اخوات اه هذه من صور ما لو اوصى بمثل نصيب احد ورثته من غير تعيين وكانوا مختلفين في النصيب فتنزل الوصية على مثل
اقلهم نصيبا فان للاخوات من الام الثلث وللاخوة الثلثين فاصل الفريضة من ثلثة ثم تنكسر على الفريقين وعددهما متماثل على تقدير كون الاخوة
ثلثة فيضرب عدد احدهما في اصل الفريضة تبلغ تسعة للاخوات الثلث ثلثة لكل واحدة سهم وللاخوة ستة فاذا اوصى بمثل نصيب احدهم حمل
على نصيب اقلهم وهو الاخوات فيزيد الفريضة واحدا تبقى عشرة لما عرفت من ان الضابط تصحيح الفريضة بين الورثة ثم زيادة نصيب الموصى له
عليها فالوصية هنا بعشر التركة واعلم ان الحمل على نصيب الاخوات وانه اقل مبنى على كون الاخوة للاب ثلثة بحيث يتحقق معهم الجميع كما ذكرناه ومع
كونهم اربعة وخمسة فلو كانوا ستة فصاعدا لم يتم المثال مع انه عبره بالاخوة من غير بيان عددهم يشمل ذلك وزيادة كما لا يخفى قوله ولو كان له
زوجة اه هذا مثال لما لو اوصى له بمثل نصيب اعظمهم وطريقه على ما سبق ان تصحح فريضة الميراث اولا وهي هنا من ثمانية للزوجة ثمن سهم وللبنت
الباقي وهو سبعة اسهم ويزاد عليها مثل نصيب من اضيف اليه الوصية وهو هنا البنت فيكون مجموع التركة خمسة عشر هذا هو الصواب الذي
جعله المص اولى وهو متعين واما ما ذكره اولا من جعلها ستة عشر للزوجة سهمان ولكل واحد من البنت والموصى له سبعة فهو قول الشيخ ره وهو
من قبله لانه على هذا التقدير يكون الوصية من نصيب البنت خاصة ويكون سهم الزوجة تاما من اصل التركة لان الاثنين ثمن الفريضة التي هي
ستة عشر والواجب ان يكون الوصية من اصل التركة ويدخل النقص بها على جميع الورثة في كل واحد بنسبة استحقاقه فيكون من خمسة عشر كما
بالطريق السابق وهو تصحيح فريضة الميراث ثم زيادة مثل من اضيف اليه الوصية ليشترك الجميع في النقص هذا كله مع اجازة الورثة ولو لم يجيزوا
فالمسئلة من اثني عشر له الثلث اربعة والثمانية بين الزوجة والبنت على اصل الفريضة الشرعية للزوجة سهم وللبنت سبعة ولو اجاز
احديهما خاصة ضربت احدى الفريضتين في وفق الاخرى تبلغ ستين لان بين الاثني عشر والخمسة عشر توافقا بالثلث

٤٢٠ احدهما في الاخر فمن اجاز ضرب نصيبه من مسئلة الاجازة في وفق مسئلة الرد ومن رد ضرب نصيبه من مسئلة الرد في وفق مسئلة الاجازة فذلك نصيبه وهذا ضابط في كل ما يرد عليك في اجازة البعض ورد الاخرين فلو فرض كون فريضتين متباينتين ضربنا احديهما في الاخرى ونصيب من اجاز من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد ونصيب من رده في مسئلة الاجازة فلو كانت المجيز البنت فنصيبها من مسئلة الاجازة سبعة من خمسة عشر يضرب في اربعة وفق مسئلة الرد يبلغ ثمانية وعشرين فهو نصيبها من الستين والزوجة واحد من اثنا عشر مسئلة الرد يضرب في وفق مسئلة الاجازة وهو خمسة يبلغ خمسة فهي نصيبها من الستين والباقي وهو سبعة وعشرون للموصى له ولو كان المجيز هو الزوجة ضربت نصيبها من مسئلة الاجازة وهو واحد في اربعة وفي مسئلة الرد فلها اربعة ونصيب البنت من مسئلة الرد وهو سبعة من اثني عشر في وفق مسئلة الاجازة وهو خمسة يبلغ خمسة وثلثين والباقي وهو احد وعشرون للموصى له فله مع اجازتهما ثمانية وعشرون وللبنت كك وللزوجة اربعة ومع ردهما عشرون وللبنت خمسة وثلثون وللزوجة خمسة ومع اجازة احديهما ما يأخذ الموصى له التفاوت ولو انعكس الفرض بان اوصى له بمثل نصيب الزوجة واجاز فللموصى له الثمن لانك تزيد نصيب الزوجة وهو واحد على الفريضة ووهم الشيخ هنا ايض فجعل للزوجة سهما من ثمانية وللموصى له سهما وللبنت ستة فاخرج الوصية من نصيب البنت خاصة والصواب ادخال نصيبه عليهما فيكون من تسعة قوله ولو كان اربع زوجات وبنت اه القول الاول للشيخ ايض اصل الفريضة ثمانية نصيب الزوجات الاربع منها واحد يكسر عليهن فيضرب عددهن في الفريضة يبلغ اثنين وثلثين فاعطى الشيخ الزوجات تمام نصيبهن وجعل نصيب الموصى له ماخوذا من نصيب البنت خاصة وهو خطأ كما مر والقاعدة ان يفرض له واحد كاحدى الزوجات ويزاد على الفريضة ليدخل النقص على الجميع فيكون له واحد من ثلثة وثلثين وهو واضح ولو كانت الوصية بمثل نصيب البنت الحقت ثمانية وعشرين مقدار نصيبها باصل الفريضة يبلغ ستين ان اجازوا الوصية وان ردوا الحقت نصف الفريضة بها ليصير للموصى له ثلث المجموع ويكون الثلثان قائمين بالفريضة فيكون من ثمانية واربعين للموصى له ثلثها ستة عشر وللزوجات اربعة وللبنت ثمانية وعشرون ولو اجاز احديهن ضرب وفق مسئلة الاجازة وهو هنا جزء من اثني عشر هو نصف السدس في مسئلة الرد او بالعكس فيضرب خمسة في ثمانية واربعين او اربعة في ستين يبلغ مائتين واربعين فمن اجاز اخذ نصيبه من مسئلة الاجازة مضروبا في وفق مسئلة الرد ومن رد اخذ نصيبه من مسئلة الرد مضروبا في وفق مسئلة الاجازة فمع اجازة البنت يكون لها مائة واثنا عشر هو الحاصل من ضرب ثمانية وعشرين في اربعة وللزوجات عشرون هي الحاصل من ضرب اربعة في خمسة والباقي وهو مائة وثمانية للموصى له ومع اجازة الزوجات جمع دون البنت يكون لهن ستة عشر من ضرب اربعة في اربعة وللبنت مائة واربعون والباقي وهو اربعة وثمانون للموصى له ولو اجاز بعض الزوجات فله نصيبها من المجاز وهو سهم واحد يضاف الى ما يصيبه قوله ولو اوصى لاجنبي بنصيب ولده اه القول بالبطلان للشيخ معللا بما ذكره المص من ابتهاج وصيته بمستحق الولد فكانت كما لو قال بدار ابني واستدلوا عليه ايض بان صحة الوصية موقوفة على بطلانها لتوقف صحتها على ان يكون للابن نصيب ولا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية لان الابن لا يملك الموصى به او قوله ثم من بعد وصية يوصى بها او دين وبان بطلانها لازم لكل واحد من النقيضين فانه ان ثبت للابن نصيب امتنعت صحتها اذ لا يملك الموصى به لما ذكر وكذا ان لم يثبت له نصيب لانتفاء متعلق الوصية فان متعلقها نصيبه ووجه ما اختاره المص من الصحة ان الولد ليس له نصيب الان حقيقة وانما يصير له نصيب بعد موت مورثه فاضافة النصيب اليه حالة الوصية مجاز في كونه جميع التركة فكانه قال ان جميع التركة لفلان التي هي نصيب ابني لو فرض كونه وارثا لها وخرج من غير مزاحم له من وصية ولا غيرها وهذا المعنى وان كان مجازا الا انه ليس هنا معنى حقيقي يمكن حمله عليه حتى يقدم الحقيقة على المجاز لان معناه الحقيقي كون الوصية بنفس نصيبه ولا نصيب له فيكون الوصية باطلة نظرا الى الحمل على الحقيقة لانا نقول مثل هذا وارد في قوله اعطوه مثل نصيب ابني فان ابنه لا نصيب له الان حقيقة وانما اطلق نصيبه عليه مجازا فما حكم بالصحة هناك فكذا هنا لاشتراكهما في المفهوم وان المراد بنصيبه في الحالتين ما يخصه بعد الموت من التركة وهذا مجاز شايع لا ضرر في استعماله بل لا يفهم من اللفظ غيره وبالجملة فانه كناية عن مجموع التركة لا يفيد كونه مستحقا للوارث حتى يناقض الكلام ويكون وصية بمال الغير وبما قررناه يندفع جميع ما اوردوه في هذا الباب على القول بالصحة واما ما احتجوا به على البطلان فجوابه منع كون الوصية بمستحق الولد بل بجميع التركة كما بيناه وفرق بين وصيته بدار ابنه وبنصيبه في الميراث فان دار ابنه لا حق للموصي فيها بخلاف التركة التي تكون نصيب ابنه لو لم يخلف غيره ولم يوص منها بشيء فان التركة حال الوصية مملوكة للموصي وان كان قد تعلق بها حق ابنه على وجه يصح اضافة النصيب اليه بعد الموت بطريق المجاز وكذلك يمنع كون صحتها على هذا التقدير موقوفة على بطلانها لان المراد بنصيبه لولا الوصية كما قررناه وهذا هو الجواب عن قولهم ان بطلانها لازم للنقيضين اذا تقرر ذلك فنقول ان حكمنا بالصحة ففي حمل الوصية على كونها بجميع التركة او بنصفها على تقدير اتحاد الوارث وجهان احدهما حملها على الجميع وهذا هو الذي لم يذكر في القواعد غيره ووجهه قد ظهر مما قررناه فان نصيب الولد بل تقدير انحصار الوارث فيه جميع التركة فيكون الوصية بنصيبه وصية بالجميع والثاني حملها على النصف كما لو قال له مثل نصيب ابني لانه لما تعذر حمل النصيب على الحقيقة حملناه على مجازه وهو المثل فيلزمه حكمه وفيه نظر لان المثل هنا غير المثل فيما لو صرح به فانه مع التصريح به يكون مضافا الى شيء يكون معه فيلزم منه حمل المثل على كونه مثلا بعد الوصية واما هنا فانما اوصى له بنفس نصيبه الذي هو كناية عن مجموع التركة والمثل انما صار واليه من حيث انه لا نصيب للابن الان على ما قررناه او لان حملها على نفس النصيب يوجب البطلان فحملوها على المثل لتعذر الحمل على الحقيقة كك وهذا المصير الثاني غير مرضي لان مجرد البطلان على تقدير حملها على نفس النصيب لا يقتضي العدول عنه وصرفه الى المجاز لتصحيح الوجه فيه ما قررناه سابقا وعليه فالمثل يراد به مجموع التركة لا مشاركة الموصى له للوارث بها فتحققنا بغيتها ان كل من حمل هذه الوصية على المثل واطلق لا يعلم منه ارادة احد الامرين ولا يتحقق مذهبه منهما الا بدليل خارج والذي ...

٤٢١ المسئلة ان الموصي ان قصد بكلامه هذا نفس مستحقه على تقدير الموت فالوصية باطلة وان قصد نصيبه الذي يتبادر لكل احد من ان الولد الواحد اذا انحصر الارث فيه يكون نصيبه جميع التركة فالوصية بجميع التركة وان قصد به كون الموصى له شريكا للابن في نصيبه بتقدير المثل فالوصية بالنصف وهذا كله لا اشكال فيه وان اطلق اللفظ مريدا مقتضاه من غير ان يلحظ شيئا بخصوصه يكون موصيا بجميع التركة كما حققناه واعلم ان المحقق الشيخ علي ذكر في شرحه ان للفقهاء في المسئلة قولين خاصة احدهما البطلان والثاني الحمل على المثل بمعنى المشاركة بالنصف كما لو اوصى له بمثل نصيبه وذكر ان الاحتمال الثالث وهو حمله على الوصية بالجميع مختص به لم يسبقه اليه احد وهذا عجيب منه فان هذا الاحتمال الثالث لم يذكر الاكثر غيره فضلا عن ان لا يكون مذكورا قال في لف بعد ان نقل في المسئلة قولين البطلان وصحة الوصية ويكون بمنزلة ما لو اوصى له بمثل نصيب ابنه بما هذا لفظه والمعتمد الاول لنا انه اوصى بما هو حق للابن فيبطل كما لو قال بدار ابني احتج الاخرون بان اللفظ يحمل على مجازه عند تعذر حمله على الحقيقة ولانه وصية بجميع المال في الحقيقة ولو اوصى له بجميع ماله لم تكن الوصية باطلة انتهى وهذا كما ترى صريح في انه فهم من القائل بالصحة والحمل على المثل ارادة الجميع فكيف لا يكون مذكورا لاحد وقال في كره اذا اوصى له بنصيب وارث فان قصد المثل صحت الوصية اجماعا وان قصد العين بطلت الوصية وبه قال الشافعي وابو حنيفة وقال مالك واهل البصرة وابن ابي ليلى وزفر وداود يصح الوصية بجميع المال انتهى وهو قريب من دلالته في لف ثم اقتصر على القولين وحصر القول بالصحة في الوصية بالجميع وقال الشيخ في ط واذا كان له ابن فقال اوصيت له بنصيب ابني فان هذه وصية باطلة وقال قوم تصح الوصية ويكون له كل المال انتهى ولم يذكر الاحتمال الاخر وعلى هذا فيكون مراد من اطلق الصحة وحمله على المثل صحة الوصية في الجميع لان ذلك هو الموجود في عبارة اصحابنا واما حمله على النصف كما لو اوصى بلفظ المثل فلم يذكره احد من اصحابنا بخصوصه وانما هو محتمل من اطلاقهم نعم في عبارة الشيخ فخر الدين ما يؤذن بفهم ارادة النصف من القائل بالصحة لانه قال في شرحه بعد تقرير القولين فعلى الصحة لا فرق بين زيادة لفظة المثل وعدمها في قوله اوصيت بنصيبه مثل اوصيت بمثل نصيبه وانما فرق القائل بالبطلان فهذه العبارة كالصريحة في ارادة المثل حقيقة كما لو كان مذكورا وهو يقتضي الوصية بمشاركة الابن واما الشافعية فقد صرحوا في كتبهم بان في المسئلة ثلثة اوجه قال الرافعي في الشرح الكبير لو قال اوصيت له بنصيب ابني ولم يذكر لفظ المثل فوجهان احدهما ان الوصية باطلة لورودها في حق الغير الثاني انها صحيحة لورودها والثالث انها وصية بالكل انتهى ملخصا والمذكور في كره جاريان على فروع الشافعية ووجوههم لكنهما اخلا بالوجه الثالث وهو كونها وصية بالنصف مع انه اشهر عندهم من الاخر والحاصل ان حمله على الوصية بالجميع في عبارة اصحابنا اكثر مع وجود الاخر وحمله على النصف في كلامهم اكثر مع وجود الاخر قوله ولو كان له ابن قاتل فاوصى اه وجه البطلان ظاهر لما اشار اليه المص من انه لا نصيب له فيكون قوله في قوة اوصيت له بمثل نصيب من لا شيء له وبهذا قطع الشيخ في ط ولم يذكر غيره ووجه الصحة حمل الكلام على التقدير صونا له عن الهذرية وتقديره بمثل نصيبه لو لم يكن قاتلا وضعفه ظ وفصل في لف فحكم بالبطلان ان كان الموصي عارفا بان الابن قاتل وان القاتل لا نصيب له والصحة ان جهل احدهما وهو حسن كما انه لو قصد الموصي مماثلة نصيبه لو كان وارثا صحت قطعا قوله اذا اوصى بضعف نصيب ولده اه اختلف الفقهاء واللغويون في معنى الضعف وعليه يبنى الضعفان فقيل الضعف المثل قال الجوهري ضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه واضعافه امثاله وقال ابو عبيد القسم بن سلام الضعف المثل قال تع يضاعف لها العذاب ضعفين اي مثلين وقال تع فآتت اكلها ضعفين اي مثلين واذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل وقال الازهري الضعف المثل فما فوقه وليس بمقصور على مثلين فاذن اقل الضعف محصور في الواحد واكثره غير محصور وقال الخليل الضعف ان يزاد على اصل الشيء فيجعل مثلين او اكثر وقال ابو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء هو ومثله وضعفاه هو ومثلاه وقال في الجمهرة هذا ضعف هذا الشيء اي مثله وقال قوم مثلاه وفي نهاية ابن الاثير ان الضعف مثلان قال وقيل مثل الشيء ضعفه والاشهر بين الفقهاء ما اختاره المص من ان الضعف مثلان بل نقله الشيخ في الخلاف عن عامة الفقهاء واهل اللغة وان كان هذا التعميم لا يخ من تجوز فقد سمعت من كلام اهل اللغة والفقهاء ايض مختلفون كاهل اللغة ويشهد للمشهور قوله تع اذا لاذقناك ضعف الحيوة وضعف الممات اي عذاب الدنيا وعذاب الاخرة مضاعفا وقوله تع اولئك لهم جزاء الضعف وقوله تع وما اوتيتم من زكوة تريدون وجه الله فاولئك هم المضعفون ولم ينقل المص خلافا في الضعف كما نقل غيره انه المثل استضعافا له واما ضعفا الشيء فعلى تفسير المثل يكون مثلاه وعلى المثلين يكون اربعة امثاله لان ذلك هو الحاصل من انضمام مثلين الى مثلين والمص اختار كونه ثلثة امثاله لما نقل عن بعض اهل اللغة ان ضعفي الشيء هو ومثلاه فيكون ثلثة امثاله وعلى تقدير حصول الشك فيهما وفي الاربعة لاختلاف اهل اللغة فالمتيقن هو الثلاثة ولا بد ان ضمهم من جعله مثلين فيكون هو المتيقن ايض لضعف هذا القول وشذوذه فلم يعتد به كالاعتداد بمن في المثل او يحمل على المجاز لانه خرج من الاشتراك وعلل ايض بان ضعف الشيء ضم مثله اليه فاذا اثني الضعف فمعناه ضم مثليه اليه فيكون ثلثة واما ضعف الضعف فقد قال المص انه كالضعفين اي فيه القولان والمختار عنده انه ثلثة امثاله وذلك لان من قال ان الضعف مثلان فتضعيفه فقد ره مرتين ... امثاله فيكون الموصى به ضعف ضعف النصيب ومن قال انه ضم مثل الشيء اليه فتضعيفه هذا الضم زيادة مرة اخرى فيكون ثلثة وبضعف بمخالفته للتفسيرين السابقين للضعف لانه جعله المثل فالضعف مثلان ومن جعله مثلين لزمه ان يكون تضعيفه اربعة ولما اعتبر المص خاصة فقضيته ان الضعف عند هذا القائل هو المجموع من المماثل والزايد لا نفس الزايد والا لكان هو القول بالمثل وبالجملة فالقول بان ضعف الضعف ثلاثة امثاله ضعيف جدا وقد وافق المص عليه العلامة في كره وفي المسئلة وجه ثالث ان ضعف الضعف ستة امثاله بان يكون الضعف مثله معاهو الموصى به وبضعف الوصية بالمضاف خاصة ورابع بانه مثل واحد بناء على ان الضعف هو المثل وضعف الضعف مثل المثل والمثل متحد فمثله كك وقد عرفت ضعف المبنى عليه وقد ظهر ان ارجح الاقوال

كون ضعف الضعف اربعة امثاله قوله اذا اوصى بثلثه للفقراء اه لا اشكال في جواز صرفه في كل ما في بلد الى فقرائه لحصول الغرض من الوصية وعلم وجود
مانع منه واما صرفه في بلد الموصي فكذلك ان لم يستلزم تضررا بالمال بسبب نقله ولا تاخيرا للاخراج الوصية مع امكان التعجيل والا اشكل الجواز لذلك
نعم لو فرض عدم المستحق في بلد المال وعدم الخطر في نقله فلا اشكال كما لو فرض اخراج قدر الثلث في بلد الموصي من المال الموجود فيه وترك الاموال المتفرقة
للورثة مع رضاهم بذلك صح ايضا لان المعتبر اخراج ثلث المال بالقيمة لا الاخراج من كل شيء وان كان اطلاق الثلث يقتضي الاشاعة الا ان يتعلق
غرض الموصي بشيء من الاعيان او بالجميع فيتبع مراده ولو كان نقل المال الى بلد اخر لغرض صحيح كما لو به المستحق فيه او لوجود الحاكم فيه ونحو ذلك جاز آه
كما يجوز نقل الزكوة الواجبة لذلك وان لم يجز مطلقا قوله ويدفع الى الموجودين في البلد ولا يجب تتبع من غاب عنه لان الفقراء غير محصورين فلا يجب الاستيعاب
ولا يتبع من غاب عن البلد لذلك ويفهم منه وجوب استيعاب من في البلد منهم ووجهه ان الموصى لهم يستحقون على جهة الاشتراك لا على جهة بيان المصرف
كالزكوة وبهذا يظهر ان عدم وجوب التتبع رخصة ولو صرفه الى غير الموجودين او اليهم والى غيرهم جاز قوله وهل يجب ان يعطى ثلثة فصاعدا قيل
نعم وهو الاشبه عملا بمقتضى اللفظ ووجه وجوب الدفع الى ثلثة فصاعدا ان الفقراء جمع واقله ثلثة على المختار ومن قال ان اقله اثنان اكتفى بهما
هنا فعلى هذا لا يجوز ان ينقص عن ثلثة فان لم يوجد في البلد ثلثة وجب الاكمال من غيره مراعاة للفظ الجمع وان الحكم لبيان المصرف كما مر
والا اكتفى بالواحد ويشكل بانه ان كان للاشتراك وجب تتبع الممكن وان كان لبيان المصرف لزم الاكتفاء بواحد فالجمع بين وجوب استيعاب
من في البلد وعدم وجوب صرفه الى غيرهم مع وجوب الدفع الى ثلثة لا يخ من اشكال ولعل الوجه ان مراعاة الجمع يوجب الثلثة فصاعدا و
استيعاب من حضر لاشتراكهم في الاستحقاق وعدم وجوب الدفع الى من غاب رخصة وتخفيف قوله وكذا لو قال اعتقوا رقابا اه وجوب عتق الثلثة
مع سعة الثلث مما لا اشكال فيه مراعاة لحقيقة الجمع ولو قصر الثلث عن الثلثة اقتصر على ما يسعه اذ لا يسقط الميسور بالمعسور ولا يرد ان الموصى به
مسمى الجمع وقد تعذر فينبغي ان تبطل الوصية او يتوقع تنفيذها ان رجي لان معنى الجمع واحد وواحد وواحد وانما اختصروه بلفظ الجمع كما نص
عليه اهل العربية فانهم قالوا رجال في قوة رجل ورجل ورجل فلا يسقط البعض بالعجز عن البعض كما لو اوصى بعتق الثلاثة مفصلا بهذا اللفظ
وعلى هذا فلو قصر الثلث الا عن واحد ولم يجز الوارث اعتق الواحد ولو قصر عنه ففي وجوب الاعتاق بشقص مع الامكان قولان اقربهما الوجوب
لان وجوب عتق اجزاء الرقاب كالكل ولعموم اذا امرتكم بامر فأتوا منه ما استطعتم ووجه العدم ان لفظة الرقبة لا يدل على البعض الا تضمنا و
والدلالة التضمنية تابعة للمطابقية فاذا فات المتبوع انتفى التابع وجوابه ان عتق الرقبة لما لم يتحقق الا بعتق جميع اجزائها كان كل جزء مقصود
عتقه ومامور به بالذات لا بالتبعية فيجب حيث يمكن فان تعذر ففي صرفه الى الورثة او في البر وجهان تقدم نظيرهما واولى الاول
اقوى مع امكان صرفه في العتق قبل ذلك في وقت ما بعد الوصية والثاني ان تعذر ذلك من الابتداء مع احتمال صرفه في البر مطلقا لان البر
اقرب الى مراد الموصي من الورثة واقرب المجازات متعين عند تعذر الحقيقة قوله اذا اوصى لانسان بعبد ولاخر بتمام الثلث اه اذا اوصى لواحد
بعبد معين ولاخر بتمام الثلث باعتبار قيمة العبد وضمه الى الثلث صحت الوصيتان لوجود المقتضي للصحة فيهما وانتفاء المانع فيقوم العبد
بعد موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية وينظر البقية من التركة فان خرج العبد من الثلث صحت وصيته وينظر بعد ذلك فان بقي من الثلث
بقية فهي للموصى له الثاني والا بطلت وصيته لفوات متعلقها وهذا لا اشكال فيه وانما الكلام فيما لو تغيرت قيمة العبد او بقية التركة
بزيادة او نقصان قبل موت الموصي او بعده وقبل تسليم الموصى له العبد او بعده وقبل وصول الثلثين الى الورثة او بعده وتحرير الحال ان نقول قد مر
ان المعتبر في قيمة التركة بحال الوفاة بالنسبة الى زيادة المال ونقصانا او بالاقل من حال الوفاة الى حين قبض الوارث لان الوارث لا بد ان يصل اليه
ضعف ما ينفذ فيه الوصية ولهذا لو كان له مال غائب لا ينفذ من الوصية الا مقدار ثلث الحاضر وان كانت خارجة من الثلث بالنسبة الى جميع المال
وح فاذا فرض حدوث نقص في التركة قبل قبض الوارث فالنقص على الموصى له الثاني لان الوصية له بتكملة الثلث بعد الوصية الاولى فلا بد من
اعتبار اخراج الاولى اولا ولو حدث عيب في العبد قبل تسليمه الى الموصى له فللثاني تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحا لان الموصي قصد عطيته
التكملة والعبد صحيح فاذا تجدد العيب كان ذلك نقصا في العين فلا بد من اعتبار الناقص مع الباقي فلو فرض ان قيمة العبد صحيحا مائة وباقي التركة
خمسمائة فاصل الثلث مائتان والوصية للثاني مائة فاذا تجدد نقص العبد خمسين مثلا وجبت التركة الى خمسمائة وخمسين وثلثها مائة و
ثلثة وثمانون وثلث فاذا وضعت منه قيمة العبد صحيحا بقي ثلثة وثمانون وثلث للموصى له ويشكل بان مقتضى الوصية الثانية ان يكون بيد
الورثة ضعف ما بيد الموصى له الثاني بعد اسقاط الاول وهنا ليس كذلك لان الباقي من المال بعد قيمة العبد خمسمائة فيجب ان يكون نقص العبد
محسوبا من التركة بالنسبة الى الاول فهو كالباقي فالمتجه ان يكون للثاني مائة والواصل الى الورثة الثلثان وزيادة ولو كان نقص العبد باعتبار
السوق والعين بحالها ومقدار النقص خمسون كما سبق اعتبرت قيمة التركة عند الوفاة ولا ينقص بسببه شيء على الثاني بل يعطى تمام الثلث مائة
وثلثة وثلثون وثلثا والفرق ان العين هنا قائمة بحالها والثلث انما يعتبر عند انتقال التركة عن الموصي وهو حال الوفاة بخلاف نقص العيب
فانه نقص محسوس له حصة من الثمن ولهذا اضمنه الغاصب ويثبت ارشه للمشتري على البائع دون نقص السوق ولو فرض موت العبد بطلت
الوصية لفوات متعلقها واعطي الاخر ما زاد على قيمته لان له تكملة الثلث فلا يسقط بموته شيء فيعتبر قيمته عند وفات الموصي لو كان حيا
ويحط قيمته من الثلث ويدفع الباقي الى الموصى له الثاني ولو فرض نقص المال غير العبد كان بنقص مائة مثلا فالنقص على الثاني فيكون له
ستة وستون وثلثان ولا يجري مجرى موت العبد لان الفائت هنا على الورثة وهناك على الموصى له الاول وجانب الورثة موفر

ثم لو كان

ثم لو كان تلف المال بعد قبض الوارث الواقع بعد الوفاة لو كان محسوبا عليهم فيكون للثاني تمام المائة ويبقى في المسئلة بقيد المص وغيره حدوث
العيب في العبد قبل تسليمه الى الموصى له فانه يقتضي ان النقص لو كان بعد الموت وقبل تسليمه الى الموصى له يكون الحكم كذلك ويشكل على القول بان القبول
كاشف عن دخوله في ملك الموصى له من حين الوفاة فان النقص ح داخل على ملك الموصى له الاول فلا يحتسب على غيره وكذا يقتضي انه لو تسلمه في حيوة
الموصي فحدث العيب قبل موته لا يعتبر نقصه منه وليس كذلك لان هذا التسليم لا حكم له قوله اذا اوصى له بابيه فقبل الوصية اه اذا انتقل الى المريض
من ينعتق عليه فاما ان يكون بعوض او بغيره ثم الانتقال اما ان يكون قهريا او اختياريا والعوض اما ان يكون موروثا اولا فهذه اقسام المسئلة
والمص اقتصر منها على قسم واحد وهو انتقاله اليه باختياره بغير عوض ونحن نبين ما ذكره ثم نتبعه بالباقي فنقول اذا ملكه بغير عوض اختيارا كما لو اوصى
له به فقبل الوصية وهو مريض او وهبه بغير عوض فقبل الهبة فان قلنا ان منجزات المريض من الاصل عتق من الاصل وان قلنا من الثلث فلا كلام ح فيه واما على
الاخر فقد قال المص انه يعتق ايضا مدعيا الاجماع ولانه انما يعتبر من الثلث ما يخرجه المريض من ملكه بنفسه اختيارا كما لو باشر عتقه وهنا لم يخرجه
المريض كذلك وانما خرج بالله تعالى عن ملكه حين ملكه بالقبول والعتق عليه تبعا للملك بغير اختياره فلم يكن مفوتا باختياره شيئا وانما جاء الفوات
من قبل الله تعالى ويشكل هذا بانه لو تم لزم مثله فيما لو اشتراه بعوض فان مجرد الشراء والتمليك ليس هو المانع من النفوذ وانما المانع والمفوت
لحق الورثة العتق وهو يحصل بغير اختياره كما قيل هنا لكن يجاب عنه بانه مفوت على الورثة الثمن باختياره حيث بذله في مقابلة ما يوجب التلف قطعا
بغير فائدة تعود على الوارث وح فلا يتم الدليل الا باضافة امر اخر وهو انه لم يخرج شيئا عن ملكه بعوض يحصل به فوات شيء على الورثة وكان الاولى
في الاستدلال على هذا التقدير ان يقول لانه لم يفوت شيئا على الورثة من حيث انه ملكه بغير عوض لعتق وقع قهريا والحاصل ان المعتبر في صحة العتق حصول
الامرين معا وهما عدم العوض وكون العتق قهريا فمتى انتفى احدهما اعتبر من الثلث واما ما ادعاه المص من الاجماع على الحكم فبالنظر الى من تقدمه من
اصحابنا فكانه لم يظهر له مخالف قبله والا فالمسئلة محتملة والعامة مختلفون في حكمها فذهب بعضهم الى اعتبار خروجه من الثلث كالعتق اختيارا او
وقواه العلامة في التحرير استنادا الى ان اختيار السبب كاختيار المسبب فيجب كان الاول مقدورا فالثاني كذلك وهو قول بعض المتكلمين وح فلا يلزم من كون
العتق قهريا خروجه من الاصل وانما يلزم ذلك لو لم يكن مستندا الى اختيار المريض في التمليك والاقوى ما اختاره المص ولا يقدح دعواه الاجماع
في فتوى العلامة بخلافه لان الحق ان اجماع اصحابنا انما يكون حجة مع تحقق دخول المعصوم في جملة قولهم فان حجيته انما هي باعتبار قوله عندهم ودخول قوله
في قولهم في مثل هذه المسئلة النظرية غير معلوم وقد نبه المص في اوائل المعتبر على ذلك فقال ان حجية الاجماع لا تتحقق الا مع العلم القطعي بدخول قول
المعصوم في قول المجمعين ونهى عن الاغترار بمن يتحكم ويدعي خلاف ذلك وهذا عند الانصاف عين الحق فان ادخال قول شخص غائب لا يعرف قوله في قول جماعة
معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقته لهم تحكم بارد وبهذا يظهر جواز مخالفة الفقيه المتاخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل
التي ادعوا فيها الاجماع اذا قام عنده الدليل على ما يقتضي خلافهم وقد اتفق لهم ذلك كثيرا لكن زلة المتقدم مسامحة عند الناس دون المتاخر ولنرجع
الى بقية اقسام المسئلة فنقول قد عرفت حكم ما لو ملكه بغير عوض اختيارا واما اذا ملكه كذلك بغير اختياره كالارث فان قلنا في القسم الاول بكونه
من الثلث احتمل كونه هنا كذلك لتحقق الملك في المرض فيكون معدودا من جملة امواله فانعتاقه يفوت عليهم المالية ويضعف بانه لم يتلف على الورثة
شيئا ماله ومحسوب ما لا له ومع ذلك فالعتق قهري فلا مانع منه وينبغي هنا القطع بنفوذه من الاصل وفي كره جعل العتق اقرب لو ملكه بعوض فلا
يخ اما ان يكون اختيارا او لا وعلى التقديرين فلا يخ اما ان يكون العوض موروثا بحيث يحصل بسببه تفويت على الورثة اولا فهذه اربعة اقسام الاول
ان يملكه بعوض موروث اختيارا بالاشتراء فان كان بثمن المثل واعتبرنا خروج المنجزات من الثلث ففي انعتاقه قولان احدهما انه من الثلث لان تملكه
له باختياره فيجري عتقه مجرى المباشرة خصوصا عند من يجعل فاعل السبب كفاعل المسبب كالمبائيين وهذا هو الاصح والثاني نفوذه من الاصل
لانه انما يحجر عليه في التبرعات والشراء ليس بتبرع فلا يكون محجورا عليه والعتق حصل اولا بغير اختياره فلا يعتبر فيه الثلث ويضعف بان بذل الثمن
في مقابلة ما يقطع بفواته وزوال ماليته بالقطع تضييع على الوارث كما لو اشترى ما يقطع بموته عاجلا والقولان اختارهما العلامة في عد في الوصايا
او الحاق الاحكام المعنوية وثانيهما في كيفية التنفيذ ولو اشتراه بدون ثمن المثل فالزائد محاباة حكمه حكم الموهوب الثاني ان يملكه بعوض موروث ولكنه
بغير اختياره بمعنى استناده الى امر الشارع به كما لو كان قد نذر في حال الصحة او المرض ان جوزنا كونه من الاصل انه اذا وجد قريبه يباع بعوض هو قادر
عليه اشتراه فوجده وهو مريض فينفذ من الاصل على القولين ويحتمل ضعيفا كونه من الثلث لحصول السبب المقتضي للتصرف في المرض وضعف باستناد ذلك
الى ايجاب الشارع فكان بمنزلة الدين كالواجب نفسه للحرية فيعتق من الاصل على القولين لعدم تفويته شيئا على الورثة ويأتي على احتماله في الهبة ورد
مثله هنا الرابع ان يملكه كذلك بغير اختياره بل بالزام الشارع كما لو كان قد نذر تملكه بالاجارة وحكمه كالسابق بطريق اولى قوله لو اوصى بدار
فانهدمت اه منشأ التردد من فوات متعلق الوصية لان المجموع المركب من العرصة والسقف وباقي الاجزاء والمركب يفوت بفوات بعض اجزائه
وخصوصا الموجب لفوات حقيقته فيبطل الوصية ومن بقاء بعض من الاجزاء المتعلق حق الموصى له بها في ضمن المجموع فلا يفوت البعض بفوات بعض
اخر وفصل ثالث حسنا فقال ان كان الموصى به دارا معينة فانهدمت فالوصية باقية لانتفاء الدليل الصالح للبطلان وتغير الاسم لم
يثبت كونه قادحا والباقي بينها بعض ما اوصى به وان اوصى له بدار من دوره فانهدمت جميع دوره قبل موته بطلت لانتفاء المسمى وموضع الخلاف
ما اذا كان الانهدام لا بفعل الموصي والا كان رجوعا قوله اذا قال اعطوا زيدا اه وجه الاول انه اوصى لفريقين فلا ينظر الى احادهما كما لو
اوصى لقبيلتين مختلفتي العدد ووجه الثاني ان اقل الفقراء ثلثة لانهم جمع وقد شرك بين زيد وبينهم بالعطف فيكون كاحدهم ويضعف

الثالث ان يملكه بعوض غير موروث باختياره

٢٢٤ بان التشريك بين زيد والفقراء لا بعينه وبين احادهم فيكون زيد بعض افراد الفقراء فيهما الخ وبان التشريك لو كان بين الآحاد لما لزم الحكم بالربع
لان الفقراء لا ينحصر في ثلثة وكون الثلثة اقل الجمع لا يوجب الحصر فيه مع وجود اللفظ الشامل لما زاد عليه ووجه مختار المصنف في المسئلة وجه
ثالث يخرج من دليل الثاني وهو ان زيدا يكون كاحد الفقراء لانه وان كان اقلهم ثلاثة الا انهم يقع على ما زاد ولا يتعين الدفع الى ما زاد فينبغي
التشريك ان يكون كواحد منهم فيعطى منهم من سهام القسمة فان قسم المال على اربعة من الفقراء اعطى زيد الخمس وان قسم على خمسة فالسدس وهكذا
ورابع انه يعطى اقل ما يتمول ولكن لا يجوز حرمانه وان كان غنيا وخامس انه ان كان فقيرا فهو كاحدهم وتخصيصه للاهتمام به وان كان غنيا فله النصف
وسادس انه ان كان غنيا فله الربع والا فالثلث لدخوله فيهم وسابع ان الوصية في حق زيد باطلة لجهالة الجزء المضاف اليه وهذه الاوجه كلها ضعيفة
ما عدا الاولين واقوال اصحابنا منحصرة فيهما فلذا اقتصر عليهما المصنف واضعفها الاخير هذا كله اذا اطلق لفظ زيد اما اذا وصفه بصفة الجماعة
فقال لزيد الفقير وللفقراء جرى الخلاف فيما لو كان فقيرا والاقوى انه كما لو اطلق لما ذكرناه في توجيه الاول ولو وصفه بغير صفة الجماعة كقوله
لزيد الكاتب وللفقراء فالوجه الاول ولا بد على الاوجه من الصرف الى ثلاثة من الفقراء مراعاة لصيغة الجمع قوله في تصرفات المريض
الى قوله بما بعد الموت اراد بالمؤجلة المعلقة بالموت وبالمنجزة المعجلة حال الحيوة وان لم تكن مباشرة محضة واصل المنجز الحاضر قال الجوهري
الناجز الحاضر يقال ناجز بناجز اي يدا بيد معجلا ومنه في الدعاء انجز وعده وحصره وفيه بقاء من جملة المؤجلة كالوصية في الحكم انها غير
الوصية والمغايرة تظهر بينهما في التدبير فانه تصرف معلق على الموت وليس بوصية بعتق بل عتق بصفة على اختلاف الوجهين ويظهر ايضا
في النذر المقيد بالموت فانه لا يسمى وصية لكن في الحاقه بالوصية خلاف مشهور فقد قال جماعة انه من الاصل فلا يصح الحكم بكون حكمه حكم
الوصية بالاجماع وان كان المختار مساواته لها في الحكم وعلى ما استنبط من تعريف المصنف للوصية انها تمليك عين او منفعة يتخلف كثير من
الافراد المعلقة على الموت فيطلق عليه التصرفات المؤجلة لا الوصية وذلك كالوصية بالعتق والوقف على جهة عامة والوصية بابراء
المديون ونحو ذلك ولو اطلق على الجميع اسم الوصية وذكر ان حكمها الخروج من الثلث سلم من التكلف والتدبير ان كان وصية بالعتق تناوله
العبارة والا فيكتفى بذكر حكمه في محله واعلم انا قد اسلفنا نقل الخلاف في كون الوصية من الثلث عن ابن بابويه وانه حكم بكونها من الاصل
فدعوى المص الاجماع هنا في مقابله اما لعدم الاعتداد بخلافه لضعف مستنده وشذوذ قوله فان جميع المسلمين على خلافه واما على معنى
ان مساوات التصرفات المؤجلة للوصية ثابت بالاجماع فيما ثبت للوصية من الحكم ثبت للمؤجلة ولا يكون فيه تعرض لدعوى الاجماع على نفس
حكم الوصية وهذا اولى وانسب بسياق العبارة ولا فرق في التصرف المعلق على الموت بين وقوعه من الصحيح والمريض وهو موضع وفاق قوله اما
منجزات المريض الى قوله في ذلك المرض احترز بالتبرع عما ينجزه المريض من البيع بثمن المثل ووفاء بعض الديان شيئا من اعيان ماله وان كان فاضلا عن
الدين وما يدفعه اجرة عن منافع تصل اليه ونحوه فان مثل ذلك نافذ من الاصل اذ لا تفويت فيه على الوارث واما البيع بدون ثمن المثل والشراء
بازيد منه فانه ليس تبرعا محضا لان كل جزء من اجزاء المعوض مقابل الجزء من اجزاء العوض وان اختلفا في القيمة الا ان القدر الزائد عما اخذه في العوض
في قوة التبرع به وان لم يكن متميزا وقد نبه على ادخاله في المثال وخرج ايضا عتق القريب المملوك بغير عوض فان عتقه ليس من منجزات المريض وانما وقع
قهرا من الشارع ويبقى مثل التزويج باقل من مهر المثل واجارة نفسه باقل من اجرة المثل داخلين في التبرع بالمنجزات مع انه خارج عن حكمها لانه
على خروجه من الثلث لانه ليس مثل اخراج مال من التركة بل هو اكتساب له في الجملة والمراد من المنجزات بغير المثال وضابطها ما استلزم تفويت
تفويت المال على الوارث بغير عوض اذا تقرر ذلك فنقول اختلف علماؤنا في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها على ذلك الوجه فذهب الاكثر
ومنهم الشيخ في ط والصدوق وابن الجنيد وسائر المتاخرين الى انها من الثلث كغيرها وقال المفيد والشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس والاجيد
انها من الاصل والمص لم يرجح هنا احد القولين لكنه رجح الاول في مواضع متعددة من الكتاب ومنشأ الخلاف من اختلاف الروايات ظاهرا فمما
استدل به منها للاول صحيحة علي بن يقطين قال سئلت ابا الحسن ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث والثلث كثير وقد تقرر في الاصول ان
جواب الاستفهامية للعموم وصحيحة يعقوب بن شعيب قال سئلت ابا عبد الله عن الرجل يموت ما له من ماله فقال ثلث ماله والتقريب ما تقدم
ورواية ابي ولاد عنه في الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها قال بل هبة له فتجوز هبتها ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئا
ورواية علي بن عقبة عنه في رجل حضره الموت فاعتق مملوكا ليس له غيره فابى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه قال ما يعتق منه الا ثلثه وسائر
ذلك الورثة احق بذلك ولهم ما بقي وهذه الرواية وان كانت متضمنة للعتق خاصة الا انه لكونه مبنيا على التغليب يفيد حكم غيره بطريق اولى ورواية
الحسن بن الجهم قال سئلت ابا الحسن يقول في رجل اعتق مملوكا له وقد حضره الموت واشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم وعليه دين ثلثمائة
درهم ولم يترك شيئا غيره قال يعتق منه سدسه لانه انما له منه ثلثمائة درهم وله السدس من الجميع وروى العامة في صحاحهم ان رجلا من الانصار اعتق
ستة اعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وجزاهم ثلثة اجزاء واقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة ولهم وجوه اخرى
من الاعتبار منها انه ان كانت المؤخرات من الثلث فالمنجزات كذلك لكن المقدم حق فالتالي مثله وبيان الملازمة ان المقتضي لحصر الوصية في الثلث
النظر الى الورثة والشفقة عليهم وهذه العلة مبنية عليها في النص وهي موجودة في المتنازع ومنها انه لولا كونها من الثلث لاختلط حكم حصر
الوصية في الثلث فانه لولاه لاحتال كل من يريد الزيادة في الوصية على الثلث الى العطايا المنجزة فيفوت الغرض الباعث على منعه من الزائد واحتج
الاخرون بان المالك متصرف في ملكه فيكون سائغا والصغرى مفروضة والكبرى قوله الناس مسلطون على اموالهم خرج منه ما بعد الموت فيبقى

الباقي ادين ان ما بعد الموت غير من التصرف ليس بتسلط على ماله بل على مال غيره وهو الوارث وبامكان الحاجة وباستثنائها ما كان في حال الصحة فيبقى
٢٢٥ ولاصحابنا المذكورين بالنص والقالي بط فكذا المتقدم وبرواية عمار عن الصادق قال الرجل احق بماله ما دام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز وبرواية عمار ايضا
عنه يجعل بعض ماله لرجل في مرضه فقال اذا ابانه جاز وبموثقة عمار ايضا عنه قال الميت احق بماله ما دام فيه الروح يبين به فان قال بعدي فليس
له الا الثلث وبرواية ابي عبد الله قال قلت له الرجل له الولد ايسعه ان يجعل ماله لقرابته فقال هو ماله يصنع به ما شاء الى ان ياتيه الموت فان
اوصى به فليس له الا الثلث الا ان الفضل في ان لا يضيع من يعوله ولا يضر بورثته هذا محصول حجج الفريقين وفي كل واحد منها نظر اما
الصحيحتان الاولتان اللتان هما عمدة الاستدلال ومعتمده فلا دلالة لهما على المطلوب لانهما على ما بعد الموت اولى اما الثانية فانها صريحة فيه لانه
قال فيها الرجل يموت ما له من ماله فلا وجه للاستدلال بها على المنجزات واما الاولى فكما يحتمل المنجز يحتمل الوصية لان عند ظرف المكان المقتضية
للمصاحبة فدلالتها على الوصية اقوى وان استعملت عند فيما تقدم بيسير فان نسلم كونه حقيقة فيه واكثر واما باقي الروايات على كثرتها فمشتركة في ضعف
السند واما ما يختص كل واحدة ففي رواية علي بن عقبة مع كونها اوضح الجميع دلالة ان احتمال امكان حملها على الوصية لان حضور الموت قرينة منعه من
مباشرة العتق ويجوز نسبة العتق اليه لكونه سببه القوي بواسطة الوصية وهذا وان كان بعيدا الا انه مناسب حيث لم يبق للرواية عاضد والثالثة
انها واردة في العتق فلا يلزم تعدي الحكم منه الى غيره ودعوى اولوية غيره ممنوعة بل هو قياس وبناؤه على التغليب لا يدل على المطلوب في عدم القائل
باختصاص الحكم على تقدير تسليمه لا يجوز قياس غيره عليه مع ان فيها من القصور ما في رواية ابي ولاد وفيها ان مضمونها لا يقول به احد لان الابراء ماض
الذي صحيح بالاجماع دون هبته والحكم فيها بالعكس فكيف يستند الى مثل هذه الرواية المقلوبة الحكم الضعيفة السند والكلام في رواية ابن الجهم كالكلام
في رواية ابن عقبة والجود ما في هذا الباب ضعفا وسندا الرواية العامية وعدالة عمر بخلاف ذلك فالسند يرد دعواه وعليها اقتصر ابن الجنيد في
كتابه واما اعتبارهم الاول ودعوى الملازمة بين خروج الوصية والمنجزات من الثلث فيمنع التلازم في الملازمة لان مبنى الاحكام على مثل ذلك غير
جائز والعلة ضعيفة لانها غير منصوصة وان كانت مظنونة في حكم المنصوص مع انها منقوضة بالصحيح خصوصا المشارف على الموت ما جل الاسباب
الموجبة للخطر مع عدم المرض ولذلك يبعد ان يكون الحكمة في ذلك سهولة اخراج المال بعد الموت على نفس حيث يصير للتبرع منه من البخيل عليه لنفسه حق
غيره مع حفظه له لما كان حقه وشحه عليه وهذه الحكمة ليست حاصلة في حين الحيوة وان كان مريضا لان البرء ممكن والشح بالمال في الجملة حاصل فيكون
تصرف الصحيح فانه لا في ماله غيره وكون مال المريض في معرض ملك الورثة في الحال بخلاف الصحيح ممنوع فرب مريض عاش اكثر من الصحيح ورب كامل
يهمل المراعاة التي يقتضيها مظان التلف اكثر من المريض وبهذا يظهر ضعف الاعتبار الاخر فان الخوف من ابرء يمنع من الزيادة بخلاف ما بعد الموت
بل هذا حاصل بالوجدان فلا امتثال واما ما احتج به الاخرون ففي روايته اشتراكهما اجمع في ضعف السند وليس فيها سوى واحدة من الموثق كما
نبهنا عليه وفي رواية عمار الاولى نفوذ الوصية مطلقا من الاصل وهم لا يقولون به فيبطل الاستدلال بها والقول بانها تدل على ان المنجز من الاصل
وان لا يصح مع فساد المبني عليه وعلى تقدير اعتبارها فهي مكافئة لما دل على مطلوب الاولين من حيث السند لكن بعضها اقوى من حيث الدلالة
كلام الى فلا بد من الجمع ان اعتبر الروايات من الجانبين ويمكن ان يرجح ان الثلث خاصة وهذه عامة والخاص مقدم ولو لم يكون في الروايات الصحيحة
دلالة لترجح القول بها واما كونه بالكلية ملاحظة الاصل بعينه فهو حسن ان لم يدل الدليل على خلافه والا انقطع واما دعوى الملازمة بين لزومها
بالبرء وعدمها بالموت واي مانع من صحتها غير لازمة موقوفة على اجازة الوارث ان مات ولا ريب ان برئ فيكون البرء كاشفا عن الصحة واللزوم كشف
العطن والموت كاشفا عن الفساد ان لم يجز الوارث واعلم انه على تقدير البرء لا فرق في الحكم بلزوم هذه التصرفات بين كون المرض مخوفا وغيره وانما
يحتاج الى البحث عنه على تقدير الوفاة فيه قوله ولا بد من الاشارة الى المرض الى قوله كحمى الدق وهي بكسر الدال حمى تحدث في الاجزاء الاصلية التي تولد
من شدة الاحتراق وذهاب الرطوبات وانطفاء الحرارة ولا يبقى معها الحياة غالبا قوله والسل هو قرحة في الرئة يلزمها حمى دقية يأخذ البدن في النقصان
والاصفرار وقد حكي في كونه مخوفا الاقوال الثلاثة احدها انه ليس بمخوف مطلقا لانه وان لم يسلم صاحبه غالبا الا انه لا يخشى منه الموت عاجلا فيكون بمنزلة
الشيخوخة والثاني انه في انتهائه مخوف لا في ابتدائه لانه مدة تتطاول فابتداؤه لا يخاف منه الفوت عاجلا واذا انتهى خيف منه ومنهم من عكس والمختار
كونه مخوفا مطلقا وفي الحقيقة المرجع في ذلك الى قول الاطباء واهل التجربة لا الى الفقيه ولكن ما يذكره الفقهاء هنا اقوال الاطباء فلا بد انها ليست من
المسائل الفقهية لان الفقيه يضطر الى نقل ذلك هنا لبيان ما يترتب عليه الحكم قوله ونزف الدم النافذ وهو شامل لاخراجه من الفم بالقيء والنجم والسعال
ولاخراجه من الانف بالرعاف واخراجه من المعدة بالبراز ولا يشكل هذه الاشياء مخوفة بل بعضها كالخارج مع الاسهال ومن القرب بالرئة والرعاف
الدائم ونحو ذلك قوله والاورام السوداوية والدموية كل واحد من الاورام جنس تحته انواع من الامراض منها ما هو مخوف ومنها ما ليس بمخوف فاطلاق
مخوفية هذين النوعين منه متجوز لم يذكره غيره من الفقهاء قوله والاسهال المنتن يمكن ان يعود ضمير شاكله الى المذكور من اقسام الاسهال فان
لا فاقسام مخوفة غير ما ذكر كالاسهال المتواتر الذي لا يمكن منعه ولو ساعة وما كان معه زحير وهو الخارج بشدة ووجع في المقعدة وما كان معه دم وكون
موجه الى المذكور من الامراض المخوفة فانه لم يستوفها وانما ذكر قليلا منها وهذا انسب بالعبارة قوله كحمى يوم هي حرارة تنبعث عن القلب الى الاعضاء
وان لم تكن عن مرض وتنفذ بالارواح البدن لا بالاخلاط ولا بالاعضاء فهي حمى يوم وهي تحدث من اسباب بادية كغضب وفرح وسهر وكثرة نوم ونحو ذلك
دائم ووجع وتعب ونحوه ولا يشترط في تسميتها يومية ان تبقى يوما واحدا بل يجوز ان تبقى ازيد من يوم الى سبعة ايام قوله والصداع عن مادة المراد ما
لصداع المادي ما كان ناشيا عن احد الاخلاط الاربعة وعن غيرها ما كان بسبب من غيرها كسقطة وضربة وشمائم والابخرة الردية وقد اجاع وعكسه

قوله والسلاق هو غلظة في الاجفان عن مادة ردية غليظة تحمر لها الجفن وينتثر الهدب وقد يؤدي الى تغليظ الجفن وفي حكمه جميع امراض العين فلو عمّ كان
اولى قوله كحمى العفن هي الحمى المتعلقة بالاخلاط الاربعة مع تعفنها والمراد بالعفونة في هذا المقام انفعال الجسم في الرطوبة عن الحرارة الغريبة الى خلاف
الغاية المقصودة والحمى العفنة انواع منها الورد وهي التي تأتي كل يوم والغب وهي التي تأتي يوما وتترك يوما والربع بكسر اوله وكذا ما قبله من الحميات وهي
التي تأتي يوما وتترك يومين وتعود في الرابع والاخوين وهي التي تأتي يومين وتقطع يومين وقد اطلق المصنف انها ليست مخوفة بل محتملة للامرين و
ذكر جماعة منهم العلامة ان ما عدا الغب والربع مخوف قوله والزحير وهو حركة منكرة من المعاء المستقيم تدعو الى البراز بسبب ورم او خلط لاذع او برد نال
الموضع او غيره وانما يكون غير مخوف مع تجرده عن غيره من الامراض فلو اقترن به اسهال فهو مخوف كما تقدم قوله ولو قيل يتعلق الحكم آه اذا قلنا ان تبرعات
المريض المنجزة من الثلث وليس كل مرض يتفق للانسان يكون تصرفه فيه موقوفا بل مرض مخصوص احتيج الى ضبطه وقد اختلف الاصحاب فيه فقال الشيخ في ط
ان المرض المانع هو المخوف وهو ما يتوقع به الموت قطعا او غالبا كما مر دون غيره وان اتفق به الموت وقدم تفصيله واستند في ذلك الى ما تقدم من
الاخبار المشعرة بذلك كقوله ما للرجل عند موته وليس المراد عند نزول الموت به بالفعل فيتعين حمله على ظهور اماراته لانه اقرب من غيره من المجازات
والمراد ظهوره بذلك المرض وقوله في بعض الروايات في رجل حضره الموت وانما يصدق حضوره في المرض المخوف لاشعار قوله المريض محجور عليه
بذلك وللاجماع على عدم الحجر على غير المريض حيث لا يكون سبب آخر ويبقى حكم التصرف في غير المخوف من الامراض باقيا على الاصل والاستصحاب
ومضيا فيه بعموم الناس مسلطون على اموالهم والمصنف هنا اختار عدم مخوفية المرض وضرب بل المرض الذي يحصل به الموت فان اتفق فيه تصرف كان
فهو من الثلث سواء كان مخوفا ام لا وتبعه عليه العلامة وغيره من المتأخرين وهذا هو الاقوى لقصور تلك الاخبار عن الدلالة على اعتبار الخوف وقد
تقدم ما يدل على القصور وجاز ان يريد بحضور الموت وقوعه في المرض كما وصفوه بالحضور في المخوف بل هذا اولى لان المخوف قد لا يتفق معه الموت
ولعموم قوله المريض محجور عليه الا في ثلث ماله الشامل للمخوف وغيره خرج منه ما اذا برئ بالاجماع فيبقى الباقي ان قلنا ان المفرد المحلى باللام يفيد
العموم والا اشكل الاستدلال ويمكن ان يؤتى في هذا ونظائره للعموم بانضمام القرائن الحالية لانتفاء فائدته على تقدير عدمه ومثله قوله اذا
بلغ الماء كرا وقوله خلق الله الماء طهورا ومفتاح الصلوة التكبير وغير ذلك مما هو كثير وقد ادعى جماعة من الفضلاء الاجماع على عمومه كثيرا مما ذكرنا
في ابوابه والوجه فيه ما قلناه والباء في قوله يتفق به الموت سببية اي يحصل الموت بسببه واحترز به عما لو اتفق موته بسبب آخر كما لو قتل في ذلك المرض
او اكله سبع فلا يكون تصرفه موقوفا وفي عبارة العلامة في عد واتفق معه الموت وفي كره اتصل به الموت فيشمل ما لو مات بسبب غيره ولعله
اجود قوله اما وقت المراماة في الحرب آه لما ذكر المرض المخوف المانع من نفوذ التصرف فيما زاد على الثلث ذكر امورا مخوفة لكنها لا تسمى مرضا وهي
ثلثة الاول وقت التحام الحرب وامتزاج الطائفتين للقتال مع تساويهما او تقاربهما في التكافؤ فانه حال الخوف ولو كانت احديهما قاهرة للاخرى
لكثرتها او قوتها والاخرى منهزمة فالخائفة هي المنهزمة خاصة ولعل قول المص وقت المراماة مشعر بالتكافؤ ولو لم يمتزج الطائفتان ولكن رمى بعضهم
مراماة بالنشاب ونحوه فيظهر من العبارة حصول الخوف ايضا وقطع غيره بكونها حال الخوف ايضا الثاني حال الطلق للمرأة وهو مخوف لصعوبة ولادة
المرأة خصوصا مع موت الولد في بطنها الثالث وقت ركوب البحر مع تموجه واضطرابه فانه مخوف لا اذا كان ساكنا وقد اختلف في التصرف في هذه الحالة
فالمشهور بين اصحابنا بل لم ينقل المص ولا غيره فيها خلافا نفوذه كالصحيح للاصل وذهب ابن الجنيد الى الحاقها بالمرض المخوف وزاد فيها ما اذا قدم
لاستيفاء قود او ليقتل رجما في الزنا او في قطع الطريق او كان اسيرا في يد عدو عادته قتل الاسير وجعل الضابط كونه في حال الاغلب معها التلف
والمختار المشهور قوله اذا وهب آه المراد انه تبرع بامور متعددة منجزة حيث يتوقف على الثلث كما لو وهب شيئا او حابى بان باع شيئا بدون قيمته فان
الزائد من الزائد عن مقدار ما اخذه ثمنا محاباة منه للمشتري فكان كالموهوب فاذا لم يسع الثلث بهما بدئ بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث وتوقف
في الزائد هذا محل وفاق منا وانما خالف فيه بعض العامة فذهب بعضهم الى تقديم العتق مطلقا وآخرون الى التسوية بينه وبين المحاباة على تقدير
تأخرها عنه وتقديمها مع المتقدم ووجه تقديم الاول وقوعه من المالك في حال نفوذ تصرفه لان تصرفه في ثلثه نافذ لا يفتقر الى رضى الورثة
فلا مقتضى لرده فاذا استوفى الثلث وقع التصرف بعد ذلك في حق الوارث فيتوقف ولا فرق في ذلك بين العتق وغيره وان لم يذكره المص في
الفرض قوله اذا جمع بين عطية آه لما بين اشتراك العطية المنجزة والمؤخرة في الخروج من الثلث على المختار عنده وفي تقديم الاول فالاول من كل
منهما حيث لا يسع الثلث الجميع اراد ان يبين ما يفترق فيه العطيتان من الحكم وهو انه مع جمعه بينهما وقصور الثلث عنهما معا يبدئ بالعطية
المنجزة اولا وان تأخرت في الذكر فان فضل عنها من الثلث شيء صرف في المؤخرة وانما قدمت المنجزة مطلقا لانها تفيد التملك ناجزا والمؤخرة لم يحصل الملك
فيها الا بعد الموت فكانت لذلك متقدمة عليها حكما وان تأخرت واعلم انه قد تلخص من ذلك مضافا الى ما تقدم ان العطايا المنجزة توافق المؤخرة في
امور وتفارقها في امور والمص لم يستوف الحكم في الموضعين فلنتمه فنقول ان العطيتين تتفقان في ستة اشياء الاول ان نفوذهما موقوف على الخروج
من الثلث او اجازة الورثة الثاني انهما تصحان للوارث وغيره مع اجازة الوارث وعدمها عندنا وعند العامة كلتاهما موقوفتان للوارث على اجازة
الورثة الثالث ان اعتبار خروجهما من الثلث حال الموت وان كانت المنجزة متقدمة عليه ولو اعتبرنا فيها حال الوصية لكانت المنجزات …
بطريق اولى الرابع انه مع اجتماع المنجزة وقصور الثلث عن جميعها يبدأ بالاول منها فالاول كالمؤخرة الخامس ان يزاحم بها الوصايا في الثلث فيدخل
النقص على الوصايا بسببها كما يدخل النقص على وصية بسبب اخرى السادس ان فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة لان النبي ص سئل عن
افضل الصدقة فقال ان تتصدق وانت صحيح شحيح تأمل العيش وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد

كان لفلان

كان لفلان وتفترقان في ستة اشياء الاول ان المنجزة لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها وان كثرت لان المنع من الزيادة على الثلث انما كان لحق
الورثة فلم يملك اجازتها ولا ردها وانما كان له الرجوع في الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت فقبل الموت لم يوجد التبرع بخلاف العطية
في المرض فانه قد وجدت منه العطية والقبول من المعطى والقبض فلزمت كالوصية اذا قبلت بعد الموت وقبضت الثاني ان قبول المنجزة على الفور
حيث يكون القبول معتبرا كما في غير المريض بخلاف الوصية فان قبولها المتأخر اولى من المتقدم ان اعتبرناه والفرق ان العطية تصرف في الحال فيعتبر
قبولها في الحال والوصية تبرع بعد الموت فيكون حصول شروطها عند الموت الثالث ان المنجزة مشروطة بالشروط المعتبرة فيها كالوصية بها الحجر
من العلم بالعوض في المحاباة والتنجيز في البيع وغيره من العقود بخلاف الوصية فانها معلقة بالموت وعدم الغرر ليس شرطا في صحتها الرابع انها
مقدمة على الوصية من الثلث عند الاجماع حيث يضيق عنهما وان تأخرت عنها لفظا بخلاف الوصية ولا فرق هنا بين العتق وغيره وعند ناحاد
لبعض العامة حيث قدم ما يتعلق بحق الله بحق الآدميين وقوته بسرايته ونفوذه في ملك الغير الخامس انها لازمة في حق المعطي والوارث معا على تقدير
البرء فانه ليس لواحد منهما ابطالها بخلاف الوصية والفرق بين هذا وبين الاول اختصاص الاول بالمعطي ولو في حال المرض وهذا به وبالوارث على
تقدير البرء السادس لزومها في حق المتبرع عليه حيث يكون التبرع لازما من طرفه بخلاف الوصية وبينهما فرق سابع مرجحه الخلاف وان اشتركا فيه
في الحكم المختار وهو انه مع تعددها يقدم الاول فالاول في المنجزة بلا خلاف عندنا واما في الوصية فقد تقدم خلاف الشيخ وابن الجنيد في تقديم
العتق وان تأخر قوله اذا باع كرا من طعام قيمته ستة دنانير الى قوله فرسته قد عرفت ان تبرعات المريض محسوبة من الثلث ومن جملتها المحاباة فاذا
باع محاباة ولم يخرج المحاباة من الثلث ولم يجز الورثة بطل البيع فيما زاد من المحاباة على الثلث فلا بد من بيان ما يصح فيه البيع وقدر المنفسخ فيه اذ لا
سبيل الى صحة الجميع للزوم النقص فيما زاد على الثلث ولا الى الانفساخ في الجميع لانه عقد صدر من اهله في محله وح فاما ان يكون العوضان ربويين او لا
والثاني حكمه في المسئلة الثالثة فان كانا ربويين لم يمكن الحكم بصحة البيع فيما قابل الثمن خاصة من المبيع وفي مقدار الثلث بعد ذلك والبطلان
في الزائد للزوم الربا لانه على تقدير كون العوض الواصل الى المريض يساوي نصف قيمة ما باعه فما يقابل نصف مجموع العوض فلا تبرع فيه فلو صححنا من النصف
الآخر مقدار الثلث وابطلنا الباقي وهو السدس لزم الربا لانه يكون قد صح البيع في خمسة اسداس كر بكر فلا بد من مراعاة المطابقة بين العوضين
في المقدار مع ايصال قدر الثلث والعوض الى المشتري فالطريق الى تحصيله ان يرد ثلث كر فيأخذ الورثة من المشتري ثلث كرهم وقيمته ديناران و
يردون عليه ثلث كره وقيمته دينار فيجتمع مع الورثة اربعة دنانير ديناران قيمة ثلثي كره وديناران قيمة ثلث كرهم هي ضعف ما صح بالمحاباة ومع المشتري
خمسة دنانير منها ثلثة بالمعاوضة واثنان بالمحاباة هي ثلث التركة وبهذا يحصل الجمع بين تساوي العوضين المعتبر في الربوي مع الخروج من
المحاباة والضابط انه يجب ان يبقى مع الورثة ضعف ما صح فيه المحاباة من غير لزوم الربا وطريقه ان يسقط قيمة كر المشتري من قيمة كر الورثة وينسب
ثلث المبيع الى الباقي فيصح البيع في تلك النسبة ففي مسئلة الكتاب اذا اسقطت ثلثة دنانير من ستة بقي ثلثة فاذا نسبت اليها دينارين كانا ثلثيها
فيصح البيع في ثلثي كل واحد بثلثي الآخر ويبطل في الثلث ولو فرض ان قيمة كر المريض تساوي ثمانية دنانير وكر المشتري اربعة والمريض حابا بثلثي التركة
فنقول ان النصف يرجع الى الورثة نصف كرهم وقيمته اربعة دنانير ونصف منها دينار ونصف في مقابلة نصف كره الخارج عنه وثلثة دنانير ما
المحاباة وهي مقدار ثلث التركة وما مع الورثة ضعف ما صح فيه المحاباة وهي مقدار ثلثي التركة وطريقه على ما سبق ان يسقط ثلثة دنانير قيمة كره من ستة
دنانير قيمة كر الورثة يبقى ستة فاذا نسبنا الثلث اليها وهو ثلثة دنانير كان نصفها فيصح في نصف احدهما بنصف الآخر كما قررناه وقس على ذلك ما
يرد عليك من الامثلة واعتبره بهذا الطريق واعلم ان هذه المسئلة دورية لتوقف معرفة قدر المبيع على معرفة قدر التركة لاشتمالها على المحاباة
التي لا تخرج الا من الثلث فيجب معرفة قدر الثلث المتوقف على معرفة مجموع التركة ومعرفة قدر مجموع التركة متوقفة على معرفة قدر الثمن لانه من جملتها
ومعرفة قدر الثمن متوقفة على معرفة قدر المبيع فيلزم الدور وليس هذا هو الدور المحال الذي لا يتصور تحققه وهو الذي يتوقف فيه كل واحد من الشيئين
على صاحبه ولا يرجى الا بعد وجوده بل هو دور المعية وهو الذي يتوقف وجود كل منهما على مصاحبة الآخر كالمتضايفين وللعلماء في استخراج امر من هذا
الدور وبيان المطلوب طرق منها طريقة الجبر والمقابلة وحاصلها في المسئلة الاولى وهي مسئلة الكتاب ان نقول صح البيع في شيء من الكر الجيد
بشيء من الردي يساوي نصف شيء فالمحاباة بنصف شيء فيجب ان يكون مع الورثة قدرها مرتين وذلك شيء فيبقى قدر المحاباة وهو نصف شيء من
الجيد يبقى كر الا نصف شيء يعدل ضعف المحاباة وهو شيء فاذا جبرت بان تحذف الناقص المستثنى وتمم مثله في عدليه وقابلت بينهما
يبقى كر يعدل شيئا ونصفا فالشيء اربعة وهي ثلثا الكر الجيد فيصح البيع في ثلثيه بثلثي الردي ونقول في المسئلة الثانية التي فرضناها صح البيع في شيء
من الجيد بشيء من الردي قيمته ثلث شيء فالمحاباة بثلثي شيء فيجب ان يكون مع الورثة ضعفها وهو شيء وثلث فاذا اسقطت قدر المحاباة فللورثة ضعفها
من الجيد يبقى كر الا ثلثي شيء يعدل شيئا وثلثا فاذا جبرت فالقيت المستثنى واثبته في عدليه بقي كر يعدل شيئين فالشيء نصف الكر وذلك وجه
آخر وهو ان تنسب الردي الى الجيد وتخرج قدر المحاباة فللورثة ضعفها من الجيد والردي فنقول في مسئلة الكتاب صح البيع في شيء من الجيد بنصف
شيء من الردي فالمحاباة بنصف شيء فيجب ان يكون للورثة ضعفه وهو شيء وقد حصل لهم نصف شيء من الردي فيجب ان يرجع اليهم من الجيد نصف شيء ليتم
لهم حقهم فاذا رجع اليهم منه نصف شيء بطل البيع وما يقابله من الردي وهو ربع شيء فالجيد تعدد بشيء ونصف الشيء مع المشتري والنصف مع الورثة
والردي … تقدير ثلثة ارباع شيء نصف شيء مع الورثة وربع مع المشتري فالشيء اربعة دنانير وهو ثلث المبيع فيصح البيع في ثلثه بثلث الثمن ونقول في
الثانية صح البيع في شيء من الجيد بثلث شيء من الردي فالمحاباة بثلثي شيء فيجب ان يكون مع الورثة قدره مرتين وذلك شيء وثلث شيء ومعهم ثلث

شئ من الردي فيجب ان يرجع اليهم شئ من الجيد ليكمل لهم حقهم فيبطل البيع في مقابله من الردي وهو ثلث شئ فالجيد في تقدير شيئين والردي في تقدير ثلثة اشياء فالشئ اربعة دنانير ونصف وهي نصف الجيد فيصح البيع في نصفه ومنها طريقة الخطائين فبالاكبر فنقول نفرض في الاولى صحة البيع في خمسة اسداس من الجيد بمثلها من الردي فمع الورثة ديناران ونصف من الردي ومع المشتري خمسة فالمحاباة بدينارين ونصف وكان يجب ان يكون بدينار وثلث التركة فاخطأ الفرض بنصف الزائد فنفرض صحة البيع في النصف بالنصف فالمحاباة بدينار ونصف فالخطاء بنصف دينار ناقص فنضرب العدد الاول وهو خمسة في الخطاء الثاني وهو نصف يخرج اثنين ونصفا ونضرب العدد الثاني وهو ثلثة في الخطاء الاول وهو نصف ايضا يخرج واحدا ونصفا فنجمع الحاصل من المضروبين وهو اربعة ونقسمه على المجتمع من الخطائين وهو واحد لانه يخرج الاربعة فهي مقدار ما صح فيه البيع من الجيد وهو ثلثا بمثله من الردي وبالاصغر نفرض صحة البيع في ثلث الجيد بمثله من الردي فمع المشتري ديناران من الجيد ومع الورثة دينار من الردي في مقابلة فالمحاباة بدينار وقد كان يجب ان يكون بدينارين فاخطأ الفرض بدينار ناقص فنفرض الصحة في النصف فيخطئ بنصف دينار ناقص ايضا كما مر فقد اتفق الخطاءان في النقصان فنضرب العدد الاول وهو اثنان في الخطاء الثاني يكون واحدا ونضرب العدد الثاني وهو ثلثة في الخطاء الاول يخرج ثلثة فناخذ الفضل بين العددين وهو اثنان ونقسمه على الفضل بين الخطائين وهو نصف فيخرج اربعة وايضاحه بان نضرب النصف في مخرجه وهو اثنان يخرج واحدا ونضرب الاثنين في اثنين ايضا يكون اربعة فاذا قسمناها على الواحد بقيت اربعة كما هي فالاربعة مقدار ما صح فيه البيع من الجيد وهو ثلثاه ونقول في الثانية بالاكبر صح البيع في الثلثين منهما فمع المشتري ستة ومع الورثة ديناران فالمحاباة باربعة وكان يجب كونه ثلثة هي الثلث فاخطأ الفرض بواحد زائد فنفرض صحته في الثلث فمع المشتري ثلثة ومع الوارث واحد فالمحاباة باثنين وكان يجب ان يكون بثلثة فاخطأ الفرض بواحد ناقص فنضم احد الخطائين الى الاخر يكون اثنين وهو المقسوم عليه فنضرب العدد الثاني وهو ثلثة في الخطاء الاول يبقى ثلثة ونضرب العدد الاول وهو ستة في الخطاء الثاني يبقى ستة ايضا فنجمعهما ثم نقسم المجتمع على اثنين وهما مجموع الخطائين يخرج اربعة ونصفا وذلك هو القدر الذي صح فيه البيع من الجيد وهو نصفه بمثله من الردي وبطريق الخطائين الاصغر نفرض صحة البيع في الثلثين منهما كما مر فالمحاباة باربعة والخطاء بواحد زائد ثم نفرض صحته في خمسة اتساعه فالمحاباة بثلثة وثلث لان مع المشتري خمسة ومع الورثة وهو واحد وثلثين فالخطا بثلث زائد فيسقط اقل الخطائين من اكثرهما يبقى ثلثان هو المقسوم عليه ثم نضرب العدد الاول في الخطاء الثاني وهو ثلث يكون اثنين ثم الثاني وهو خمسة في الخطاء الاول يكون خمسة فاذا اسقطت اقل العددين من اكثرهما واخذت المختلف وهو ثلثة وقسمته على فضل ما بين الخطائين وهو ثلثان خرج اربعة ونصف وكيفيته ان تضرب الثلثين في مخرجها وهو ثلثة يكونان اثنين وتضرب الثلثة في ثلثة كذلك يخرج تسعة تقسمها على اثنين يخرج اربعة ونصف وهو نصف الجيد فيصح في نصفه بنصف الردي وهو المطلوب واعتبر بما فرضنا من الامثلة وقواعد الحساب واستخرج ما شئت من المسائل قوله لو باع عبدا قيمته مائتان اه هذا هو القسم الاخر من قسمي البيع المشتمل على المحاباة وصحة البيع فيما قابل الثمن في مقدار ما يصح فيه المحاباة وهو ثلث التركة والبطلان في الزائد اذ لا محذور هنا بسبب الزيادة والاصل فيه ان المشتري كان قد ملك الجميع بالثمن ملكا متزلزلا لا يستقر حتى يبرأ البائع فلما فرض موته واقتضى ذلك الحيف على الورثة بالزيادة عن الثلث رد الى الورثة من التركة السدس ليفضل لهم مثلا المحاباة من الثمن والمثمن بخلاف الربوي لمانع الزيادة وهكذا حكم الشيخ ومن تبعه والمص والعلامة في التلخيص والتحرير ووجه اصالة لزوم البيع من الجانبين خرج ما زاد منه على الثلث مما لا عوض عنه فيبقى الباقي ولان العقد قد اشتمل على بيع وعطية ومحل العطية هو الزائد عن مقابل ثمن المبيع لان معنى العطية هنا ازالة المريض ملكه عن عين من غير لزوم وهو لا يتحقق الا في الزائد فيكون محل البيع هو الباقي فكان العقد اذا وقع بكل الثمن على الباقي هكذا علله الشيخ في ط وحكاه ابن عمه وافقه وذهب العلامة في باقي كتبه الى انه كالربوي لان فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه في قدره من الثمن لوجوب مقابلة اجزاء المبيع باجزاء الثمن فكما انه لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعا فكذا لا يجوز فسخ بيع بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن واذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما لان المانع في الموضعين هو بقاء احد المتقابلين في المعاوضة بدون المقابل الاخر ومن ثم لو اشترى سلعتين فبطل البيع في احديهما اخذ المشتري الاخرى بقسطها من الثمن وكذا لو اشترى شقصا وشيئا اخر فاخذ الشفيع الشقص فان المشتري ياخذ الباقي بقسطه من الثمن وكذا لو كثر الشفعاء وقلنا بثبوتها مع الكثرة فاخذ كل واحد جزءا من المبيع بقسطه من الثمن واجاب شيخنا الشهيد ره عن ذلك كله بانه في المتنازع فيه قد اشتمل العقد على بيع وهبة من المريض كما تقدم ولهذا يسمى بيعا مشتملا على المحاباة فلا مساواة بينه وبين ما مثل به العلامة في الصور كلها لان ذلك بيع محض ولا محذور لو بقي الموهوب بغير عوض يقابله وفي الجواب نظر لمنع اشتمال العقد المذكور على بيع وهبة بالاستقلال وانما هو بيع يلزمه ما هو بحكم الهبة وليس للهبة فيه ذكر البتة اذ ليس هناك الا الايجاب والقبول اللذان هما عقد البيع ولا يلزم من لزوم ما هو كالهبة ان يتخلف عن البيع مقتضاه وهو مقابلة الجميع بالجميع واما ما ذكروه من ان قضية العقد ملك المشتري الجميع بالثمن وانما يتخلف الحكم في الزائد لمانع التصرف في الزائد عن الثلث ومن الاحتجاج باصالة اللزوم فيما خرج عن قدر الضرورة ففيه ان البطلان في قدر الزائد يلزمه بمقتضى المعاوضة البطلان في مقابله من الثمن كما مر ومعه لا يبقى الاصل متمسكا في اللزوم بالنسبة الى مجموع الثمن ح فمختار العلامة اقوى فيبقى الحكم كما مر في الربوي بعينه وجميع ما قررناه من الحساب ات هنا فان العبد المذكور قد بيع بنصف قيمته كبيع الكر المساوي لستة دنانير بما قيمته ثلثة وعلى قول المص لا اشكال في المسئلة ولا دور والضابط على طريقة المص في البيع المشتمل على المحاباة اذا لم يكن دين وما ان ينسب الثمن وثلث التركة الى قيمته فيصح البيع في مقدار تلك النسبة ففي فرض المص اذا نسبت المائة التي هي الثمن وثلث التركة وهي ثلث قيمة العبد وهو ستة وستون وثلثان الى مجموع قيمته وهو مائتان كان المجموع

خمسة اسداسها

خمسة اسداسها فيصح البيع في خمسة اسداسه بكل الثمن ولو كان العبد يساوي ثلثمائة نسبت المائة التي هي الثمن وثلث التركة وهو مائة ايضا الى مجموع قيمته فيكونان في ثلثيه بمجموع الثمن وعلى هذا فطريقه على القول المختار كما مر في الربوي بان يسقط الثمن وهو مائة من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقي فيصح البيع في قدر تلك النسبة [illegible] المفروضة اذا اسقطت الثمن وهو مائة من قيمة المبيع ونسبت الثلث وهو ستة وستون وثلثان الى الباقي من الهبة وهو مائة يكون ثلثيه فيكون البيع في ثلثيه بثلثي الثمن وهو مائة وفيما فرضناه من كون العبد يساوي ثلثمائة مع بيعه بمائة يسقط الثمن من قيمته يبقى مائتان فينسب الثلث وهو مائة اليه يكون نصفه فيصح البيع في نصف العبد بنصف الثمن وهكذا اجعل الضابط في تلك المسئلة الربوية ورتب عليها ما شئت من الفروض واذا اردت تقرير مسئلة العبد بالجبر للتمرين قلت فرض ان المصحح البيع فيه شئ من العبد بشئ من الثمن وهو نصف ما صح من العبد فهو نصف شئ فالمحاباة بنصف شئ فيجب ان يكون للورثة مثلاه وهو شئ وقد حصل لهم من الثمن نصف شئ فيجب ان يرجع اليهم من العبد ما يبطل فيه البيع ويبطل في مقابله من الثمن وهو ربع شئ فيكون العبد في تقدير شئ ونصف فالشئ الذي صح فيه البيع ثلثاه وقلت في المسئلة المفروض فيها قيمة العبد ثلثمائة صح البيع في شئ من العبد بشئ من الثمن هو قدر ثلث شئ لان الثمن بقدر ثلث قيمة العبد فالمحاباة بثلثي شئ وهو ما زاد على قدر الثمن مما صح فيه البيع من العبد فيجب ان يكون للورثة قدر المحاباة مرتين وذلك شئ وثلث شئ ومعهم ثلث شئ من الثمن فيجب ان يرجع اليهم من العبد شئ وذلك هو القدر الذي بطل فيه البيع منه وفي قدر ثلثه من الثمن فيكون العبد في تقدير شيئين والثمن في تقدير ثلثي شئ فالشئ مائة وخمسون وذلك قدر نصف قيمة العبد فللمشتري نصفه ويرجع اليه نصف الثمن وللورثة النصف الاخر ونصف الثمن وذلك ضعف المحاباة قوله والمشتري بالخيار اه هذا الحكم ثابت على القولين لتحقق تبعض الصفقة فيهما وانما يكون للمشتري الخيار اذا لم يكن عالما بالحال وهو ان البائع مريض ومن حكم المريض وقوف ما زاد من بيعه عن الثلث حيث يشتمل على المحاباة فلو كان عالما بهما فلا خيار له ولو جهل احدهما خاصة فله الخيار لتحقق الجهل بما يوجب الفسخ حيث هو امر مركب من مجموع ولم يعلمه واما عدم وجوب بذل كل منهما ما له الاخر بالعوض فظاهر اذ لا يجبر احد على ما له لاجل مصلحة الاخر الا في مواضع مخصوصة وليس هذا منها قوله اذا اعتقها في مرض الموت اه اذا اعتق المريض امته وتزوجها وجعل مهرها عتقها ودخل بها صح الجميع مع خروجها من الثلث وهو واضح وان لم يخرج من الثلث بان كانت قيمتها مائة دينار مثلا ولم يخلف سواها بني على نفوذ منجزات المريض من الاصل او الثلث فعلى الاول يصح الجميع ايضا ويرث وعلى الثاني يعتق ثلثها ولا ترث لبطلان النكاح لان البضع لا يتبعض وهل لها شئ من نفعها باعتبار الوطء بل العدم لانه لم يجعل لها عوضا خارجا عن رقبتها وقد صارت للورثة وكانها رضيت باستيفاء البضع بغير عوض ويحتمل ان يكون كالمهر [illegible] فيثبت لها من مهر مثلها بنسبة ما يعتق منها ويدخلها الدور لتوقف معرفة مقدار كل واحد منهما على الاخر وطريق معرفتها ان نقول صح العتق في شئ منها ولها من مهر مثلها شئ على تقدير كون مهر مثلها مقدار قيمتها وللورثة شيئان فيكون التركة في تقدير اربعة اشياء فيعتق ربعها ولها من نفسها ربع اخر بالمهر [illegible] وانما فرضنا كونه قد جعل مهرها عتقها مع ان المص لم يذكره لان الحكم بصحة عتقها اجمع يقتضي ذلك اذ لو كان قد امهرها شيئا اخر لكانت كالمسئلة الاتية في اعتبار خروجها من الثلث وجاء الدور وكذا لا يجوز حملها على مفوضة البضع او المهر كما قاله بعضهم لان الدخول بالمفوضة يوجب لها مهر المثل او ما يفرضه المفوض اليه فيعتبر خروجه من الثلث ايضا فلا بد من الاطلاق انها مع خروجها من الثلث يصح العتق والعقد وانما تقييده بالدخول ففائدته ترتب الحكم بصحة العقد والارث لان نكاح المريض مشروط بالدخول فبدونه يبطل العقد ويترتب عليه عدم الارث والمهر ان كان قوله ولو اعتق امته اه اما صحة العتق فلخروجها من الثلث مع نفقته واما بطلان مهر المسمى فلوقوعه باجمعه زائدا على الثلث ولانه لو صح لزم الدور لتوقف صحته على ثبوت النكاح المتوقف على بطلان المهر لقصور الثلث عن قيمتها مع صحته وهذا هو الدور المحال لا الدور الجاري في نظائر هذه المسائل واما ثبوت مهر المثل ففيه تردد من استلزام ثبوته الدور كما مر ومن جريانه مجرى ارش الجناية التي هي جزء الاصل ولانه ان ثبوته يستلزم الدور كالمسمى من حيث انه ينقص التركة فلا يخرج قيمتها من الثلث فلا ينعتق فلا يصح النكاح لانا لا نرتب ثبوته على صحة النكاح بل على مجرد الوطء فلا دور والطريق الى تحصيل مقدار العتق ونصيبه من مهر المثل اما ان [illegible] او ينقص عنها او يزيد ففي الاول نقول عتق منها شئ ولها من مهر المثل شئ وللورثة شيئان في مقابلة ما عتق منها لا في مقابلة المهر لانه من الاصل كما قررناه فالتركة اذن في تقدير اربعة اشياء فلو فرضنا قيمتها مائة ومهر المثل مائة وبقي من التركة غير رقبتها مائتان فالشئ خمسة وسبعون فيعتق منها ثلثة ارباعها ولها ثلثة ارباع مهر المثل وللورثة مائة وخمسون ضعف ما عتق منها فنؤدي الى الورثة مما اخذته من مهر المثل خمسة وعشرين وتعتق باسرها على تقدير زيادة قيمتها عن مهر المثل وفرضناه بقدر نصف قيمتها قلنا عتق منها شئ ولها من مهر المثل نصف شئ وللورثة شيئان في مقابلة ما عتق منها مرتين فالتركة في تقدير ثلثة اشياء ونصف فيبسط من جنس الكسر نصفين سبعة لها منها ثلثة اثنان من نفسها بالعتق وواحد بالمهر وللورثة اربعة فيعتق مقدار سبعي التركة من الجارية وهي ستة اسباعها ولها من مهر مثل سبع اخر يكمل منه عتقها فيفضل منها ثلثا سبع التركة وعلى تقدير زيادة مهر المثل عن قيمتها وفرضناها بقدرها مرتين قلنا عتق منها شئ ولها من مهر المثل شيئان في مقابلة ما عتق منها مرتين والتركة في تقدير خمسة اشياء فالشئ ستون فيعتق منها ثلثة اخماسها ولها ثلثة اخماس مهر المثل مائة وعشرون وللورثة مائة وعشرون ضعف ما عتق منها فيعتق اجمعها ويبقى لها تمام من مهر المثل والمط اطلاق صحة النكاح وهو مبني على القول بعدم وجوب مهر المثل لتتم العتق في جميعها اما اذا حكمنا فيه بشئ بطل العتق ببعضه فيبطل النكاح كالمسئلة السابقة وانما يصح النكاح وان حصل عتق المجموع لان عتق البعض لم يحصل الا بالمهر ويمكن ان يريد المص بصحة النكاح ثبوته في الحال فيترتب عليه اباحة وطئها بملك العقد الا انه محكوم بصحته الى الموت [illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

قوله كتاب النكاح اعلم ان النكاح يستعمل لغة في الوطي كثيرا وفي العقد يستعمل بقلة قال الجوهري النكاح الوطي وقد يقال للعقد وشرعا بالعكس ويستعمل بالمعنيين الا ان استعماله في العقد اكثر بل قيل انه لم يرد في القرآن بمعنى الوطي الا في قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لاشتراط الوطي في المحلل وفيه نظر لجواز ارادة العقد واستفادة الوطي من السنة ثم لا يمكن دلالته على ارادة الوطي لاحتمال الاشتراك او كونه مجازا في الوطي والمجاز يفتقر في الحمل عليه الى القرينة وهي منتفية هنا ومجرد اشتراط الوطي في المحلل شرعا لا يكفي في القرينة هنا وقد اختلف الفقهاء في كونه مشتركا بين المعنيين نظرا الى استعماله فيهما والاصل في الاستعمال الحقيقة ام هو حقيقة في احدهما مجاز في الآخر التفاتا الى ان المجاز خير من الاشتراك عند التعارض ثم اختلفوا في ان اي المعنيين الحقيقي فقيل الوطي لثبوته لغة بكثرة حقيقة لغة لا اشكال فيها فيستصحب لاصالة عدم النقل وقيل العقد لكثرة الاستعمال فيه فيكون جانب الحقيقة فيه ارجح حيث يضطر الى جعل احدهما مجازا وهذا هو الاجود وقد جاء صالحا للامرين معا في قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فان النهي يتعلق بالموطوءة وبالمعقود عليها من الاب وحيث كان الاشتراك مرجوحا بالنسبة الى المجاز امكن حمله هنا على حقيقته ومجازه فانه وان كان على خلاف الاصل ويحتاج الى قرينة لكن استعماله فيهما بطريق الحقيقة على المختار عند الاصوليين ولو حمل على معناه الحقيقي خاصة واستفيد المعنى الآخر من خارج كان اجود قوله النكاح مستحب لمن تاقت نفسه اليه الخ ربما احتج المانع بان وصف يحيى بكونه حصورا يؤذن باختصاص هذا الوصف بالرجحان فيحمل على ما اذا لم تتق النفس ويمكن الجواب بان المدح وقد بيناه في شرع غيرنا لا يلزم وجوده في شرعنا اعلم ان النكاح مستحب مؤكد لمن تاقت نفسه اليه اي اشتاقت باجماع المسلمين الا من شذ منهم حيث ذهب الى وجوبه والآيات الدالة في الجملة على الامر به والاخبار الواردة فيه كثيرة واما من لم تتق نفسه اليه فهل هو مستحب في حقه ام لا المشهور استحبابه ايضا لعموم الاوامر الدالة عليه التي اقل مراتبها الاستحباب المؤكد لقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وقوله فانكحوا ما طاب لكم وقوله النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني وقوله من تزوج احرز نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر وقوله من احب فطرتي فليستن بسنتي الا وهي النكاح الى غير ذلك من الاحاديث المتناولة بعمومها لموضع النزاع ولان في النكاح تكثير النسل وبقاء النوع ودفع وسوسة الشيطان والخلاص من الوحدة المنهي عنها والاستعانة بالزوجة على امور الدين وربما اثمر الولد الصالح ولا فرق في ذلك بين من تاقت نفسه اليه وغيره ولا بين الرجل والمرأة ولا بين القادر على اهبة النكاح وغيره وقال الشيخ في ط ان من لا يشتهي النكاح يستحب له ان لا يتزوج مستدلا بقوله تعالى عن يحيى وسيدا وحصورا مدحه على كونه حصورا وهو الذي لا يشتهي النساء وقيل الذي يمكنه ان ياتي ولا يفعل واستدل له ايضا بان في النكاح تعريضا لتحمل حقوق الزوجية والاشتغال عن كثير من المقاصد الدينية وحصول الولد الصالح والزوجة الصالحة غير معلوم وبالذم المستفاد من قوله تعالى زين للناس حب الشهوات من النساء خرج منه بالجمع رجحانه فيبقى الباقي واجيب بان مدح يحيى بذلك لعله يختص بشرعه فلا يلزم مثله وفيه نظر لان المدح في كتابنا وهو شرعنا مطلق فلا دلالة على اختصاصه بشرعه وعلى تقدير نقله عن شرعه فهو يتعدى الى شرعنا مع نقل القرآن له وعدم الاشارة الى نسخه دليل على ثبوته وكون شرعنا ناسخا لما قبله من الشرائع يفيد نسخ المجموع من حيث هو مجموع اما الافراد فلا للقطع ببقاء كثير منها في شرعنا كاكل الطيبات ونكاح الحلائل وغير ذلك واجيب ايضا بانه كان مكلفا بارشاد اهل زمانه في بلادهم المقتضي للسياحة ومفارقة الزوجة المنافي لرجحان التزويج وفيه نظر لان مثله وارد في شرعنا ولا يقولون باستحباب ترك التزويج لذلك والاولى في الجواب ان يقال مدحه بكونه حصورا وهو ان لا يشتهي النساء يدل على كون التزويج مع ذلك مرجوحا بل فائدته انه اذا لم يشته النساء يتفرغ للعبادة والتوجه الى الله تعالى بقلب فارغ من الشهوة الطبيعية المانعة من ذلك غالبا وان كان التزويج مع ذلك راجحا لان فائدته غير منحصرة في الوطي بالشهوة خصوصا وقد كانت الرهبانية في شرعهم والانقطاع في بيت المقدس وغيره للعبادة من اهم عباداتهم وهو مناف للشهوة الى النساء وان كان الجمع مع ذلك بينه وبين التزويج ممكنا لغير ذلك من الاغراض المترتبة عليه من الاعانة على الطاعة وضرورات المعيشة وغير ذلك وحيث دل الوصف على رجحانه في نفسه ولم يدل على مرجوحية التزويج فيبقى عموم الادلة متناولا لموضع النزاع من غير معارض واما الاحتجاج باقتضائه تحمل الحقوق والاشتغال عن كثير من المطالب الدينية ففيه ان هذه الامور ايضا من جملة المطالب الدينية وبالاشتغال بها يزيد الاجر لكونه من مقدمات الطاعة ولوازمها وعدم معلومية صلاح الولد لا يقدح لان كونه مظنة لحصوله كاف في رجحانه مع ان مطلق الولد المسلم ومن في حكمه مرجح في نفسه كما نبه عليه النبي صلى الله عليه وآله بقوله تناكحوا تناسلوا فاني مباه بكم الامم يوم القيمة حتى بالسقط خصوصا واكثر الاولاد يموتون قبل التكليف ولولا ذلك لامتلأت الارض من الخلق ومن مات كذلك فهو نافع لنفسه ولابويه بالشفاعة وكثرة الاولاد الذين يجمعهم في الجنة وذلك من اهم المطالب واما الذم الواقع في الآية بحب الشهوات من النساء والبنين فلظاهر تخصيصه بمحبة ذلك للشهوة البهيمية دون ارادة الطاعة وامتثال الامر وكسر الشهوة واكتساب الولد الصالح

وغير ذلك من الفوائد الدينية فلا ينافي المدعى اذا تقرر ذلك فهل القول بافضليته لمن لم تتق نفسه هل هو افضل من التخلي للعبادة ام هي افضل منه فيه قولان اصحهما الاول لعموم قوله صلى الله عليه وآله ما استفاد امرء فائدة بعد الاسلام افضل من زوجة مسلمة تسره اذا نظر اليها وتطيعه اذا امرها وتحفظه اذا غاب عنها في نفسها وماله وقول الصادق عليه السلام ركعتان يصليهما متزوج افضل من سبعين ركعة يصليها الاعزب وفي حديث آخر عنه ما احب ان لي الدنيا وما فيها واني ابيت ليلة ليس لي زوجة ثم قال الركعتان يصليهما رجل متزوج افضل من رجل اعزب يقوم ليله ويصوم نهاره وقوله شراركم عزابكم وقوله اكثر اهل النار العزاب فانه جمع معرف يفيد العموم ويتناول محل النزاع وأما الاوامر الدالة على رجحان التزويج في الجملة مما سلف وغيرها فلا دلالة لها على كونه افضل من العبادة بل على كونه راجحا في نفسه وهو حجة على من جعله مرجوحا على بعض الوجوه واما كونه عبادة افضل من اخرى فيحتاج الى دليل خاص وما ذكرناه هنا دال عليه ان قيل لا يلزم من افضلية الزوجة الموصوفة بهذه الصفات الاربع افضلية الزوجية مطلقا ولمحل النزاع الآتية والمتزوج وقع في الخبر الآخر نكرة في مقام الاثبات فلا يفيد العموم والعزوبة تندفع بالتسري كما تندفع بالتزويج لقول الكاظم عليه السلام لرجل الك جارية فقال لا فقال اتك لست باعزب ومع ذلك فلا يلزم من موت الانسان غير متزوج ان يموت من الاشرار قلنا اذا ثبت افضلية التزويج على بعض الوجوه لكل واحد من الناس ثبت ضعف القول بارجحية العبادة على التزويج لبعض الآحاد وبه يحصل المطلوب ايضا فالقول بافضلية التزويج لمن قدر على الزوجة الموصوفة دون غيره احداث قول ثالث واما المتزوج الواقع في الخبر الآخر نكرة فعمومية من حيثية الوصف المشعر بالعلية ولولا افادته العموم لذلك او لغيره لما كان له فائدة لان افادة كون متزوج في الجملة افضل من عزب في الجملة لا طائل تحته وقد نص الاصوليون على ان النكرة المثبتة في معرض الامتنان يفيد العموم لهذه العلة واما اندفاع الشر بالتسري فلا ينافي افضلية التزويج لان العزوبة التي توجب كونه من الاشرار تندفع باحد الامرين فمن كل منهما خير يدفع ذلك الشر المتحقق من موته اعزب سواء كان متعبدا ام لا ولو جعل النكاح حقيقة في الوطي او مشتركا كان التسري احد افراده وبقي المطلوب بحاله واحتج من ذهب الى افضلية التخلي للعبادة لهذا الفرد بما يتضمن التزويج من القواطع والشواغل وتحمل الحقوق وقد عرفت ان ذلك يرجب زيادة الاجر فلا يقدح في افضليته واعلم ان النكاح انما يوصف بالاستحباب مع قطع النظر عن العوارض اللاحقة له والا فهو بواسطتها ينقسم الى الاحكام الخمسة فيجب عند خوف الوقوع في الزنا بدونه ولو امكن دفعه بالتسري فهو واجب مخير بينه وبينه وبحرم اذا افضى الى الاخلال بواجب كالحج ومع الزيادة على الاربع ويكره عند عدم التوقان والطول على قول والزيادة على الواحدة عند الشيخ وقد يكره الى بعض الزوجات كنكاح القابلة المربية ومن ولد من الزنا لكن هذا الحكم من جهة المنكوحة لا من جهة النكاح ولو اعتبرنا هاهنا انقسم الى الخمسة ايضا بوجه آخر غير السابق فالمكروه منها ما ذكر وكنكاح العقيم والمحلل والخطبة على خطبة المجاب والحرام عينا وجمعا وهو كثير سببا ونسبا والمستحب كنكاح القريبة على قول الجمع بين الصلة وفضيلة النكاح واختاره الشهيد في قواعده والبعيدة على آخر لقوله لا تنكحوا القرابة القريبة فان الولد يخرج ضاويا اي نحيفا واختاره العلامة في تذكرة فالوارد في القرآن نقصان الشهوة بسبب القرابة ويمكن فرض الواجب منها لو علم وقوع الزنا من اجنبية وانه لو تزوجها امتنع منه ولا ضرر فيجب كفاية وقد يتعين عند عدم قيام غيره به والمباح ما عدا ذلك واما اللاحقة بالمعنى الاول فلا يتفق على القول المشهور الا للغافل عن القصد الراجح والكلام في الاحكام الخمسة للقاصد ويمكن فرضه عند الشيخ لمن لم تتق نفسه فان شرط اقتصر فيه على نفي الاستحباب وظاهره بقاء الاباحة اذ لا قائل بالكراهة وابن حمزة فرض الاباحة ايضا لمن يشتهي النكاح ولا يقدر عليه او بالعكس وجعله مستحبا لمن جمع الوصفين ومكروها لمن فقدهما قوله فالمستحب المراد بكريم الاصل ان لا يكون اصلها من زنى ولا في ابائها وامهاتها من هي كذلك قال صلى الله عليه وآله تخيروا لنطفكم ولا تضعوها في غير الاكفاء وقال صلى الله عليه وآله اياكم وخضراء الدمن قيل يا رسول الله ما خضراء الدمن قال المرأة الحسناء في منبت السوء ويحتمل ان يريد بكريم الاصل الاسلام او الايمان او ما هو اخص منهما ولكن قول النبي صلى الله عليه وآله الى مناكحهم يرشد الى الاول لانهم لو ينظروا الى اسلام الآباء فضلا عن غيره ويدل على اختيار البكر قوله صلى الله عليه وآله تزوجوا الابكار فانهن اطيب شيء افواها وادر شيء اخلافا واحسن شيء اخلاقا وافتح شيء ارحاما وقال لجابر وقد اخبره بانه يريد التزويج تزوج بنتا بكرا تلاعبها وتلاعبك ولان البكر احرى بالموافقة والمشي على عادة الرجل والمراد بالولود ما من شانها ذلك بان لا تكون صغيرة ولا يائسة ولا في مزاجها ما يدل على عقمها كعدم الحيض وبهذا يجمع بين الولود والبكر وبالعفيفة غير الزانية او ما هو اخص منها كالمتبرجة قال صلى الله عليه وآله الا اخبركم بخير نسائكم قالوا بلى يا رسول الله فاخبرنا قال ان من خير نسائكم الولود الودود الستيرة العفيفة العزيزة في اهلها الذليلة مع بعلها المتبرجة مع زوجها الحصان مع غيره التي تسمع قوله وتطيع امره واذا خلا بها بذلت له ما اراد منها ولم تبذل تبذل الرجل وقال صلى الله عليه وآله انكحوا الولود الودود وقال الحصير في ناحية البيت خير من امرأة لا تلد قوله ولا يقتصر على الجمال الخ اشار بذلك الى ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال من تزوج امرأة لمالها وكله الله اليه ومن تزوجها لجمالها راى فيها ما يكره ومن تزوجها لدينها جمع الله له ذلك وروى هشام بن الحكم في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا تزوج الرجل امرأة لجمالها او مالها وكله الى ذلك وان تزوجها لدينها رزقه الله الجمال والمال قوله وصلوة ركعتين وقت هذه الصلوة بعد ارادة التزويج وقبل تعيين امرأة مخصوصة او قبل العقد بقرينة قوله في الدعاء فقدر لي من النساء الخ قال اذا هم احدكم بذلك يعني التزويج فليصل ركعتين ويحمد الله ويقول اللهم اني اريد ان اتزوج فقدر لي من النساء اعفهن فرجا واحفظهن لي في نفسها ومالي واوسعهن رزقا واعظمهن بركة وقدر لي منها ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا في حياتي وبعد موتي قوله والاشهاد والاعلان المشهور بين اصحابنا ان الاشهاد في نكاح الغبطة سنة مؤكدة وليس شرطا في صحة العقد وهو مذهب جماعة من علماء العامة للاصالة عدم الوجوب والاشتراط وعدم دليل صالح عليه ولقول الباقر والصادق عليهما السلام لا باس بالتزويج بغير شهود فيما بينه وبين الله وانما جعل الشهود في تزويج السنة من اجل الولد ومن اجل المواريث وذهب ابن ابي عقيل منا وجماعة من العامة الى اشتراط الاشهاد فيه فلا ينعقد بدونه لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله بطرق متعددة يدل على نفي النكاح بدون الشاهدين وقد اعترها جماعة من النقاد من اهل الحديث فوجدوها باسرها

ضعيفة السند وليس هذا محل تحقيق الحال ومن طرف ... المطلب الدلال عن ابي الحسن مكاتبة التزويج الدائم لا يكون الا بولي وشاهدين وفيها
ضعف السند ايضا وبالجملة فليس في الباب حديث صحيح من الجانبين فالاعتماد على الاصل حيث لا معارض واعلم ان الاعلان غير الاشهاد وابلغ منه
فان الجمع بينهما البر واجب اجماعا وانما سكت عن حكمه الاشهاد وقد ذكرت في النصوص السابقة ويدل عليه بخصوصه ما روي ان النبي ص كان يكره نكاح
السر حتى يضرب بالدف ويقال اتيناكم اتيناكم فحيونا نحييكم قوله والخطبة امام العقد بضم الخاء هي حمد الله تعالى قبل العقد واكملها اضافة الشهادتين
والصلوة على النبي ص والائمة ع والوصية بتقوى الله والدعاء للزوجين وانما استحبت كذلك للتاسي بالنبي ص والائمة ع بعده وخطبهم منقولة في كتب
مشهورة وكذا يستحب خطبة اخرى امام الخطبة بكسر الخاء من المرأة او وليها ويستحب للولي ايضا الخطبة ثم الجواب ويجزي في الجميع الاقتصار على حمد الله تعالى
وعن ابي عبد الله ع ان علي بن الحسين ع كان يتزوج وهو يتعرق عرقا ياكل فما يزيد على ان يقول الحمد لله وصلى الله على محمد وآله واستغفر الله وقد
زوجناك على شرط الله تعالى ثم قال علي بن الحسين اذا حمد الله فقد خطب ولو ترك الخطبة صح العقد عند جميع العلماء الا داود الظاهري وقد روي
في قصة سهل الساعدي ان النبي ص زوجه بغير خطبة وروي عن الصادق ع انه سئل عن التزويج بغير خطبة فقال اوليس عامة ما يتزوج فتياننا ونحن نتعرق
الطعام على الخوان تقول يا فلان زوج فلانا فلانة فيقول نعم قد فعلت قوله وايقاعه ليلا لقول النبي ص امسوا بالاملاك فانه اعظم للبركة وقول
الرضا ع من السنة التزويج بالليل لان الله تعالى جعل الليل سكنا والنساء انما هن سكن وعلل بانه اقرب الى المقصود واقل للانتظار حيث يكون الدخول
ليلا والنص اعم من ذلك قوله ويكره ايقاعه لما رواه الشيخ وابن بابويه عن الصادق ع قال من تزوج والقمر في العقرب لم ير الحسنى والتزويج حقيقة في العقد والمراد
بالعقرب برجه لا المنازل الاربع المنسوبة اليه وهي الزبانا والاكليل والقلب والشولة وذلك لان القمر يحل في البروج الاثني عشر في كل شهر مرة
وجملة المنازل التي هذه الاربع بعضها ثمانية وعشرون مقسومة على البروج الاثني عشر فيخص كل برج منها منزلتان وثلث فللعقرب من هذه الاربع
ما للعقرب والذي يقتضيه اهل هذا الشأن ان للعقرب من المنازل ثلثا الاكليل والقلب وثلثا الشولة وذلك منزلتان وثلث واما الزبانا وثلث
الاكليل فهو من برج الميزان كما ان ثلث الشولة الاخر من برج القوس واطلاق العقرب محمول على برجه لا على هذه المنازل الاربع فلا كراهة في منزلة
الزبانا مطلقا واما المنزلتان المنطرفتان فان امكن ضبطهما والا فينبغي اجتناب العقد ... فيهما حذرا من الوقوع فيما كره منهما قوله ويستحب
ذكر المصنف جملة من السنن المروية عند الدخول وهي ست الاولى ان يصلي ركعتين يقرأ في كل منهما الفاتحة وما شاء من القرآن ان احب الزيادة على
الفاتحة ويجهر فيهما على الافضل لانهما من السنن الليلية او لما لا نظير له ويدعو بعدهما بالمنقول الثانية ان تفعل المرأة مثل ذلك روى ابو بصير
قال سمعت رجلا يقول لابي جعفر ع جعلت فداك اني رجل قد اسننت وقد تزوجت امرأة بكرا صغيرة ولم ادخل بها وانا اخاف اذا دخلت علي
فراشي ان تكرهني لخضابي وكبري فقال ابو جعفر ع اذا دخلت عليك فمرها قبل ان تصل اليك ان تكون متوضئة ثم لا تصل اليها انت حتى تتوضأ
وتصلي ركعتين ثم مرهم يامروها ان تصلي ايضا ركعتين ثم تحمد الله وتصلي على محمد وآل محمد ثم ادع الله وقل اللهم ارزقني الفها وودها ورضاها
بي وارضني بها واجمع بيننا باحسن اجتماع وانفس ائتلاف فانك تحب الحلال وتكره الحرام واعلم ان الالف من الله تعالى والفرك من الشيطان ليكره ما احل الله
عز وجل الثالثة ان يكونا حال الدخول على طهر وهو الظاهر من حال هذا الخبر الرابعة ان يضع يده على ناصيتها وهي مقدم راسها ما بين النزعتين ويدعو
بالمنقول روى ابو بصير عن ابي عبد الله ع قال اذا دخلت عليه فليضع يده على ناصيتها ويقول اللهم على كتابك تزوجتها وفي امانتك اخذتها
وبكلماتك استحللت فرجها فان قضيت في رحمها شيئا فاجعله مسلما سويا ولا تجعله شرك شيطان قلت وكيف يكون شرك شيطان فقال
لي ان الرجل اذا دنا من المرأة وجلس مجلسه حضر الشيطان فان هو ذكر اسم الله تنحى الشيطان عنه وان فعل ولم يسم ادخل الشيطان ذكره فكان العمل
منهما والنطفة واحدة وعن النبي ص انه قال اذا افاد احدكم امرأة او خادما او دابة فليأخذ بناصيتها وليقل اللهم اني اسألك من خيرها وخير ما جبلتها
عليه الخامسة ان يكون الدخول ليلا وقال الصادق ع زفوا عرائسكم ليلا واطعموا ضحى وحكمته واضحة لما يشتمل عليه من الامور التي يناسبها الحياء
والستر والليل محل ذلك ويستحب مؤكدا اضافة الستر المكاني والقولي الى الستر الزماني لاشتراكهما في المعنى وقد روي ان النبي ص قال ان من شر الناس
عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي الى المرأة وتفضي اليه ثم ينشر سرها وفي حديث اخر عنه ص مثل من يفعل ذلك مثل الشيطان والشيطانة لقي
احدهما الاخر بالسكة فيقضي حاجته منها والناس ينظرون اليه السادسة التسمية عند الجماع وسؤال الله تعالى ان يرزقه ولدا سويا ذكرا وقد تقدم في الحديث
السابق ما يدل عليه وعن ابن عباس رض ان رسول الله ص قال لو ان احدكم اذا اتى اهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما
رزقتنا فان قدر بينهما في ذلك ولد لم يضر ذلك الولد الشيطان ابدا وروي عن الصادق ع اذا اتى احدكم اهله فليذكر الله عند الجماع فان لم يفعل
وكان منه ولد كان شرك الشيطان وكما يستحب التسمية عند الدخول يستحب عند كل جماع لهذا الحديث وغيره وعن الباقر ع
اذا اردت الجماع فقل اللهم ارزقني ولدا واجعله تقيا زكيا ليس في خلقه زيادة ولا نقصان واجعل عاقبته الى خير قوله ويستحب الوليمة عند الزفاف
الوليمة هي الطعام المتخذ في العرس سميت بذلك لاجتماع الزوجين فان اصل الوليمة اجتماع الشيء وتمامه ومنهم من اطلقها على كل طعام يتخذ في حادث
سرور من املاك وختان وغيرهما وسميت بها على ذلك لاجتماع الناس عليها ولكن استعمالها في المعنى الاول اشهر وعليه فاطلاقها على غيره يحتاج
الى قيد كما في استعمال المجازات فيقال وليمة الختان ووليمة البناء وغيرهما وحيث تطلق فهي وليمة العرس ويقال للطعام المتخذ عند الولادة الخرس
والخرسة وعند الختان العذيرة والاعذار وعند احداث البناء الوكيرة وعند قدوم الغائب النقيعة وللذبح يوم سابع المولود العقيقة وعند
حذاق الصبي الحذاق وهو بفتح اوله وكسره تعلم الصبي القرآن او العمل والمأدبة اسم لما يتخذ من غير سبب ويطلق على كل طعام والزفاف بكسر اوله

اهداء العروس

اهداء العروس الى زوجها اذا تقرر ذلك فلا خلاف عندنا في استحباب الوليمة مؤكدا للتاسي بالنبي ص والائمة ع بعده قال الصادق ع ان رسول الله ص
حين تزوج ميمونة بنت الحارث اولم واطعم الناس الحيس وعن الرضا ع ان النجاشي لما خطب لرسول الله ص آمنة بنت ابي سفيان فزوجه دعا بطعام
وقال ان من سنن المرسلين الاطعام عند التزويج وعنه ع ان رسول الله ص قال لا وليمة الا في خمس في عرس او خرس او عذار او وكار او ركاز فالعرس
التزويج والخرس النفاس بالولد والعذار الختان والوكار الرجل يشتري الدار والركاز الرجل يقدم من مكة وللشافعي قول بوجوبها لان النبي ص
قال لعبد الرحمن بن عوف اولم ولو بشاة والامر للوجوب واجيب بحمله على الاستحباب لانه لو كان واجبا لامر بفعله غيره وفعله في ازواجه
ولم ينقل ذلك مع اصالة البراءة وقد ذكر المصنف من احكامها امورا الاول لا تقدير لها بل المعتبر مسماها وكلما اكثر كان افضل وقد سبق امر النبي ص بشاة
فصاعدا من غير تحديد في جانب الكثرة وروي انه ص اولم على صفية بسويق وتمر وانما فعل ذلك لانه كان على سفر في حرب خيبر وعن انس ما اولم رسول الله ص
على امرأة من نسائه ما اولم على زينب جعل يبعثني فادعو الناس فاطعمهم خبزا ولحما حتى شبعوا ومن لم يتمكن فليولم بما تيسر كما اولم رسول الله ص على بعض نسائه
بمدين من شعير الثاني وقتها عند الزفاف واقله ما يحصل به مسماه واكثره يوم او يومان ويكره الزيادة قال النبي ص الوليمة في اليوم الاول حق وفي الثاني
معروف وفي الثالث رياء وسمعة وقال الباقر ع الوليمة يوم ويومان مكرمة وثلثة ايام رياء وسمعة الثالث المدعو اليها ويستحب دعاء المؤمنين
لانهم افضل واولى بالمودة واقرب الى اجابة الدعاء ولو لم يمكن تخصيصهم فلا بأس بجمعهم مع غيرهم لحصول الغرض بهم والباقي زيادة في الخير لكن
كثرتهم وقلتهم بحسب حال الطعام عادة البلد ففي بعض البلاد يحضر الطعام القليل الخلق الكثير من غير نكير وفي بعضه بخلاف ذلك الرابع يستحب
للمدعو الاجابة استحبابا مؤكدا خصوصا اذا كان الداعي مؤمنا فان من حق المؤمن اجابة دعوته ولا فرق بين القريب والبعيد ولو الى غير البلد مع عدم
المشقة البالغة التي لا تتحمل عادة وليست بواجبة عندنا للاصل وذهب جماعة من العامة الى وجوبها لما روي عن النبي ص قال من دعي الى وليمة ولم
يجب فقد عصى الله ورسوله ومن جاءها من غير دعوة دخل سارقا وخرج مغيرا وفي خبر اخر عنه ص من دعي فلم يجب فقد عصى الله ورسوله وثالث من دعي
الى وليمة فليأتها وحملت على شدة الاستحباب ويشترط في استحباب الاجابة او وجوبها كون الداعي مسلما وان لا يكون في الدعوة مناكير وملاهي
الا ان يعلم زوالها بحضوره من غير ضرر ويحتاج في ذلك وان يعم صاحب الدعوة بها الاغنياء والفقراء ولو من بعض الاصناف كعشيرته وجيرانه واهل حرفته
فلو خص بها الاغنياء لم تترجح الاجابة ولم تجب عند القائل به لقوله ص شر الولائم ما يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء وان يخصه بالدعوة بعينه او
مع جماعة معينين فاما لو دعا عاما ونادى ليحضر من يريد ونحو ذلك لم تجب الاجابة ولم تستحب لان الامتناع والحال هذه لا يورث الوحشة والتأذي
حيث لم يعين وان يكون في اليوم الاول والثاني فلو اولم في الثالث كره الاجابة فلو دعا اثنان فصاعدا اجاب الاسبق فان جاءا معا اجاب الاقرب
رحما ثم الاقرب دارا كما في الصدقة وقد روي ان النبي ص قال اذا اجتمع داعيان فاجب اقربهما اليك بابا فان اقربهما اليك جوارا فان
سبق احدهما فاجب من سبق الخامس كما تستحب الاجابة فالاكل مستحب لان الغرض من الدعوة ذلك ولما في تركه من التعرض للوحشة والنفرة ولانه ابلغ
في اكرام الداعي وجبر قلبه ولقول النبي ص فان كان مفطرا فليطعم وبعض من اوجب الحضور اوجب الاكل ولو لقمة لما ذكرناه وامتثالا للامر في الخبر ولان
المقصود من الامر بالحضور الاكل فكان واجبا واجيب بمنع انحصار المقصود في الاكل لحصول مجرد الاجابة كما في جبر القلب ولهذا كلف الصائم واجيبا
بالحضور من غير اكل ويمنع حصول الوحشة مع اكرامه بالحضور واجابة دعائه واجتماعه بالجماعة والتوعد المذكور سابقا انما هو على ترك الاجابة الثابتة
الصوم ليس عذرا في ترك اجابة الدعوة لقول النبي ص اذا دعي احدكم الى الطعام فليجب فان كان مفطرا فليطعم وان كان صائما فليصل اي يحضر ويدعو لاهل
الدعوة ثم ان كان الصوم واجبا مضيقا كرمضان والنذر المعين وما في حكمه كقضاء رمضان بعد الزوال لم يجز له الافطار وان كان موسعا كالنذر
المطلق وقضاء رمضان قبل الزوال جاز الافطار على كراهة وان كان نفلا فان شق على صاحب الدعوة صومه استحب افطاره اجماعا ولان النبي ص حضر
دار بعضهم فلما قدم الطعام امسك بعض القوم وقال اني صائم فقال النبي ص يتكلف لك اخوك المسلم وتقول اني صائم افطر ثم اقض يوما مكانه وان
لم يشق على صاحب الدعوة امساكه فالاقوى انه كذلك لعموم الامر به ورواه داود الرقي عن ابي عبد الله ع لافطارك في منزل اخيك افضل من صيامك سبعين
ضعفا او تسعين ضعفا ولصحيحة جميل بن دراج عنه ع قال من دخل على اخيه فافطر عنده ولم يعلمه بصومه فيمن عليه كتب الله له صوم سنة وفي تركه قرب
هنا استحباب الاتمام عملا بظاهر التعليل في الخبر النبوي فان التكلف له يوجب المشقة في تركه غالبا وهو مناط الامر بالافطار وفيه ايماء الى العلة
فيتعدى الى ما شاركها في المعنى وهو مشقة الامساك على نفسه واعلم ان استحباب الافطار هنا ورجحانه على الصوم الموجب لترتب الثواب عليه بانه
على الصوم مشروط بكون الباعث عليه اجابة الدعوة وامتثال امر الله تعالى فيها ليكون طاعة يترتب عليها الثواب فلو فعله بغير قصد الطاعة
فلا ثواب له فضلا عن ان يكون افضل من الصوم كما هو معلوم من قواعد الشرع واطلاق الامر بالفطر محمول على تصحيح النية في ذلك اتكالا على ان الاعمال
بالنيات ولا يختص هذه الاحكام بهذه الوليمة بل تأتي في كل دعوة الى طعام قوله واكل ... هنا اربع مسائل الاولى يجوز نثر المال في الاعراس مما يؤكل وغيره
كالجوز واللوز والسكر والتمر والزبيب والدراهم وغيرها لاصالة الجواز ولان ذلك من مهمات اغراض السرور المطلوب في هذه المواضع وهل يوصف
مع اصل الجواز بالمعنى الاعم بشيء من الاحكام الخمسة لا ريب في انتفاء الوجوب لعدم دليل يدل عليه واما الاستحباب فاثبته بعض العامة لنحو ما ذكرناه
وحكم اخرون بالكراهة لانه يؤخذ بالانتهاب وهو يؤدي الى الوحشة ولانه قد يأخذه غير من يحب صاحبه وفي اثبات الكراهة بمثل ذلك نظر والثابت
اصل الجواز وغيره من الاحكام يحتاج الى دليل الثانية يجوز الاكل من هذا المنثور عملا بشاهد الحال المستمر في سائر الاعصار ما لم يعلم الكراهة
ولانه نوع اباحة فاشبه اباحة الطعام للضيفان بوضعه بين ايديهم ولا فرق في النثر بين جعله عاما وخاصا بفريق معينين واذا خص حكم الثالث

٢٣٤ بتفريقه لو وضعه بين يدي الفقراء ونحوهم فلا يجوز لغيرهم الاكل منه الا باذن المالك صريحا الثالثة لا يجوز اخذه من غيران يوكل في محله الا باذن اربابه
صريحا او بشاهد الحال كما يتفق في رميه على العموم من غير وضعه على خوان ونحوه وبالجملة فالمرجع فيه الى شاهد الحال فان دل على المنع من اخذه امتنع ومن
ذلك ان يوضع على وعاء لصاحب الدعوة بين يدي الاكلين فان ذلك قرينة ارادة ضبطه وقصر الاذن على الاكل وان دل على الجواز الاخذ جاز وان
اشتبه الامران فمقتضى الحال المنع لانه جعل الجواز مشروطا بالاذن ولو بشاهد الحال وهو حسن لاصالة المنع من التصرف في مال الغير خرج منه
ما اذا استفيد الاذن فيبقى الباقي وفي كره جواز اخذه ما لم يعلم الكراهة وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله حضر في املاك فاتي باطباق عليها جوز ولوز
وتمر فنثرت فقبضنا ايدينا فقال ما لكم لا تاخذون قالوا انك نهيت عن النهب فقال انما نهيتكم عن نهب العساكر خذوا على اسم الله فتجاذبنا وجاذبنا
الرابعة حيث يجوز اخذه باحد الوجوه هل يملكه الاخذ بمجرد الاخذ قيل نعم اعتبارا بالعادة الدالة على اعراض المالك عنه فاشبه التقاط المباحات
واختاره في كره وقيل لا يملك بذلك وانما يفيد مجرد الاباحة لاصالة بقاء ملك مالكه عليه الى ان يحصل ما يقتضي النقل وما وقع انما يعلم منه
افادة الاباحة وهذا هو الاقوى والفرق بينه وبين مباح الاصل واضح لان ذلك لا ملك لاحد عليه فاثبات اليد عليه مع نية التملك كاف في
تملكه بخلاف المملوك اذا ابيح بالاذن فان ذلك لا يخرج عن اصل الملك واثبات يد المأذون له فيه ليس من الاسباب الناقلة للملك شرعا فيتمسك
بالاستصحاب الى ان يعلم المزيل ويتفرع على ذلك جواز رجوع المالك فيه ما دامت عينه باقية في يد الاخذ فلو اتلفه ولو بالاكل زال ملك المالك
عنه ولو نقله الاخذ عن ملكه ببيع ونحوه فالاقوى زوال ملك المالك عنه والكلام في اكل الحاضر منه الذي حكم بجوازه في انه هل يباح الاكل من غير
ان يحكم بالملك او يملك القول ان وعلى المختار لا يزول ملك المالك الا بالازدراد ومثله الطعام المقدم للضيف فيزيد الضيف عن هذا انه
لا يجوز التصرف بغير الاكل مطلقا الا مع اذن المالك ثم يرجع في نحو اطعام السائل والهرة واطعام بعضهم بعضا الى قرائن الاحوال وهو مما يختلف
باختلاف الاشخاص والاحوال والاوقات وجنس الطعام وحيث لا نقول بملك الاخذ لشيء من ذلك يتقيد او لو ببيعه بما باخذه فليس لغيره اخذه منه
قهرا ومثله ما لو بسط حجره لذلك فوقع فيه شيء منه ما دام ثابتا فيه فان سقط منه قبل اخذه ففي سقوط حقه وجهان كما لو وقع في شبكته شيء منه
ثم افلت ولو لم يبسط حجره لذلك لم يملك ما سقط منه قطعا وهل يصير اولى به وجهان بالبيان فيما يعشش في ملكه بغير اذنه ويقع في شبكته بغير قصد
قوله يكره الجماع المعقود والكلام عند الجماع الا بذكر الله تعالى مستند الكراهة في هذه المواضع روايات كثيرة يجتمع من جملتها ذلك ويدخل بعضها
في بعض روى الشيخ في الصحيح عن عمرو بن عثمان عن ابي جعفر عليه السلام وقد سئل أيكره الجماع في ساعة من الساعات فقال نعم يكره في الليلة التي ينكسف فيها القمر
واليوم الذي تنكسف فيه الشمس وفيما بين غروب الشمس الى ان يغيب الشفق ومن طلوع الفجر الى طلوع الشمس وفي الريح السوداء او الصفراء والزلزلة
ولقد بات رسول الله صلى الله عليه وآله عند بعض نسائه فانكسف القمر في تلك الليلة فلم يكن منه فيها شيء فقالت له زوجته بابي انت وامي اكل هذا البغض فقال ويحك
هذا الحادث من السماء فكرهت ان اتلذذ فادخل في شيء وقد عير الله قوما فقال عز وجل وان يروا كسفا من السماء ساقطا يقولوا سحاب مركوم
وايم الله لا يجامع احد في هذه الساعات التي وصفت فيرزق من جماعه ولدا وقد سمع بهذا الحديث فيرى ما يحب وزاد الكليني في اليوم والليلة
التي تكون فيها الزلزلة وعنه عليه السلام قال فيما اوصى به رسول الله صلى الله عليه وآله عليا قال يا علي لا تجامع اهلك في اول ليلة من الهلال ولا في ليلة النصف ولا في اخر ليلة
فانه يتخوف على ولده من فعل ذلك الخبل فقال عليه السلام ولم ذلك يا رسول الله فقال ان الجن يكثرون غشيان نسائهم في اول ليلة الهلال اما رايت المجنون يصرع في
اول الشهر وفي وسطه وفي اخره وروى سليمان الجعفري عن ابي الحسن قال من اتى اهله في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد وعن اسحاق بن عمار قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام
الرجل يكون معه اهله في السفر ولا يجد الماء ايأتي اهله قال ما احب ان يفعل ذلك الا ان يخاف على نفسه وعن ابي عبد الله عليه السلام قال وقد سئل اجامع
وانا عريان فقال لا ولا مستقبل القبلة ولا مستدبرها وقال عليه السلام لا تجامع في السفينة وقال رسول الله صلى الله عليه وآله يكره ان يغشى الرجل المراة وقد احتلم حتى
يغتسل من احتلامه الذي راى فان فعل وخرج الولد مجنونا فلا يلومن الا نفسه ولا باس بتكرر الجماع من غير غسل الاصل ولما روي من ان النبي صلى الله عليه وآله كان يطوف على نسائه
ثم يغتسل اخيرا وكان علي عليه السلام يقول يستحب للرجل ان ياتي اهله اول ليلة من شهر رمضان لقول الله عز وجل احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم والرفث
المجامعة وروى الكليني باسناده الى الصادق عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله والذي نفسي بيده لو ان رجلا غشي امراته وفي البيت مستيقظ يراهما ويسمع كلامهما ونفسهما
ما افلح ابدا ان كان غلاما كان زانيا وان كانت جارية كانت زانية وروى الشيخ عن سماعة قال سالته عن الرجل ينظر الى فرج المراة وهو
يجامعها فقال لا باس الا انه يورث العمى وعن عبد الله بن سنان قال قال ابو عبد الله عليه السلام اتقوا الكلام عند التقاء الختانين فانه يورث الخرس تنبيهات
الاول المحاق مثلث الميم هو ثلاث ليال من اخر الشهر سميت بذلك لامحاق القمر فيها او الشهر فلا يرى غدوة ولا عشية لانه يطلع مع الشمس فتمحقه قال اهل اللغة لليالي الشهر عشرة
اسماء غرر ثم نفل ثم تسع ثم عشر ثم بيض ثم درع ثم ظلم ثم حنادس ثم دادي ثم محاق الثاني انما يكون ليالي المحاق ثلاثا على تقدير تمام الشهر فلو نقص كان النقص
من ليالي المحاق لان كل ثلاثة قبلها قد استوفت اسمها قبل ان يتبين النقص ولاصالة عدم الكراهة ولان امحاق الهلال حقيقة في الليلتين الاخيرتين
والاخرى تابعة الثالث الليلة الاخيرة يجتمع فيها كراهتان من جهة المحاق وكونها اخر الشهر فتتاكد الكراهة فيها زيادة على اختيها الرابع الخبر السابق دل على
كراهة الوطء في محاق الشهر اعم من كونه ليلة الدخول وغيره كغيره من هذه المواضع ولكن روى الكليني عن الكاظم عليه السلام من تزوج في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد
وهذه العبارة تقتضي كراهة العقد لان التزويج حقيقة فيه وحينئذ فيكره كل منهما استنادا الى الحديثين وان كان المصنف وغيره قد اقتصروا على كراهة الوطء
والشهيد رحمه الله احتمل من حديث التزويج ان يريد به العقد والوطء معا وهو بعيد الخامس مقتضى التعليل لسقط الولد ان الخطر في جماع ان يحصل به ولد او في
جماع الحامل فلو كانت خالية من ذلك كالبائنة احتمل قويا عدم الكراهة اذ ليس في الباب غير ما ذكر من النصوص وليس فيها الحكم بالكراهة مطلقا كما اطلقها

٢٣٥ فيتقيد بموضع الخطر بل ليس فيه تصريح بالكراهة الا ان التعرض لسقوط الولد لما كان صريحا في نفسه حكم بالكراهة لذلك وقد علل الجماع في اخر الشهر
واوله بخبل الولد وتعليل نظر الفرج بعماه وتعليل الكلام حال الجماع بخرسه اللهم الا ان يجعل ذلك بعض ما يترتب عليه ويجعل الكراهة لما هو اعم من ذلك
لكن التعليل اباه وما ذكرناه من تفسير المنع من نظر الفرج بعمى الولد ذكره جماعة من الاصحاب ويحتمل قويا ان يريد به عمى الناظر اذ ليس هنا ما يدل على ارادة
الولد ولا هو مختص بحالة وهذا هو الذي رواه العامة في كتبهم وفهموه وعليه يحسن عموم الكراهة للاوقات التي لاحظها الاصحاب اطلق الكراهة عند وجود من
ينظر اليه وهو شامل للمميز وغيره وقيل يختص ذلك بالمميز وهو حسن وتعليل الخبر يقتضي ان الخطر على الولد بان يكون زانيا وان الصبي المستيقظ
يرجع اليه لا الى المجامع ووجه الكراهة ح التعرض لنقص الولد السامع فلو كان كبيرا دخل في العموم بل اولى وان لم يثبت له اسم الغلام والجارية السابع النهي
الوارد عن الكلام حالته في الوصية معقد بالكثير ويتعلق بالرجل وظاهره عدم الكراهة من المراة وفي القليل منه ولا باس بذلك واما الخبر الاخر
فيتناول الجميع ويمكن الجمع بينهما باشتداد الكراهة في الكثير خصوصا من جانب الرجل الثامن المشهور كراهة النظر الى فرج المراة حال الجماع من غير
تحريم وقد تقدم في مقطوع سماعة نفي الباس عنه وعده ابن حمزة من المحرمات ولعله استند الى ظاهر النهي الوارد عنه في تعصية النبي صلى الله عليه وآله لعلي لا تنظر
الى فرج امراتك وغض بصرك والنهي فيه متناول لحالة الجماع وغيرها وفي مقطوعة سماعة التقييد بحالة وهو اولى ومثلهما وابن ابي حمزة عن ابي عبد الله
ينظر الرجل في فرج امراته وهو يجامعها قال لا باس ولعل الاطلاق في الخبر الاخر مقيد بتلك الحالة لان السياق فيهما مع ان الاستثناء في الاحكام الى مثل
هذه الروايات الواهية لا يخ من اشكال لولا سهولة الخطب في الكراهة وعلى هذه الوصية تفوح رائحة الوضع وقد صرح به بعض النقاد قوله يجوز ان ينظر الى وجه
امراة آه لا خلاف بين سائر العلماء في جواز النظر لمن اراد التزويج بامراة وقد رواه الخاصة والعامة عن النبي صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام فقال للرجل من اصحابه وقد خطب
امراة انظر الى وجهها وكفيها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي يجعل بينكما المودة والالفة يقال ادم الله بينهما على وزن فعل وربما قيل باستحباب النظر الى
ظاهر الامر الذي اقل مراتبه ذلك ويمكن منع دلالته عليه لجواز ارادة الاباحة فانها بعض مستعملاته حيث لا يراد به الوجوب كقوله تعالى واذا حللتم
فاصطادوا وشرط الجواز مع ارادته امكانه عادة بان تكون محللة له في الحال ويجوز ان يجيبه اليه ولا يجوز النظر الى ذات البعل ولا الى المعتدة لتزويجها
عند الخلو من المانع ولا لمن يعلم عادة عدم اجابتها وينبغي ان يكون قبل الخطبة اذ لو كان بعدها وتركها لشق ذلك عليها واوحشها ولو لم يتيسر له
النظر بنفسه بعث اليها امراة تتاملها وتصفها له فان النبي صلى الله عليه وآله بعث ام سلمة الى امراة وقال انظري الى عرقوبيها وشمي معاطفها اذا تقرر ذلك
فالذي يجوز النظر اليه منها اتفاقا هو الوجه والكفان من مفصل الزند ظهرا وبطنا لان المقصود يحصل بذلك فيبقى ما عداه على العموم والرواية
التي اشار اليها المص المتضمنة جواز النظر الى شعرها ومحاسنها رواها عبد الله بن الفضل مرسلا عن الصادق عليه السلام قال قلت له ينظر الرجل الى المراة يريد
تزويجها فينظر الى شعرها ومحاسنها قال لا باس بذلك اذا لم يكن متلذذا وروى عبد الله بن سنان بطريق فيه مجاهيل قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل
يريد ان يتزوج المراة اينظر الى شعرها فقال نعم انما يريد ان يشتريها باغلى الثمن وروى غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام في رجل ينظر الى محاسن امراة
يريد ان يتزوجها قال لا باس انما هو مستام وظاهر ان هذه الروايات من حيث السند لا تصلح حجة في جواز ما دل الدليل على تحريمه فلذلك ذهب
المص الحكم الى الرواية فالاقتصار على موضع الاتفاق متعين والمراد بمحاسنها مواضع زينتها وهي اوسع دائرة من الوجه والكفين وربما قيل باختصاصه بهما
وقوله ومن فوق الثياب يريد النظر الى الجسد لا الى غيره لعدم تقييد الروايات به وكما يجوز النظر للرجل فكذا المراة لاشتراكهما في المقصود واعلم انه ثبت
جواز النظر الى وجه المراة الاجنبية وكفيها في الجملة فاذا وجب الاقتصار هنا على هذا القدر بقي الفرق بينهما وبين الاجنبية من وجوه الاول ان جوازه
للاجنبية موضع خلاف وهنا موضع وفاق الثاني انه في الاجنبية مشروط بعدم خوف الفتنة وهنا لا يشترط لانه يريد التزويج اللهم الا ان نخافها
قبل وقوع العقد وفي كره الحكم بالجواز مع خوف الفتنة وبدونها معللا بان الغرض ارادة النكاح ومقتضاه ان ذلك مناف للفتنة الثالث انه في الاجنبية
مقصور على اول نظرة فلا يجوز التكرار وهنا يجوز الرابع انه في الاجنبية مكروه وهنا لا كراهة فيه ان لم يكن مستحبا واما نظرها من وراء الثياب فانه
وما اشبهه فلا خصوصية له عن الاجنبية الا من حيث الاباحة هنا والكراهة ثم قوله وكذا يجوز ان ينظر الى امة آه لا ريب في جواز النظر الى الامة التي يريد شراءها
وانما الكلام في محله وموضع الوفاق منه وجهها وكفيها ومحاسنها وشعرها وان لم ياذن المولى صريحا لان تعرضها للبيع قرينة الاذن في ذلك وهل يجوز
الزيادة على ذلك من باقي جسدها ما عدا العورة قيل نعم وقطع به في كره لدعاء الحاجة اليه للتطلع اليها لئلا يكون بها عيب فيحتاج الى الاطلاع عليه
وقيده في التحليل المولى ومنع جوز الى العورة ايضا وفي رواية ابي بصير قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الامة ليشتريها قال لا باس بان ينظر
الى محاسنها ما لم ينظر الى ما لا ينبغي النظر اليه وظاهر الرواية جواز النظر الى ما عدا العورة كما اختاره في كره وان لم ياذن المولى مع احتمال ان يريد
بقوله لا ينبغي له النظر اليه ما هو اعم من العورة ولم يتعرض المص لجواز اللمس وفي الرواية تصريح بجوازه وهو حسن مع توقف الغرض عليه لانه كر
احسن الا مع التحليل والحكم هنا مختص بالمشتري فلا يجوز للامة النظر اليه زيادة على ما يجوز للاجنبي بخلاف الزوجة والفرق ان في شرائها لا
اختيار لها بخلاف التزويج قوله ويجوز النظر الى اهل الذمة لانهن بمنزلة الاماء لان اهل الذمة في الاصل فيء للمسلمين وانما حرمهن التزام الرجال شرائط
الذمة فتبعهم النساء فكان تحريمهن عارضا والاماء كذلك وانما هن ملك للمسلمين والمراد بالاماء اماء الناس غير الناظر واماؤه المحرمات
عليه بعارض كتزويجهن وقد روي الجواز بطريق السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله لا حرمة لنساء اهل الذمة ان ينظر الى شعورهن و
ايديهن وفي حديث اخر عنه عليه السلام قال لا باس بالنظر الى نساء اهل تهامة والاعراب واهل البوادي من اهل الذمة والعلوج لانهن اذا نهين لا ينتهين
وليس في الخبرين تعليل بما ذكره المص نعم روى ابو بصير عن ابي جعفر عليه السلام ان اهل الكتاب مماليك للامام فتكون نساؤهم بمنزلة الاماء في الجملة وبمنهم

من نقله انه يرى جواز النظر الى ما انه الغير كذلك وهو المشهور فيصلح ان يكون النظر الى وجهها وكفيها وشعرها خاصة بالقيدين ومنع ابن ادريس من النظر الى نساء اهل الذمة لعموم قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم واختاره العلامة في المختلف وان وافق المشهور في باقي كتبه وعلى القول بالجواز هو مقيد بعدم التلذذ والريبة وعدم الريبة وينبغي ان يكون المراد خوف الوقوع معها في محرم وهو المعبر عنه بخوف الفتنة وفي كره اشترط في الجواز ان لا يكون لتلذذ ولا معه ريبة ولا خوف افتتان ويظهر منه ان المراد بالريبة غير خوف الفتنة وفي عدم غيرهما اقتصر منها على عدم الريبة كما في الكتاب وهو اجود قوله ويجوز ان ينظر الرجل الى مثله جواز نظر كل واحد من الرجال والنساء الى مثله موضع وفاق فيه لا وضلا بشرط ان لا يكون النظر بتلذذ ولا يخاف معه فتنة بالوقوع في محرم وان يكون النظر لغير العورة وهي من الرجل ما يجب ستره في الصلوة ولا فرق في ذلك بين الحسن والقبيح للعموم ولا بين الامرد وغيره عندنا والا لامر الشارع الامرد بالحجاب نعم لو خاف الفتنة بالنظر اليه والتلذذ به فلا اشكال في التحريم كغيره وقد روي ان وفدا قدموا على رسول الله صلى الله عليه وآله وفيهم غلام حسن الوجه فاجلسه من ورائه وكان بمحضر من الحاضرين ولم يامره بالاحتجاب عن الناس فدل على انه لا يحرم واجلاسه ورائه تنزها منه وتعففا واطلاق المصنف جواز نظر المرأة الى مثلها يشمل المسلمة والكافرة والتفريق والمشهور ان الحكم كذلك على العموم ولكن ذهب الشيخ في احد قوليه الى ان الذمية لا تنظر الى المسلمة حتى الوجه والكفين لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الى قوله او نسائهن والذمية ليست منهن وعلى قوله ليس للمسلمة ان تدخل مع الذمية الى الحمام والمشهور الجواز وان المراد بنسائهن من في خدمتهن من الحرائر والاماء فيشمل الكافرة ولا فارق بين من في خدمتها من غيرها قوله وللرجل ان ينظر الى جسد زوجته الى قوله وكذا المرأة تحريم نظر الرجل الى المرأة الاجنبية فيما عدا الوجه والكفين اجماعي ولا فرق بين التلذذ وعدمه ولا بين خوف الفتنة وعدمه واما الوجه والكفان فان كان في نظرهما احد الامرين حرم ايضا اجماعا والا ففي الجواز اقوال احدها الجواز مطلقا على كراهية اختاره الشيخ لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وهو مفسر بالوجه والكفين ولان ذلك مما يعم به البلوى لاطباق الناس في كل عصر على خروج النساء على وجه يحصل منه بدو ذلك منهن من غير نكير والثاني التحريم مطلقا اختاره العلامة في كره لعموم قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية ولاتفاق المسلمين على منع النساء من ان يخرجن سافرات ولو حل النظر لنزلن منزلة الرجال ولان النظر اليهن مظنة الفتنة وهو محل الشهوة واللائق بمحاسن الشرع حسم الباب والاعراض عن تفاصيل الاحوال كالخلوة بالاجنبية ولان الخثعمية اتت رسول الله صلى الله عليه وآله بمنى في حجة الوداع تستفتيه وكان الفضل بن العباس رديف رسول الله صلى الله عليه وآله فاخذ ينظر اليها وتنظر اليه فصرف رسول الله صلى الله عليه وآله وجه الفضل عنها وقال رجل شاب وامرأة شابة فخشيت ان يدخل بينهما الشيطان وفي كل واحد من هذه الادلة نظر لان النهي في الآية مخصوص بما عدا الوجه والكفين لقوله تعالى الا ما ظهر منها ودعوى اتفاق المسلمين عليه معارض بمثله ولو تم لم يلزم منه تحريم هذا المقدار لجواز استناده منهن الى المروة والغيرة بل هو الاظهر او على جهة الافضلية اذ لا شك فيها وحديث الخثعمية يدل على الجواز لا على التحريم لانه صلى الله عليه وآله لم ينههما عن النظر اولا ولا اصر فيهما عنه وانما صرفه عنه لما علله من خوف وقوع الفتنة ومع الخوف لا كلام في التحريم مع ان صرفه لوجهه اعم من كونه على وجه الوجوب فلا يدل عليه ويؤيد كونه ليس على وجه الوجوب عدم تنبيهه لهما عن ذلك باللفظ فان النهي عن المنكر واجب على الفور ولم يحصل منه ذلك وانما حصل منه فعل غير دال عليه ولو سلم فهو على بعض الوجوه لا مطلقا كما بيناه والقول الثالث جواز النظر الى الوجه والكفين على كراهية مرة لا ازيد وهو الذي اختاره المصنف والعلامة في اكثر كتبه ووجه الجواز ما تقدم ووجه تحريم الزائد عن المرة ان المعاودة ودوام النظر مظنة الفتنة لان شانه ان يحدث عنه الميل القلبي ويترتب عليه الفتنة كما اتفق للفضل دون الواحدة الناشئة غالبا لا عن داعية الشهوة والميل القلبي وهذا حسن اذ تحقق من المعاودة احد المحذورين والافقه ما مر وعليه فينبغي ان يراد بالمرة ما لا يطول زمانها عرفا بحيث يحقق الميل القلبي فان ذلك كمعاودة النظر ولا فرق بين اتحاد المجلس وتعدده ومحل الخلاف في المرة الواقعة عن قصد ليترتب عليها الحكم الشرعي اما ما يقع اتفاقا بغير قصد فلا يتعلق بها حكم اتفاقا ولا ريب ان القول بالتحريم مطلقا اوفق بالسلامة ونظر المرأة الى الرجل كنظره اليها لوجود المقتضي فيهما ولقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن فلا يجوز لها النظر الا الى وجهه وكفيه واعلم ان اطلاق المص الاجنبية شامل للصغيرة والكبيرة وكذا اطلاق الحكم في المرأة يشمل النظر الى الصغير والكبير ولا بد من استثناء الصغيرة التي ليست مظنة الشهوة من الحكم وكذا العجوز المسنة البالغة حدا لا يقتضي الفتنة والتلذذ بنظرها غالبا على الاقوى لقوله تعالى والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا فلا جناح عليهن ان يضعن ثيابهن الآية ومن استثناء الصغير غير المميز بالنسبة الى المرأة وهو الذي لم يبلغ مبلغا بحيث يصلح لان يحكي ما يرى لقوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ولانه بمنزلة سائر الحيوانات واما المميز فان كان فيه ثوران شهوة وتشوق فهو كالبالغ في النظر فيجب على الولي منعه منه وعلى الاجنبية التستر عنه والا ففي جوازه قولان من ابتداء استئذان من لم يبلغ الحلم في الاوقات الثلثة التي هي مظنة التكشف والتبذل دون غيرها بالجواز ومن عموم قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء فيدخل غيره في النهي عن ابداء الزينة له وهذا اقوى والامر بالاستيذان في تلك الاوقات لا يقتضي جواز النظر كما لا يخفى هذا كله مع الاختيار اما مع الضرورة فسيأتي قوله ويجوز عند الضرورة قد عرفت ان موضع المنع من نظر كل من الرجل والمرأة الى الآخر مشروط بعدم الحاجة اما معها فيجوز اجماعا وقد نبه على ان من مواضع الحاجة النظر الى من يريد نكاحها او شراها ومنها ارادة الشهادة عليها تحملا او اداء وللمعاملة ليعرفها اذا احتاج اليها وللفصد والحجامة وما شاكلها من الطبيب ونحوه حيث يحتاج الى شيء منه ويختص الجواز في الجميع بما يندفع به الحاجة ففي مثل الشهادة يكفي نظر الوجه واستثناؤه من المنع على تقدير القول به مطلقا مع افتقاره الى التكرار او بغير كراهة او مع الحاجة الى الزيادة عليه لو فرض وفي مثل الطبيب لا يختص بعضو معين بل يجوز ولو الى العورة وكما يجوز النظر يجوز اللمس هنا حيث يتوقف عليه ولو امكن الطبيب استنابة امرأة او محرم او الزوج في موضع العورة في اللمس والنظر

ووضع الدواء وجب تقديمه على مباشرة الطبيب بالاولى لتسلطها عدم امكان المماثل المساوي له في المعرفة او فيما يندفع به الحاجة ولا يشترط في جوازه خوف فساد المحل ولا خوف شدة الضناء بل المشقة بترك العلاج او بطء البرء وقال في كره وينبغي ان يكون ذلك بحضور محرم او زوج وهو حسن وفي جواز النظر الى فرج الزانيين لتحمل الشهادة قولان احدهما المنع اختاره في كره لانه نظر الى فرج محرم فكان محرما وليست الشهادة على الزنا عذرا لانه مامور بالستر فعلى هذا تكون الشهادة عليه مع الرؤية اتفاقا لا قصدا او معه بعد التوبة ان جعلناه كبيرة والثاني الجواز واختاره في عد لانه وسيلة الى اقامة حد من حدود الله تعالى ولما في المنع من عموم الفساد واجتراء النفوس على هذا المحرم وانسداد باب ركن من اركان الشرع ولم تسمع الشهادة بالزنا لتوقفه تحملها على الاقدام على النظر المحرم وادامته لاستعلام الحال بحيث يشاهد الميل في المكحلة وايقاف الشهادة على التوبة يحتاج الى زمان يعلم منه العزم على عدم المعاودة فيعود المحذور السابق وهذا القول ليس بذلك البعيد ولما نظر الفرج للشهادة على الولادة والثدي للشهادة على الرضاع فان امكن اثباتهما بالنساء لم يجز للرجال والا فوجهان اجودهما الجواز لدعاء الضرورة اليه وكونه من مهام الدين واتم الحاجات خصوصا امر الثدي ويكفي في دعاء الضرورة الى الرجال المشقة في تحصيل اهل العدالة من النساء على وجه يثبت به الفعل قوله هل يجوز للخصي النظر الى المالكة او الاجنبية الاماء هنا مسئلتان الاولى في جواز نظر البالغ الخصي المملوك للمرأة الى مالكته وقد اختلف في الجواز ذهب اليه العلامة في لف لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن الشامل بعمومه للمملوك الفحل والخصي فانه قد خرج منه الفحل لشبهة دعوى الاجماع بقي الباقي مع ان الشيخ ذكر في ط ما يدل على ميله الى جواز نظر المملوك مطلقا وان كان قد رجع عنه اخيرا وهذه عبارته اذا ملكت المرأة فحلا او خصيا فهل يكون محرما لها حتى يجوز له ان يخلو بها ويسافر معها قيل فيه وجهان احدهما وهو الظاهر انه يكون محرما لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الى قوله او ما ملكت ايمانهن والثاني وهو الاشبه بالمذهب انه لا يكون محرما وهو الذي يقوى في نفسي وهذا الكلام يدل على تردده وان كان ميله الى التحريم والمصنف ان الحكم بتحريم نظر المملوك الفحل ليس باجماعي فيمكن الاستدلال عليه بعموم الآية وقد روى الشيخ في ط وغيره ان النبي صلى الله عليه وآله اتى فاطمة عليها السلام بعبد قد وهبه لها وعلى فاطمة ثوب اذا قنعت راسها لم يبلغ رجليها واذا غطت به رجليها لم يبلغ راسها فلما راى رسول الله صلى الله عليه وآله ما تلقى قال انه ليس عليك باس انما هو ابوك وغلامك وروى الكليني اخبارا كثيرة بطرق صحيحة عن الصادق ان المراد بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن شامل للمملوك مطلقا وروى في الصحيح عن معوية بن عمار قال قلت لابي عبد الله عليه السلام المملوك يرى شعر مولاته وساقها قال لا باس ويدل على جواز نظر الخصي ايضا قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال والخصي اذا كان ممسوح الذكر مع الانثيين لا يبقى له اربة في النساء لان الاربة هي الحاجة اليهن وهي منتفية عنه والاستدلال بملك اليمين اوضح وقد روى الشيخ في الصحيح عن محمد بن اسمعيل قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن قناع النساء الحرائر من الخصيان فقال كانوا يدخلون على بنات ابي الحسن ولا يتقنعن ولا يخفى ما في دلالته على جواز النظر وان لم يكن صريحا لان الظاهر من التقنع هنا ستر الوجه منهم مع احتمال ارادة غيره والثاني المنع وهو الذي اختاره المص وقبله الشيخ في ف وبعده العلامة في كره لعموم المنع المستفاد من قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن وملك اليمين روى اصحابنا ان المراد به الاماء ولان محرميته ليست مؤبدة ولهذا لو باعته خرج عن الدلالة فكان كزوج الاخت وانما يفيد المحرمية من يحرم مؤبدا وقد روى الشيخ ايضا في الصحيح عن احمد بن اسحق عن الكاظم عليه السلام قال قلت له يكون للرجل الخصي يدخل على نسائه فيناولهن الوضوء فيرى شعورهن قال لا والشيخ حمل الخبر الاول على التقية من سلطان الوقت لانه روي ايضا في حديث اخر انه عليه السلام لما سئل عن ذلك فقال امسك عن هذا ولم يجب هو ظاهر في التقية والتحقيق في هذه المسئلة ان الاخبار الواردة في الخصي بخصوصه من الجانبين غير دالة على المطلوب لان الجواب هنا وقع بلا المنافية ونفي الفعل المخصوص اعم من تحريمه بل يجوز ان يكون لغرض اخر كالكراهة والتنزه وغيرهما وعدم التقنع غير صريح في كشف الوجه لهن وان كان ظاهره ذلك والامساك عن الجواب في الخبر الآخر يمكن كونه لعدم صلاحية الوقت له ولا يخرج من دلالته على التحريم والكراهة اذ لو لم يكن فيه رخصة لكان الواجب الجواب به على وجه يرفع الابهام وكونه للتقية غير جيد لانها مسئلة اجتهادية والمخالفون مختلفون فيها فمنهم من جوز له النظر وجعله محرما ومنهم من منع مطلقا ومنهم من فصل فحرم نظره الآن يكبر ويهرم وتذهب شهوته وهذا في الحقيقة في حكم القول بالمنع مطلقا لان الهرم البالغ هذا الحد يجوز النظر للفحل ايضا لدخوله في غير اولي الاربة ومع تحمل مثل هذا على التقية غير واضح لا ينبغي التعلق بها الا في المسائل التي اتفق عليها من خالفنا والا فلهم اسوة بمن وافق فينبغي التفطن لذلك في نظائر هذه المسئلة فانها كثيرة تراهم يحملون فيها الحكم على التقية مع اختلاف المخالفين فيها ومثل هذا لا يجوز العدول عن مدلول اللفظ بمجرد الاحتمال البعيد واما الاستدلال بعموم ولا يبدين زينتهن فاستدلال ببعض الجملة دون بعض وهذا غير جيد لان الاستثناء اخرج المتنازع وابعد منه الاستدلال بقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن واما حمل ملك اليمين على الاماء فهو في غاية البعد اما اولا فلدخولهن في نسائهن من قبل فلا وجه لاعادته وليس حكم الاماء من الامور المهمة في هذا الباب حتى يعاد ذكرهن للتاكيد بل امرهن اضعف من ذلك واما ثانيا فلاشتراك الاماء والحرائر في الجواز فلا وجه لتخصيصهن اصلا واما الاستدلال بان محرميته ليست دائمة ففيه انا لم نستدل بالمحرمية بل بملك اليمين فيتحقق حيث يتحقق ويزول حيث يزول ولا يبعد ذلك بعد وروده في القرآن العزيز ومن الجائز كونه رخصة وتخفيفا كما استثني من اظهار الزينة ما ظهر منها في الوجه والكفين الثانية في جواز نظر الخصي الى غير مالكته وفيه قولان ايضا ووجه الجواز والمنع قد ظهر مما قررناه في المسئلة السابقة فانه وان لم يدخل في ملك اليمين لكنه داخل في غير اولي الاربة من الرجال وقد قال ابن الجنيد في كتابه الاحمدي وقد روي عن ابي عبد الله عليه السلام وابي الحسن موسى عليه السلام كراهة رؤية الخصيان الحرة من النساء حرا كان او مملوكا وهذا يدل على حمل النهي السابق على الكراهة كما ذكرناه وعمم الحكم في غير المملوك لان الخصيان في الرواية ترجع معرفته العموم الشامل للحر والمملوك الناظر لمولاته وغيرها وزاد ابن الجنيد مرويا ايضا عن الصادق والكليني رحمه الله ذكر حديث محمد بن بزيع الصحيح ان الخصيان كانوا يدخلون

على بنات ابي الحسن ع ولا ينفعني وزاد فيه قلت فكانوا الخصيان قال لا قلت فالاحرار ينتفع منهم قال لا واعلم ان اطلاق الخصي يشمل من قطع خصيتاه ٣٢٨
وان بقي ذكره والاولى تخصيص محل الخلاف بمن قطع ذكره وخصيتاه معا كما قطع به في كره اما الخصي الذي بقي ذكره والمجبوب الذي بقي انثياه فكالفحل
قوله والاعمى لا يجوز للمراة هنا مسئلتان احديهما انه يحرم على الاعمى سماع صوت المراة لان صوتها عورة واطلاق الحكم يشمل ما اذا خاف الفتنة او تلذذ
وعدمه ويفيد تحريم سماع صوتها للمبصر بطريق اولى ولكنه لم يذكره في حكم المبصر واكتفى بالتنبيه عليه هنا ويشكل اطلاق الحكم فيهما لما في ذلك من
الحرج والضرر المنفي ولعدم دليل صالح عليه وكون صوتها عورة لا يدل على التحريم مطلقا وقيل انما يحرم سماع صوتها مشروطا بالتلذذ او خوف الفتنة
لا مطلقا وهو الجود وبه قطع في كره وينبغي لها ان تجيب المخاطب وقارع الباب بصوت غليظ ولا ترخم صوتها وفي قوله تعالى خطابا لنساء النبي ولا تخضعن في
القول فيطمع الذي في قلبه مرض تنبيه على الامرين معا وقد روى الصدوق ان امير المؤمنين ع كان يسلم على النساء وكان يكره ان يسلم على الشابة منهن وقال
اتخوف ان يعجبني صوتها فيدخل علي من الاثم اكثر مما اطلب من الاجر وفيه دليل على ما اخترناه واعلم ان القدر الذي يحرم سماعه منه يحرم عليها اسماعه
الاجنبي الثانية انه لا يجوز للمراة النظر الى الاعمى كالمبصر ووجهه عموم قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن الشامل لرؤية الاعمى والمبصر
وكان عليه ان يستثني منه ما استثنى من المبصر فانه استثنى منه الوجه والكفين بقوله سابقا وكذا المراة اي يحرم عليها النظر الى الرجل عدا الوجه
والكفين مرة لا ازيد الخ وقد روي ان ام سلمة قالت كنت انا وميمونة عند النبي ص فاقبل ابن ام مكتوم فقال احتجبا منه فقلنا انه اعمى فقال ص افعميا وان
انتما الستما تبصرانه قوله الوطي اختلف العلماء في وطي المراة في دبرها فقال اكثر الاصحاب كالشيخين والمرتضى وجميع المتاخرين انه جائز لكنه مكروه
كراهية شديدة وهو مذهب مالك بن انس من الفقهاء الاربعة على خلاف عنه ونقل جماعة من علماء الشافعية منهم الرافعي في الشرح الكبير عن ابن عبد
الحكم تلميذ الشافعي قال لم يصح عن النبي ص في تحليله ولا تحريمه شيء والقياس انه حلال ونقل ان بعض الشافعية اقام ما رواه ابن عبد الحكم عن الشافعي
قولا له وذهب جماعة من علمائنا منهم القميون وابن حمزة الى انه حرام وهو اختيار اكثر العامة وقد اختلفت الروايات فيه من طريق الخاصة واشهرها
ما دل على الجواز واختلفت ايضا من طريق العامة واشهرها عندهم ما دل على المنع وجملة ما دل على الحل ستة احاديث ثمانية من رواية الخاصة وواحد
من رواية العامة وجملة ما دل على المنع ثلثة عشر حديثا ثلثة من جهة الخاصة وعشرة من جهة العامة وجميع الاخبار من الجانبين ليس فيها حديث صحيح فلذا
اضربنا عن ذكرها من الجانبين نعم ادعى بعض اصحابنا منهم العلامة في لف وكره ان في احاديث الحل واحدا صحيحا وهو ما رواه الشيخ عن احمد بن محمد بن
عيسى عن معوية بن حكيم عن احمد بن محمد عن حماد بن عثمان عن عبد الله بن ابي يعفور قال سالت ابا عبد الله ع عن الرجل ياتي المراة في دبرها قال لا باس
به واضاف في كره اليه رواية علي بن الحكم عن صفوان قال قلت للرضا ع ان رجلا من مواليك امرني ان اسئلك عن مسئلة فهابك واستحيى منك ان
يسئلك قال وما هي قلت الرجل ياتي امراته في دبرها قال نعم ذلك له قلت له وانت تفعل ذلك قال لا انا لا نفعل ذلك فادعى في كره ان هذه
الرواية صحيحة ايضا وفي صحة السند فيهما نظر لان معوية بن حكيم وان كان ثقة جليلا روى عن الرضا ع كما نقله النجاشي الا ان الكشي قال انه
فطحي وابن داود ذكره في قسم الضعفاء لذلك والشيخ لم يتعرض له بمدح ولا قدح والحق انه لا منافاة بين القولين فان الحكم بكونه ثقة جليلا يروي
عن الرضا ع لا ينافي كونه فطحيا لان الفطحية يزيدون في الائمة عبد الله بن جعفر الصادق ع ويجعلون الامامة بعده لاخيه موسى ع ثم الرضا ع ولا ينافي
ذلك روايته عنه واما كونه ثقة جليلا فلا ينافي مجامعته للفطحية لان كثيرا منهم بهذا الوصف سيما بني فضال فعلى هذا ما انفرد به الكشي من الحكم بكونه
فطحيا لا معارض له حتى يطلب الترجيح واما الرواية الثانية فان علي بن الحكم مشترك بين ثلثة رجال احدهم علي بن الحكم الكوفي وهو ثقة والثاني علي
بن الحكم تلميذ ابن ابي عمير ذكره الكشي ولم يذكر له مدحا ولا ذما ونبه على ذلك جماعة والثالث علي بن الحكم بن زبير النخعي ذكره الشيخ في كتاب الرجال
ولم يتعرض له بمدح ولا ذم ايضا والرجل المذكور في الرواية يحتمل كونه كل واحد من هؤلاء فلا تكون الرواية صحيحة خصوصا الاولين فان طبقتهما واحدة
وروايتهما كثيرة ومجرد الظن بانه الاول من حيث ان احمد بن محمد يروي عنه كثيرا غير كاف في الحكم به فهذا ما يتعلق بحجية الاخبار في القولين على وجه
الاجمال وبقي للفريقين ايضا الاستدلال بالاية وهو قوله تعالى نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم انى شئتم فقال المجوزون في وجه الاستدلال بها ان كلمة انى
للتعميم في المكان بمعنى اين وهي تستدعي تعدد الامكنة يقال اجلس اين شئت وانى شئت وحيث كانت كك كانت الاية دليلا على جواز الاتيان في الدبر
اذ لا يتحقق تعدد المكان الا بذلك ويؤيد هذا ما رواه العامة عن ابن عباس ان سبب نزول هذه الاية ان عمر جاء الى النبي ص فقال يا رسول الله ص هلكت
وحكى وقوع هذا الفعل منه فانزل الله تعالى هذه الاية ووجه المانع من الاية ان الله تعالى جعلهن حرثا والحرث انما يؤتى للزرع ووجه التشبيه انهن يشبهن
الارض من حيث ان النطفة التي تلقى في ارحامهن للنسل كالبذر الملقى في الارض فيكون المعنى فاتوا حرثكم انى شئتم فاتوهن كما تاتون اراضيكم التي
تريدون ان تحرثوها من اي جهة شئتم بعد ان يكون المأتي واحدا وهو موضع الحرث ووجه التخيير في الجهة اي اتيان المراة من قبلها في قبلها او من دبرها
في قبلها ما روي في سبب النزول ان اليهود قالوا ان الرجل اذا اتى امراته من دبرها في قبلها كان ولدها احول فذكر ذلك لرسول الله ص فقال كذبت اليهود
ونزلت الاية ويؤيد ذلك ايضا قوله تعالى فاتوهن من حيث امركم الله فان المراد به القبل لان الدبر لا يؤمر به اجماعا وانما غايته الكراهة والامر تقتضي
الرجحان اولا وفي الاحتجاج من الجانبين بحث اما في الاول فلان كلمة انى وان وردت بمعنى اين المفيدة هنا لعموم المكان لكنها ترد بمعنى كيف
كما في قوله تعالى انى يكون لي غلام ومع هذا فتكون مشتركة بين المعنيين فلا تدل على المط لان عموم الكيفية لا يوجب تعدد الامكنة بل تعدد
الهيئات الشاملة لاتيانهن من قبل ومن دبر في القبل كما ورد في سبب النزول والمشترك لا يحمل على احد معنييه بدون قرينة والقرينة
هنا اما منتفية عن هذا المعنى او موجودة في الجانب الاخر بقرينة الحرث المقتضي للزرع وبقرينة قوله وقدموا لانفسكم فقد قيل ان

المراد منه طلب الولد وبقرينة ما قبله في الاية الاخرى وهو قوله فاتوهن من حيث امركم الله فان هذه الاية وقعت بعدها كالمبينة لها واما رواية ابن ٣٢٩
عباس في سبب النزول ففيها انها معارضة بما روي في سببه من قول اليهود وكلاهما مروي من طرق العامة ويزيد الثانية انها مروية من طرق الخاصة ايضا
ذكرها الشيخ في الصحيح عن معمر بن خلاد قال قال ابو الحسن ع اي شيء يقولون في اتيان النساء في اعجازهن قلت انه بلغني ان اهل المدينة لا يرون به باسا فقال
ان اليهود كانت تقول اذا اتى الرجل المراة من خلفها خرج ولده احول فانزل الله نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم انى شئتم من خلف او قدام خلافا لقول
اليهود ولم يعن في ادبارهن وهذا الحديث يؤيد ما ذكرناه من عدم دلالة الاية على الحل بل يرجح ارادة غيره وانما لم نذكره مع صحته من ادلة التحريم لانه انما
نفى دلالة الاية على الحل فانه ينفي دلالتها على الحل واما الدلالة فوجه المانع من حيث الاية فيمنع من كون الحرث انما يؤتى للزرع بل يجوز اتيانه لغيره كما هو
الواقع خصوصا مع وجود اللفظ الدال على التعميم على مدعى الخصم والامر بالاتيان من حيث امر الله ليس فيه ما يقتضي حصره فيه وانما خصه بموضع الامر في الاية
لما تقدم من المنع منه زمن الحيض فرفع ذلك المنع بعد الطهر بقوله فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله والاية الثانية التي هي موضع النزاع فيها تعميم زائد
على السابقة ان لم تكن بالمنصوصية على ما ادعاه المجوز والا فلا الاحتمال من حيث التعبير باللفظ المشترك المفيد للعموم في احد معنييه خصوصا عند من
اوجب حمل المشترك على جميع معانيه كالشافعي والمرتضى فانه يفيد تسويغ الاتيان في جميع الامكنة والكيفيات وبهذا ايضا قال بعض العلماء كالطبرسي
في المغني اين شئتم وكيف شئتم فجمع بينهما لذلك ولما كان حمل المشترك على معنييه او معانيه ليس مرضيا عند المحققين بقي الاشتباه في دلالة الاية
على الطرفين وكذا قد عرفت حال الرواية فيحتاج كل منهما في مطلوبه الى دليل خارجي قوله العزل المراد بالعزل ان يجامع فاذا جاء وقت انزال الماء نزع
فانزل الماء خارج الفرج وقد اختلفوا في جوازه وتحريمه فذهب الاكثر ومنهم المص الى جوازه على كراهية وتمسكوا في اصل الاباحة باصالة الجواز
وبصحيحة محمد بن مسلم قال سئلت ابا عبد الله ع عن العزل فقال ذاك الى الرجل يصرفه حيث شاء وبان حقها في الوطي دون الانزال ولهذا ينقطع المطالبة
بحق العنة وان لم ينزل وفي الكراهة بصحيحة محمد بن مسلم ايضا عن احدهما انه سئل عن العزل فقال اما الامة فلا باس واما الحرة فاني اكره ذلك الا ان
يشترط عليها حين تزوجها وذهب الشيخان وجماعة الى التحريم لما روي ان النبي ص نهى ان يعزل عن الحرة الا باذنها وعنه ص انه الوأد الخفي والمراد بالوأد
قتل الولد ولان حكمة النكاح الاستيلاد ولا يحصل غالبا مع العزل فيكون منافيا لغرض الشارع والجواب ان طريق الخبرين عامي ولم يثبت من اخبارنا ما يدل
على ازيد من الكراهة ومنافاته لغرض الشارع ممنوعة فان غرضه غير منحصر في الاستيلاد وقد ظهر من الخبر المعتبر في الحكم ان الحكم مختص بالزوجة الحرة مع عدم
الشرط وزاد بعضهم كونها منكوحة بالعقد الدائم وكون الجماع في الفرج وروى الصدوق والشيخ باسناد ضعيف عن يعقوب الجعفي قال سمعت ابا الحسن ع
يقول لا باس بالعزل في ستة وجوه المراة اذا ايقنت انها لا تلد والمسنة والمراة السليطة والبذية والمراة التي لا ترضع ولدها والامة ويظهر من الاخبار
ان النهي كراهة او تحريما لحكمة الاستيلاد وان الحق فيه للمراة ولهذا جاز مع الشرط فيزول النهي بالاذن وان لم يشترط وموضع النزاع اذا وقع النزع بقصد
فلو وقع لا بهذا القصد فاتفق الانزال انتفت الكراهة والتحريم اذا انفرد بذلك فلو عزل بدون الشرط والاذن لم يجب عليه للمراة شيء لاصالة البراءة خصوصا
على القول بالكراهة لانه فعل سائغ فلا يتعقبه ضمان ولقوله ع ذلك الى الرجل يصرفه حيث شاء وذهب جماعة منهم الشيخ والعلامة والشهيد الى وجوب
دية النطفة عشرة دنانير للمراة وان قلنا بالكراهة والمستند ما روي صحيحا عن علي ع من افزع مجامعا فعزل ... وهو استدلال بغير موضع
النزاع والملازمة بينهما ممنوعة والفارق موجود خصوصا على القول بالجواز ومنهم من حمل الدية هنا على الاستحباب وهو ضعيف ايضا لخروجه عن المتنازع
راسا ويظهر من المص هنا القول بوجوب الدية مع القول بالكراهة كقول الاولين وفي مختصره جعل الحكم بوجوبها مترتبا على التحريم وهو اوجه
قوله لا يجوز للرجل اه هذا الحكم موضع وفاق وبه حديث ضعيف السند ان صفوان بن يحيى سئل الرضا ع عن رجل يكون عنده المراة الشابة فيمسك عنها
الاشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الاضرار بها ايصيبه في ذلك اثم قال اذا تركها اربعة اشهر كان اثما بعد ذلك الا ان يكون باذنها وروت العامة ان
عمر سئل نساء اهل المدينة لما خرج ازواجهن الى الجهاد وسمع امراة تنشد ابياتا من جملتها فوالله لولا الله لا شيء غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه عن
اكثر ما تصبر المراة عن الجماع فقيل له اربعة اشهر فجعل المدة المضروبة للغيبة اربعة اشهر والمعتبر من الوطي الواجب ما اوجب الغسل وان لم ينزل في المحل المعهود
فلا يكفي الدبر وهل يختص بالدائم او يعم وجهان اجودهما الاول وقوفا على موضع اليقين واقتصارا على من يثبت لها حقوق الزوجية قوله الدخول بالمراة
لا خلاف في تحريم وطي الانثى قبل ان تبلغ تسعا ولا في تحريمها مؤبدا مع افضائها وانما الخلاف في تحريمها بمجرد الوطي من غير افضاء فقد ذهب الشيخ الى التحريم
استنادا الى روايات تدل باطلاقها عليه وهي مع ضعف سندها محمولة على الافضاء وقوفا على موضع الوفاق وتمسكا بصحة العقد وقد استندوا في
التحريم الى رواية زرارة عن الباقر ع قال لا تدخل بالجارية حتى تاتي لها تسع سنين او عشر سنين وفي خبر آخر ان الصادق ع قال للمولى له انطلق الى القاضي
فقل له قال رسول الله ص حد المراة ان تدخل بها على زوجها ابنة تسع سنين والمراد بالافضاء ان يصير مسلك البول والحيض واحدا باذهاب الحاجز
بينهما وقيل ان يصير مسلك الغائط والحيض واحدا وهو بعيد لبعد ما بين المسلكين وقوة الحاجز بينهما فلا يكاد يتفق زواله بالجماع ولو فرض
كان افضاء ايضا وحيث يحرم عليه مؤبدا بالافضاء لا تخرج من حبال النكاح بل يبقى على الزوجية ولا منافاة بينه وبين التحريم وافضل لها من احكام الافضاء
على ما ذكره وبقية احكامها تذكر في باب الديات قوله يكره للمسافر اه اي يدخل اليهم من السفر ليلا بل ينبغي ان ينام خارج داره ثم يدخل نهارا ولا فرق
في الكراهة بين ان يعلمهم بذلك قبل الليل وعدمه للعموم وقيل تخص الكراهة بعدم الاعلام والمستند قوله ص يكره للرجل اذا قدم من سفر ان
يطرق اهله ليلا حتى يصبح والمراد بالاهل من في داره اعم من الزوجة واطلاق الخبر يشمل جميع الليل مع احتمال اختصاصه بما بعد مبيتهم عادة نظرا الى
الطرق ويؤيده رواية جابر قال كنا مع النبي ص في غزوة فلما قدمنا ذهبنا لندخل فقال امهلوا حتى ندخل ليلا اي عشاء لكي تمتشط الشعثة وتستحد

المعينة قوله في خصايص النبي ص قد جرت عادة الفقهاء بذكر خصايصه عن غيره في كتاب النكاح لان خصايصه فيه اكثر واشهر فاتبعوها الباقي لمناسبة وقد
ذكر منها المص خمسة عشر شيا ستة في النكاح وتسعة في غيره فالاول من القسم الاول الزيادة على اربع نسوة في النكاح الدائم وانه مات عن تسعة نسوة عايشة
وحفصة وام سلمة المخزومية وام حبيبة بنت ابي سفيان وميمونة بنت الحرث الهلالية وجويرية بنت الحرث الخزاعية وسودة بنت زمعة وصفية بنت
حي بن اخطب الخيبرية وزينب بنت جحش وجميع من تزوج بهن خمس عشرة وجمع بين احدى عشرة ودخل بثلث عشرة وفارق امرايهن في حياته احدها الكلبية
التي راى بكشحها بياضا فقال الحقي باهلك والاخرى التي تعوذت منه بخديعة الاوليين حسدا لها وقال ابو عبيدة تزوج النبي ص ثماني عشرة و
من الاماء ثلثا وعلل جواز تجاوزه الاربع بامتناع الجور عليه لعصمته وهو منتقض بالامام عند من شرط عصمته وبظاهر قوله تع انا احللنا لك ازواجك
الاية وهل كان له الزيادة على تسع قيل لا لان الاصل استواء النبي ص والامة في الحكم الا انه ثبت جواز تزويج التسع بفعله ص والاولى الجواز مطلقا لما ذكر
من العلة وما ثبت من انه جمع بين احدى عشرة الثاني العقد بلفظ الهبة لانه تع قال وامراة مومنة ان وهبت نفسها للنبي الاية ولا يلزم بها مهر ابتداء ولا
بالدخول كما هو قضية الهبة وكما يجوز وقوع الايجاب منها بلفظ الهبة كما هو مقتضى الاية يجوز وقوع القبول منه كذلك لان مورد سماعه ان يكون
لنطا بقا وقال بعض العامة يشترط لفظ النكاح من جهته ص لظاهر قوله تع ان يستنكحها ولا دلالة فيه لان نكاحه بلفظ الهبة يتحقق الثالث وجوب
تخيير نسائه بين ارادته ومفارقته لقوله تع يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا
جميلا الى قوله اجرا عظيما والاصل فيه ما روي عن تخييرهن التعبير بما اثره من الفقر والصبر عليه وطلب في بيته الحيوة الدنيا منه مع كراهته لذلك فغضب
عليهن والى منهن شهرا فمكث معتزلا عنهن في غرفة فنزلت هذه الاية يا ايها النبي قل لازواجك الاية فخيرهن مبتديا بعايشة فاخترن الله
ورسوله وهذا التخيير عند العامة القائلين بوقوع الطلاق بالكناية كناية عن الطلاق قال بعضهم انه صريح فيه وعندنا ليس له حكم بنفسه بل
ظاهر الاية ان من اختارت الحيوة الدنيا وزينتها يطلقها لقوله وان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا
الرابع تحريم نكاح الاماء عليه بالعقد وعلل بان نكاحها مشروط بالخوف من العنت وهو ص معصوم وبفقدان طول الحرة ونكاحه مستغن عن المهر
ابتداء وانتهاء وبان من نكح امة كان ولده منها رقيقا عند جماعة ومنصبه منزه من ذلك وبان كون الزوجة مملوكة للغير محكوما عليها للغير الزوج من ذل
فلا يليق ذلك بمنصبه وفي كل واحدة من هذه العلل نظر لان الاولى منقوضة بالامام والثانية بامكان فقدان الطول بالنسبة الى النفقة
وان انتفى المهر عنه وبالمنع من كون ولد الامة رقيقا مطلقا لانه عندنا يتبع اشرف الطرفين ويمنع رد التزويج بامة الغير مطلقا وجوز بعض العامة نكاح
الامة المسلمة بالعقد كما يحل بالملك لضعف المانع ولكن الاكثر على المنع واما وطي الاماء بملك اليمين فكان سايغا له مسلمة كانت او كتابية لقوله تع
وما ملكت ايمانكم وما ملكت يمينك وملك مارية القبطية وكانت مسلمة وملك صفية وهي مشركة فكانت عنده الى ان اسلمت فاعتقها
وتزوجها الخامس والسادس تحريم الاستبدال بنسائه اللواتي كن عنده وقت نزول هذه الاية لا يحل لك النساء من بعد ولا ان تبدل بهن من ازواج
ولو اعجبك حسنهن الاية وكذا تحريم الزيادة عليهن للاية قيل كان ذلك مكافاة لهن على حسن صنيعهن معه حيث امر بتخييرهن في فراقه والاقامة معه
على الضيق الدنيوي فاخترن الله ورسوله والدار الاخرة واستمر ذلك الى ان نسخ بقوله تع في الاية السابقة عليها انا احللنا لك ازواجك الاية ليكون
لتكون المنة له بترك التزويج عليهن قال بعض العامة ان التحريم لم ينسخ وفي اخبارنا ما عكس ذلك وان التحريم المذكور لم يقع ولا هذه المخصوصة له حلت
في وقت ابدا روى الحلبي في الصحيح عن ابي عبد الله ع في حديث طويل في اخره قلت قوله تع لا يحل لك النساء من بعد قال انما عنى به النساء اللاتي
حرم عليه في هذه الاية حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم الى اخر الاية ولو كان الامر كما يقولون كان قد احل لكم ما لم يحل له ان احدكم يستبدل كلما اراد
ذلك ولكن الامر ليس كذلك كما يقولون ان الله عز وجل احل لنبيه ما اراد من النساء الا ما حرم عليه في هذه الاية التي في النساء ومثله روي عن الباقر
قوله ومنها خارج عن النكاح اه هذا هو القسم الثاني من خواصه في غير النكاح وهو كثير ذكر المص منه تسعة اشياء الاول وجوب السواك الثاني وجوب
الوتر الثالث وجوب الاضحية روي عنه ص انه قال ثلث كتبت علي ولم تكتب عليكم السواك والوتر والاضحية وفي حديث اخر كتب علي الوتر ولم يكتب
عليكم وكتب علي السواك ولم يكتب عليكم وكتب علي الاضحية ولم تكتب عليكم وبعض العامة منع من وجوب الثلثة عليه مع ورود هذه الروايات من
جانبهم وكذا اولى بذلك منه الرابع قيام الليل والتهجد فيه لقوله تع ومن الليل فتهجد به نافلة لك اي زيادة على الفرايض وقال بعض الشافعية
ان ذلك نسخ عنه وقال اخرون ان ذلك كان واجبا عليه وعلى امته ثم نسخ واعلم ان بين قيام الليل وبين الوتر الواجبين عليه مغايرة العموم و
الخصوص المطلق لان قيام الليل بالتهجد يحصل بالوتر وبغيره فلا يلزم من وجوبه وجوبه واما الوتر فلما كان من العبادة الواقعة بالليل فهو من جملة
التهجد بل افضله وقد يقال ان ايجابه يغني عن ايجاب قيام الليل وجوابه ان قيام الليل وان تحقق بالوتر لكنه بمفهومه مغاير لمفهومه لانا لو لحظنا التهجد
لما كان يتادى به وبغيره وبالكثير منه والقليل كان كل فرد يأتي به منه موصوفا بالوجوب لانه احد افراد الواجب الكلي وهذا القدر لا يتادى بايجاب
الوتر خاصة ولا يفيد فائدته فلا بد من الجمع بينهما الخامس تحريم الصدقة الواجبة عليه وهي الزكوة المفروضة قال ص انا اهل بيت لا تحل لنا الصدقة
الواجبة لما فيه من الضعة المنافية لمنصبه الشريف عن اوساخ الناس التي تعطى على سبيل الترحم وتنبئ عن ذل الاخذ وابدل بها الفيء الذي يوخذ على سبيل
القهر والغلبة المنبئ عن ذل الماخوذ منه وعز الاخذ وشاركه اولو القربى له في تحريمها لا بقدح في الاختصاص به لان تحريمها عليهم بسببه فالخاصة
عائدة اليه ص مع انها لا تحرم عليهم مطلقا بل من غير الهاشمي مع وفاء نصيبهم من الخمس بكفايتهم واما عليه ص فانها تحرم مطلقا ولعل هذا اولى من الجواب
السابق لان ذلك مبني على مساواتهم له في ذلك كما تراه العامة فاشتركوا في ذلك الجواب والجواب الثاني يختص بقواعدنا وفي تحريم الصدقة

المندوبة في حقه ص خلاف والتحريم اقوى وقد تقدم الكلام عليه في باب الصدقة السادس تحريم خائنة الاعين عليه وهو الغمز بها بمعنى الايماء بها الى مباح
من قتل او ضرب على خلاف ما يظهر ويشعر به الحال قال ص ما كان لنبي ان يكون له خائنة الاعين وانما قيل لها ذلك لانه يشبه الخيانة من حيث انه يخفى ولا يحرم
ذلك على غيره الا في محظور والاشهر ان ذلك مختص بغير حالة الحرب فقد تقدم ان النبي ص كان اذا اراد سفرا ورى بغيره وبعضهم طرد الحكم فيه والتورية
اللفظية عن خائنة الاعين السابع اباحة الوصال المحرم على غيره وقد مر تحقيقه في الصوم وانه يتحقق بامرين احدهما الجمع بين الليل والنهار في الامساك
من يوم الصوم بالنية والثاني تاخير عشائه الى سحوره بالنية كذلك بحيث يكون صايما مجموع ذلك الوقت والوصال بمعنييه محرم على امته
ومباح له والاصل فيه انه نهى عن الوصال وقيل له انك تواصل قال اني لست كاحدكم اني اظل عند ربي يطعمني ويسقيني وفي رواية اني ابيت عند ربي
فيطعمني ويسقيني ومعناه يقويني ويغذيني بوحيه ويغنيه به عن الاكل والشرب لا انه يطعمه ويسقيه على الحقيقة والا لم يكن مواصلا واعلم انه قد يتر
في كون الوصال هنا بتفسيره غريب فقال ومعناه ان يطوي الليل بلا اكل ولا شرب مع صيام النهار الا ان يكون صايما لان الصوم في الليل لا ينعقد
بل اذا دخل الليل صار الصايم مفطرا اجماعا هذا كلامه وليس بجيد لان الاكل في الليل ليس بواجب وقد صرح به هو في المنتهى فقال الواصل من
الطعام يومين لا بنية الصيام بل بنية الافطار فيه تردد فالاقوى عدم التحريم وعلى ما ذكره هنا لا فرق بينه وبين غيره بل المراد منه الصوم فيهما معا
بالنية فان هذا الحكم مختص به محرم على غيره ولو من الاولياء والابدال يمسكون عن الطعام والشراب الايام الكثيرة لمصالح تعود على رياضتهم
وتكميل نفوسهم من غير ان يجعلوه صوما ووصالا الا محرما الثامن انه تنام عينه ولا ينام قلبه قال ص تنام عيناي ولا ينام قلبي بمعنى بقاء التحفظ والاحساس
وعلى هذا فلا ينتقض وضوؤه بالنوم فيحصل باعتباره خاصة اخرى له ص وقد صرح ابض في خواصه التاسع انه كان يبصر وراءه كما يبصر امامه بمعنى
التحفظ والاحساس في الحالين كما تقدم قوله وذكر اشياء اه قد ذكر العلماء له ص خصايص كثيرة غير ما ذكره المص حتى افردها بعضهم بالتصنيف
في كتاب ضخم والعلامة في كرة ذكر منها ما يزيد على سبعين فمنها انه كان اذا رغب في نكاح امراة فان كانت خلية وجب عليها الاجابة وحرم على غيره
خطبتها وان كانت ذات زوج وجب عليه طلاقها لينكحها كقضية زيد ومنها وجوب انكار المنكر اذا راه واظهاره ومشاورة اصحابه في الامر وتحريم
الخط والشعر عليه واختلف في انه كان يحسنهما ام لا وانه كان اذا لبس لامة الحرب يحرم عليه نزعها حتى يلقى عدوه ويقاتل وان يمد عينه الى ما متع الله به
الناس وابيح له دخول مكة من غير احرام خلافا لامته وان ياخذ الطعام والشراب من المالك وان اضطر اليهما وتفضيل زوجاته على غيرهن بان جعل ثوابهن
وعقابهن على الضعف وجعلهن امهات المؤمنين وحرم ان يسالهن غيرهن شيا الا من وراء حجاب وبانه ص خاتم النبيين وامته خير الامم ونسخ بشريعته
جميع الشرايع وجعلها مؤبدة وبعث الى الكافة وجعل كتابه معجزا ومحروسا عن التحريف محفوظا ابدا مصونا عن التبديل والتغيير ونصره بالرعب على مسيرة شهر
وشفعه في اهل الكباير من امته على العموم وجعله اول شافع ومشفع وسيد ولد ادم الى يوم القيمة واول من تنشق الارض عنه واول من يقرع باب
الجنة واكثر الانبياء تبعا وجعل تطوعه قاعدا كتطوعه قائما من غير عذر ويحرم على غيره رفع صوته عليه ومناداته من وراء الحجرات ومخاطبة المصلي
بقوله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته الى غير ذلك من الخصايص قوله تحريم زوجاته اه من جملة خواصه ص تحريم ازواجه من بعده على غيره
لقوله تع وما كان لكم ان تؤذوا رسول الله ولا ان تنكحوا ازواجه من بعده ابدا وهي متناولة بعمومها لمن مات عنها من ازواجه سواء كان مدخولا بها ام لا
لصدق الزوجية عليها ولم يمسه عن زوجته في عصمته الا مدخولا بها ونقل المص الاجماع على تحريم المدخول بها والخلاف في غيرها ليس بجيد لعدم
الخلاف اولا وعدم الفرض الثاني ثانيا وانما الخلاف فيمن فارقها في حيوته بفسخ او طلاق كالتي وجد بكشحها بياضا والمستعيذة فان فيه اوجها احدها
تحريمها لصدق نسبتها زوجيتها اليه ص بعد الفراق في الجملة فتدخل في عموم الاية والثاني انها لا تحرم مطلقا لانه يصدق في حينه انه ليس بعث
زوجته الان ولا عراضه عنها وانقطاع اعتنائه بها والثالث ان كانت مدخولا بها حرمت والا فلا لما روي ان الاشعث بن قيس نكح المستعيذة
في زمن عمر فهم برجمهما فاخبر ان النبي ص فارقها قبل ان يمسها فخلاهما ولم ينكر عليه احد من اصحابه وذكر الكليني في الحسن عن عمر بن اذينة في حديث طويل
ان النبي ص فارق المستعيذة وامراة اخرى من كندة قالت لما مات ولده ابراهيم لو كان نبيا لما مات ابنه فتزوجتا بعده باذن الاولين وان ابا جعفر
قال ما نهى الله عز وجل من شيء الا وقد عصي فيه وقد نكحوا ازواج رسول الله ص من بعده وذكر هاتين العامرية والكندية ثم قال ابو جعفر لو سالتم
عن رجل تزوج امراة ثم طلقها قبل ان يدخل بها اتحل لابنه لقالوا لا فرسول الله اعظم حرمة من ابائهم وفي رواية اخرى عن زرارة عنه نحوه وقال
في حديثه وهم يستحلون ان يتزوجوا امهاتهم وان ازواج النبي ص في الحرمة مثل امهاتهم ان كانوا مؤمنين اذا تقرر ذلك فنقول تحريم ازواجه لما ذكرنا
من النهي المؤكد عنه في القران لا لتسميتهن امهات المؤمنين في قوله تع وازواجه امهاتهم ولا لتسميته ابا لان ذلك وقع على وجه المجاز لا الحقيقة
كناية عن تحريم نكاحهن ووجوب احترامهن ومن ثم لم يجز النظر اليهن ولا الخلوة بهن ولا يقال لبناتهن اخوات المؤمنين لانهن لا يحرمن على المؤمنين فقد زوج
رسول الله ص فاطمة بعلي ع واختيها رقية وام كلثوم عثمان وكذا لا يقال لابائهن وامهاتهن اجداد المؤمنين وجداتهم ولا لاخوانهن واخواتهن اخوال
المؤمنين وخالاتهم وللشافعية وجه ضعيف في اطلاق ذلك كله وهو في غاية البعد قوله من الفقهاء اه اختلف الفقهاء في ان النبي ص هل يجب عليه
القسمة بين نسائه بمعنى انه اذا بات عند واحدة منهن ليلة وجب عليه ان يبيت عند الباقيات كل ام لا يجب فذهب بعضهم لا يجب عليه ذلك لقوله تع
ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ومن ابتغيت ممن عزلت فلا جناح عليك ومعنى ترجي تؤخر وتترك ايواءه اليك ومضاجعته بترك قسمه
وهو قوله وتؤوي اليك من تشاء اي تضمه اليك وتضاجعه ثم لا يتعين ذلك عليك بل لك بعد الارجاء ان تبتغي من عزلت فاشتد
وتؤويه اليك وهذا ظاهر في عدم وجوب القسمة عليه ص حتى روي انه بعد نزول الاية ترك القسمة لجماعة من نسائه واوى اليه جماعة منهن معينات

٤٣٢ وقال الاخرون بل يجب عليه القسمة كغيره لعموم الادلة الدالة عليها ولانه لم يزل يقسم بين نسائه حتى كان يطاف به وهو مريض عليهن ويقول هذا قسمي فيما املك وانت اعلم بما لا املك يعني قلبه والمص استضعف الاستدلال بالاية على عدم وجوب القسمة بانه كما يحتمل ان يكون المشية في الارجاء والايواء متعلقة بجميع نسائه يحتمل ان تكون متعلقة بالواهبات انفسهن خاصة فلا يكون دليلا على التخيير مط وح فيكون ذلك اختيارا لقول ثالث وهو وجوب القسمة لمن تزوجهن بالعقد وعدمها لمن وهبت نفسها وفي هذا التقرير نظر لان ضمير الجمع المؤنث في قوله ومن ابتغيت لا يصح عوده للواهبات لانه لم يتقدم ذكر الهبة الا لامراة واحدة وهي قوله وامراة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها فوحد ضمير الواهبة في مواضع من الاية ثم عقبه بقوله تعالى ترجي من تشاء منهن فلا يحسن عوده الى الواهبات اذ لم يسبق لهن ذكر على سبيل الجمع بل الى جميع الازواج المذكورات في هذه الاية وهي قوله تعالى يا ايها النبي انا احللنا لك ازواجك اللاتي اتيت اجورهن وما ملكت يمينك مما افاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك وامراة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي الاية ثم عقبها بقوله ترجي من تشاء منهن الاية وهذا ظاهر في عود ضمير النسوة المخير فيهن الى من سبق من ازواجه جمع وايضا فان النبي لم يتزوج بالهبة الا امراة واحدة على ما ذكره المفسرون والمحدثون وهو المناسب لسياق الاية فكيف يجعل ضمير الجمع عائدا الى الواهبات وليس له منهن الا واحدة ثم لو تنزلنا وسلمنا جواز عوده الى الواهبات لما جاز حمله عليه بمجرد الاحتمال مع وجود اللفظ العام الشامل لجميعهن وايضا فان غاية الهبة ان تزويجه ص يصح بلفظ الهبة من جانب المراة او من الطرفين على ما مر من الخلاف وذلك لا يخرج الواهبة عن ان تكون زوجة فيلحقها ما يلحق غيرها من ازواجه لانها تصير بسبب الهبة بمنزلة الازواج فتخصيص الحكم بالواهبات لا وجه له اصلا وقد نظر بعض العلماء في احكام تزويجه ومخالفته لغيره نظرا مع ما فيه اقرب مما ذكره المص فبنى الحكم بوجوب القسمة وعدمها على ان النكاح في حقه هل هو كالتسري في حقنا ام لا من حيث النظر الى عدم انحصار ازواجه في عدد وانعقاد نكاحه بلفظ الهبة وبغير ولي ولا شهود وفي الاحرام كما نقل انه نكح ميمونة محرما وهذا يدل على الاول فلا يجب القسمة عليه وان كان نكاحه على حقيقته وجب والحق الرجوع في مثل ذلك الى النص وترك ما هو عين النزاع او مصادرة على المط والذي يستفاد من ظاهر الاية عدم وجوب القسم عليه مط وفعله لها جاز كونه بطريق التفضل والانصاف وجبر القلوب كما قال تعالى ذلك ادنى ان تقر اعينهن ولا يحزن ويرضين بما اتيتهن كلهن والله اعلم قوله والعبارة عن الايجاب اه لا خلاف في الاكتفاء في الايجاب باحدى الصيغتين الاولتين وقد ورد القران بهما في قوله تعالى فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها وفي قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء فان المراد منه العقد هنا قطعا للاجماع على تحريم من عقد عليها الاب على ابنه وان لم يدخل واما متعتك ففي الانعقاد به قولان احدهما وهو اختيار المص الانعقاد به كالاولين لان لفظ المتعة من الفاظ النكاح لكونه حقيقة في النكاح المنقطع فهو من الالفاظ الصريحة في النكاح في الجملة وكون الاجل جزء مفهومه فيكون اطلاقه على المجرد عنه استعمالا في غير ما وضع له الذي هو علامة المجاز لا يقدح والا لقدح فيه لفظ زوجتك ايضا لانه مشترك بين الدائم والمنقطع فاستعماله في الدائم استعمال في غير موضوعه وكما ان الدائم لا يستفاد من زوجتك الا بضميمة تجرده عن الاجل فكذا يستفاد بمتعتك وثانيا ان جماعة من الاصحاب يقولون بانه متى اخل في المتعة بذكر الاجل انقلب دائما وبه رواية وذلك دليل على انعقاده بهذا اللفظ وفيه نظر لان غاية ما ذكروه ان اطلاق هذا اللفظ على الدائم مجاز اما اولا فلان المتبادر منه المنقطع كما هو معلوم واما ثانيا فلما تذكره من افتقاره الى القرينة وهي عدم ذكر الاجل واما ثالثا فلان الاجل اذا كان جزء مفهومه فاستعماله بدونه استعمال في غير ما وضع له والتجوز في العقود اللازمة توسع لا يرتضيه والفرق بينه وبين زوجتك واضح لان زوجتك حقيقة في القدر المشترك بين الامرين او مشترك بينهما اشتراكا لفظيا ودال على النقدين فاستعماله في كل منهما بطريق الحقيقة بخلاف اللفظ الاخر الذي قد اعترفوا بمجازيته وقد ظهر من ذلك دليل القول الاخر وهو انه لا ينعقد به كما ذهب اليه الاكثر لانه حقيقة في المنقطع فيكون مجازا في الدائم والعقود اللازمة لا تقع بالالفاظ المجازية خصوصا النكاح فانه مبني على الاحتياط وفيه شوب من العبادات المتلقاة من الشارع ولاصالة تحريم الفرج فيستصحب الى ان يثبت سبب الحل شرعا ولا ريب ان هذا اولى على قواعد الفقهاء حيث عينوا للعقود اللازمة الفاظا خاصة ويعتبر فيها على المطابقة بخلاف العقود الجائزة والذي يظهر من النصوص ان الامر اوسع من ذلك كله وقد اشرنا الى بعضها فيما تقدم قوله والقبول اه المعتبر من لفظ القبول ما دل صريحا على الرضا بالايجاب سواء وافقه في لفظه ام خالفه مع اتفاق المعنى ولو اقتصر على لفظ قبلت صح ايضا عندنا لانه صريح في الرضا بالايجاب فان معناه قبلت التزويج كما لو قال وهبتك فقبلت وكذا غيرها من العقود وخالف في ذلك بعض الشافعية فمنع من انعقاده بمجرده لانه كناية لا صريح فيه كما لو قال زوجتكها فقال قبلت ورد بمنع عدم صراحته لان الغرض من الالفاظ الدالة على الارادة ولفظ قبلت صريح في الدلالة عليها والشبهة انما هي فيما لو قال قبلت التزويج او النكاح ولم يضفه اليها لاحتمال ارادة غير التزويج الخ وتندفع بان اللام ظاهرة في المعهود الخارجي مضافا الى ما سلف فلا يضر هنا اولى قوله ولا بد من وقوعهما بلفظ الماضي اه المشهور بين علمائنا خصوصا المتاخرين منهم انه يشترط في عقد النكاح وغيره من العقود اللازمة وقوعه بلفظ الماضي لانه دال على صريح الانشاء المطلوب في العقود بخلاف صيغتي المضارع والامر فانهما ليسا موضوعين للانشاء ولاحتمال الاول الوعد ولان العقد مع الاتيان باللفظ الماضي متفق على صحته وغيره مشكوك فيه فيقتصر على المتيقن ولان تجويز غيره يؤدي الى انتشار الصيغة وعدم وقوفها على قاعدة فيصير العقد اللازم مشبها للاباحة والعقود اللازمة موقوفة على ثبوت اذن الشارع لانها اسباب توقيفية فلا يجوز فيها ولا ريب ان ما ذكروه اولى واحوط بمعنى الاقتصار عليه ابتداء الا ان دليله غير واضح من غير جهة الاحتياط لان المقصود من العقد لما كان هو الدلالة على القصد الباطني وكان المعتبر انما هو القصد واللفظ كاشف كما اعترفوا به فكل لفظ دل عليه ينبغي اعتباره وانحصار الدلالة فيما ذكر ممنوع ودعواهم ان الماضي صريح في الانشاء دون غيره ممنوع ايضا لان الاصل في الماضي ان يكون اخبارا لا انشاء

وانما التزموا

٤٣٣ وانما التزموا بجعله انشاء بطريق النقل والا فاللفظ لا يفيده كما حققوه في الاصول فاللفظ بمجرده محتمل للاخبار والانشاء وانما يتعين لاحدهما بقرينة خارجية وهو مناف للصريح ومع افتقاره الى القرينة يمكن ذلك في غيره من صيغة الامر وغيرها وايضا فان الامر بعض افراد الانشاء فكان اولى به خصوصا مع دلالة القرينة على ارادته ولانه وجوب الاقتصار على المتيقن اذا دل الدليل على غيره فان المعتبر ظهور رجحان الحكم وان لم يبلغ حد اليقين وقد بنا في [illegible] على المتيقن الاحتياط كما اذا وقعت صيغة العقد باحدى العبارات المفيدة له التي وقع النزاع فيها واصر الزوج على البقاء على العقد فان الحكم بنفي الزوجية بينهما وتزويجها بغيره خروج من اليقين الى الشك ووقوع في الخطر المنافي لما قالوه من ابتناء الفروج على الاحتياط وان كان الاقتصار في الاصل على [illegible] اولى واما التحفظ عن الاشتمار فهو متحقق على التقديرين لانا نعتبر اللفظ الدال على القصد الباطني لا مطلق اللفظ ومن اعتبر الالفاظ المنقولة عن النبي والائمة فهو في ذلك يجد الامر اوسع مما قالوه وسنسمع بعضه في قوله ولو اتى الى قوله وهو دال على انعقاد الدائم بلفظ التمتع لما اشترط في صحة ايقاعهما بلفظ الماضي وبين وجه الاشتراط اتبعه بمسئلتين ورد النص فيهما بجواز وقوعه بغير لفظ الماضي احديهما وقوعه بلفظ الامر اذا قصد به الانشاء كما ورد في خبر سهل الساعدي المشهور بين العامة والخاصة ورواه كل منهما في الصحيح وهو ان امراة اتت رسول الله صلعم وقالت يا رسول الله وهبت نفسي لك وقامت قياما طويلا فقام رجل وقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك فيها حاجة فقال رسول الله هل عندك من شيء تصدقها اياه فقال ما عندي الا ازاري هذا فقال رسول الله صلعم ان اعطيتها ازارك جلست لا ازار لك التمس ولو خاتما من حديد فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلعم هل معك من القران شيء قال نعم سورة كذا وسورة كذا السور سماها فقال رسول الله صلعم زوجتك بما معك من القران وورد الخبر بالفاظ اخر متقاربة مشتركة في المقصود هنا وفيه دلالة على احكام كثيرة منها موضع النزاع وهو ان القبول وقع من الزوج بلفظ الامر وقدمه على النبي ص وفيه مع ذلك تخلل طويل بين الايجاب والقبول والعمل بمضمونه في الاكتفاء بالقبول يوجب العمل بالباقي والمجوز لذلك قال المتخلل كله من مصلحة العقد فلا يضر بخلاف تخلل الكلام الاجنبي وذهب جماعة من الاصحاب منهم ابن ادريس والعلامة في احد قوليه الى عدم الصحة لذلك واختلفوا في تنزيل الخبر فنزله الشهيد في شرح الارشاد على ان الواقع من النبي قام مقام الايجاب والقبول معا لثبوت الولاية المستفادة من قوله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وفيه نظر لان الولي المتولي للعقد عنهما يعتبر وقوع كل من الايجاب والقبول منه على حدة ولا يكتفي احد من الفقهاء بلفظ واحد عنهما منه وهو موضع وفاق ولا ضرورة الى حمل ذلك من خصوصيات النبي صلعم مع وجود القبول اللفظي وقول جماعة من العلماء به ومنهم من نزله على ان يكون الزوج قبل باللفظ بعد ايجاب النبي ص وان لم ينقل وفيه ان المعلوم وقوع ذلك التزويج والمنقول وغيره ليس بمعلوم والاصل عدمه ولان العامة والخاصة رووا الخبر بطرق مختلفة والفاظ متغايرة لم يتعرض احد منهم لقبول الزوج بعد ذلك والظن يغلب على عدم وقوعه والا لنقل ولا ضرورة لنا الى العمل بالظن مع وجود الاصل الدال على عدمه واما القول بان الاكتفاء بالقبول السابق يستلزم تخلل كلام طويل بين الايجاب والقبول وانه ليس في الخبر الهاشميات امرتها باللفظ المذكور وان قبوله السابق لم يكن مطابقا لما وقع في الايجاب من تزويجه على ما معه من القران فقد عرفت جوابه فان المعهود من عقود النبي ص والائمة المنقولة عنهم خصوصا عقد الجواد على ابنة المامون يؤذن باغتفار مثل ذلك مما يتعلق بمصلحة العقد وليس على اعتبار المقارنة المحضة دليل صالح والقدر المعلوم اعتباره ان يعد القبول جوابا للايجاب ويظهر من كثرة جواز التراخي بين الايجاب والقبول بازيد من ذلك فانه اعتبر في الصحة وقوعهما في مجلس واحد وان تراخى احدهما عن الاخر والظاهر من حال الخبر الاقتصار في العقد على ما وقع فيه لان جميع العلماء يروونه ويحتجون به على احكام كثيرة يتعلق به كجواز جعل القران مهرا وجواز تقديم القبول وجواز وقوعه بصيغة الامر وجواز تزويج النبي ص المراة بغير اذنها الى غير ذلك من الاحكام المترتبة على كونه عقدا ولان ذلك لو قدح لزم عدم الوثوق بشيء من العقود المنقولة من جهة الشارع لانهم لم يصرحوا بانه لا اثر عليها مع امكان تجديدها بعد ذلك كما ذكروه هنا ولما كان المعتبر من القبول اللفظ الدال على القصد الباطني وكان الواقع من سهل الرضا بتزويجها خصوصا على الحالة التي وقعت بالقران كان اللفظ السابق مع عدم تجديده ما ينافيه دليلا على الرضا بما وقع اخيرا لانه وقع مطابقا للواقع اخيرا وغيره الثانية وقوعه بلفظ المستقبل بان قال الزوج اتزوجك قريبا من الانشاء فقالت زوجتك وقد ذهب المص وجماعة الى صحته لان اللفظ المذكور اذا اقترن بقصد الانشاء يصير صريحا في المط ويؤيده رواية ابان بن تغلب في المتعة اتزوجك متعة فاذا قالت نعم فهي امراتك واذا كان ذلك صالحا للمتعة فهو صالح للدوام للنص الدال على انقلاب المتعة دائما بالاخلال بالاجل فيدل على صلاحية هذا اللفظ للدوام وهو معنى قول المص ولو لم يذكر الاجل انقلب دائما وهو دال على انعقاد الدائم بلفظ التمتع وكانه جواب عن سؤال مقدر بان يقال لا يلزم من وقوع المتعة بصيغة المستقبل وقوع الدائم به لما بينهما من الاختلاف فاجاب بان لفظ التزويج صالح لهما وانما يتميزان بذكر الاجل وعدمه ولهذا نصوا على انه لو قصد المتعة واهمل ذكر الاجل انقلب دائما فدل على اشتراكهما في اللفظ الدال على العقد بل يدل على جواز ايقاع الدائم بلفظ التمتع كما مر وح فيلزم من صحة عقد التمتع به صحة الدائم ويظهر من المص انه لم يستند في الحكم بالصحة الى رواية ابان لانه حكم بالجواز ثم قال في رواية ابان الخ فجعلها شاهدا لا مستندا كما لا يخفى وح فلا يرد عليه ما قيل من ضعف سندها فلا تصلح للدلالة ومن منع انقلاب التمتع دائما مط وسياتي ان شاء الله هذا يرد على من جعلها مستند الحكم وليس بلازم للمص واما ما قيل من انه يلزم من صحة العقد بهذا اللفظ صحته بلفظ نعم ايجابا لان نعم في جواب القبول لا يكون ايجابا وذلك باطل قطعا ففيه انه مصادرة لان القائل بذلك يجعل نعم ايجابا لتضمنها مجموع الجملة التي هي زوجتك الخ لقيامها مقامها كما ستاتي فالقطع بالبطلان مقطوع ببطلانه وان كان البطلان في نفسه ممكنا ولا ريب ان الاقتصار ابتداء في العقد على موضع الوفاق اولى قوله ولا يشترط في القبول مطابقته لعبارة الايجاب اه لما كان المعتبر من القبول اللفظ الدال على الرضا بالايجاب وكان كل واحد

منهما بادى بلفظ التزويج والنكاح صح التعبير في احدهما بالاخر لظهور المراد وكونهما بمنزلة المترادف فيجوز اقامة كل منهما مقام الآخر كما يجوز التعبير عن ايجابه باحد الصيغتين والقبول برضيت وقبلت ونحوهما من الصيغ لكون المرضي به هو العقد المعبر عنه باللفظ لا نفسه وهو حاصل على التقديرين قوله ولو قال زوجت بنتك من فلان اه وجه الصحة ما اشار اليه من ان نعم من الفاظ الجواب يحذف بعدها الجملة ويقوم نعم مقامها فاذا قيل الانشاء نعقد او جب لانه في قوة نعم زوجت بنتي من فلان فاذا قبل الزوج تم العقد وافاد المطلوب صريحا ووجه تردده مما ذكره من انتزاع العقد من مذكور وان وجد ما يدل عليه فان الثابت كون احد اللفظين والالفاظ الثلاثة سببا في النكاح فيجب الاقتصار عليه لان الاسباب لا تقاس ولا يلزم من تمامية السبب في شيء تماميته فيما هو صريح فيه وهذا هو الاشهر بين الاصحاب وقد تقدم في المسائل السابقة ما يؤيد الاول قوله ولا يشترط تقديم الايجاب اه اكثر الاصحاب على جواز تقديم القبول على الايجاب في النكاح بل ادعى عليه الشيخ الاجماع لحصول المقتضى وهو العقد الجامع للايجاب والقبول ولم يثبت اعتبار الترتيب بينهما ولان كلا منهما في قوة الموجب والقابل وينبه عليه ما تقدم في خبر سهل الساعدي وبعض من منع من تقديم القبول في غيره من العقود جوزه فيه فارقا بان الايجاب يقع من المراة وهي تستحيي غالبا فيمنعها الحياء من ان تبتدئ به فاذا ابتدئ الزوج بالقبول المتضمن لجميع اعتبارات العقد من المهر والشروط السابقة خف المؤنة على المراة ولم يثبت المط وتعدى الحكم الى ما لو كان القبول من وكيلها او وليها تبعا او طردا للباب والاعتماد فيه على التعليل الاول وهو شامل للجميع وربما قيل بعدم صحته مقدما لان حقيقة القبول الرضا بالايجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه وفيه منع كون المراد بالقبول قبول الايجاب بل قبول النكاح وهو متحقق على التقديرين ولانا نقول بموجبه فان القبول حقيقة ما وقع بلفظ قبلت ولا اشكال في عدم جواز تقديمه بهذا اللفظ وانما الكلام فيما وقع بلفظ تزوجت او نكحت فهو في معنى الايجاب وتسميته قبولا مجرد اصطلاح قوله ولا يجوز العدول اه لما كان اللفظان وهما زوجتك وانكحتك متعينين في الايجاب وهما عربيان فقد ثبت شرعا التعبير بهما عن هذا المعنى وكونهما سببا في عقده لم يجز العدول عنهما الى غيرهما من الالفاظ الدالة عليهما بغير العربية وقوفا على ملاحظة الشارع ونصبه سببا ولاصالة بقاء الفروج على التحريم الى ان يثبت المزيل ولان غير العربية وان ادت عن معناهما كالكنايات الدالة عليهما بالعربية فكما لا يصح العقد عندنا بالكنايات لا يصح بغير العربية ولان العقود المتلقاة من الشارع كلها عربية فالعدول عنها عدول الى ما لم يثبت شرعا كونه سببا لترتب الاحكام الخاصة هذا هو المشهور بين علمائنا حتى كاد يكون اجماعا وذهب ابن حمزة الى ان الاتيان باللفظ العربي للقادر عليه مستحب لا واجب لان المقصود من الالفاظ دلالتها على الرضا الباطني فكل ما دل عليه كفى ولان غير العربية اذا دل على اللفظ المطلوب منها كان كالمرادف الذي يجوز اقامته مقام رديفه ولا نم ان تجويز ذلك يستلزم تجويز الكناية للفرق بينهما فان ما دل على اللفظ الصريح صريح بخلاف الكناية الدالة بالفحوى البعيد كالبيع في الهبة اذا تقرر ذلك فرجحه في التعبير بغير العربية جواز اللحن في اللفظ العربي الذي لا يغير المعنى بطريق اولى ومن اشترط مادة العربية اقتصر عليه وظاهرهم عدم اشتراط الاعراب لان تركه لا يخل باصل اللفظ العربي والاصل عدم اعتبار امر آخر ومنهم من صرح باشتراط الاعراب مع القدرة لعين ما ذكر في اشتراط اصل العربية فان المنقول عن الشارع منها غير ملحون قطعا هذا كله مع القدرة اما مع العجز فان امكن التعلم بغير عسر لا يشق عادة لم يصح بدونه والاجتزاء بالمقدور وهل يجب التوكيل للقادر عليها وجهان اصحهما العدم للاصل ولو عجز احدهما دون الآخر تكلم كل منهما بما يحسنه فان كان الاختلاف في اللغة فان كان يفهم كل منهما لغة الآخر وان كان في اصل العربية اعتبر فهم كل منهما كلام الآخر ليتحقق التخاطب القصد الى مدلول ما عبر به الآخر ولو لم يفهم احدهما كلام الآخر اعتبر مترجم ثقة يعرفه المراد قوله ولو عجز اخرس عن النطق اه لا فرق بين كون العجز بخرس اصلي او عارض وح فيكفي الاشارة كما يكفي في اذكار الصلاة وسائر التصرفات القولية ويعتبر كون الاشارة مفهمة للمراد ودالة على القصد القلبي بحسب ما يعلم من حاله وان اختص احدهما به اختص بحكمه ونطق الآخر بما يمكنه اذ لا يسقط الميسور بالمعسور قوله ولا ينعقد اه هذا الحكم عندنا موضع وفاق وانما نبه على خلاف جماعة من العامة حيث جوزوه بكل واحدة من هذه الالفاظ سواء جرده عن المهر ام لا واخرون حيث اشترطوا اقترانه بمهر ليتخلص اللفظ للنكاح وهي اقوال العامة من الصواب لبعد هذه الالفاظ عن الدلالة على المط قوله لا عبرة في النكاح اه لا فرق في ذلك بين الصبي المميز وغيره ولا بين قوله ذلك لنفسه ولغيره فان الشارع سلب عبارته بالاصل ومثله المجنون المطبق او ذو الادوار في وقت جنونه اما في غيره فبحكم العاقل وبالجملة فالمعتبر قصد المكلف الى العقد قوله ولو في السكران اه قد عرفت ان شرط صحة العقد القصد اليه فالسكران الذي بلغ به السكر حدا زال عقله وارتفع قصده نكاحه باطل كغيره من عقوده سواء في ذلك الذكر والانثى هذا هو الاقوى على ما يقتضيه القواعد الشرعية ومتى كان كذلك وعقد في هذه الحالة يقع عقده باطلا فلا تنفع اجازته بعد الافاقة لان الاجازة لا تصحح ما وقع باطلا من اصله والرواية التي اشار اليها الدالة على خلاف ذلك رواها محمد بن اسمعيل بن بزيع في الصحيح قال سالت ابا الحسن ع عن امراة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا في سكرها ثم افاقت فانكرت ذلك ثم ظننت انه يلزمها ففزعت منه فاقامت مع الرجل على ذلك التزويج احلال هو لها ام التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها فقال اذا اقامت معه بعد ما افاقت فهو رضا منها قلت ويجوز ذلك التزويج عليها قال نعم وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية ومن تبعه وله عذر من حيث صحة سندها ولمن خالفها عذر من حيث مخالفتها للقواعد الشرعية وفي المختلف نزلها على سكر لا يبلغ حد عدم التحصيل فانه اذا كان كذلك يصح العقد مع تقريرها اياه وفيه نظر بين لانه اذا لم يبلغ ذلك الحد فعقدها صحيح وان لم تقرره ولم ترض به بعد ذلك فالجمع بين اعتبار رضاها مع السكر مط غير مستقيم بل اللازم اما اطراح الرواية راسا او العمل بمضمونها ولعل الاول اولى قوله ولا يشترط في نكاح الرشيدة اه اما عدم اشتراط الولي فهو موضع خلاف للاصحاب وسياتي ذكر تحقيقه وكان ينبغي ذكره ثم مع تحقيق الخلاف عن ذكره هنا مجردا لكن الحامل له على ما ذكره هذا امضاء فالى

عدم اشتراط حضور الشاهدين مقابلة المخالف المشترط لهما استنادا الى حديث يرويه انه لا نكاح الا بولي وشاهدين فلما اشتركا في الحكم والرواية وكانت عنده غير صحيحة واراد التنبيه هنا على عدم اشتراط الاشهاد ذكر حكم الولي معه لذلك اجمالا واحال التفصيل على ما ياتي وقد تقدم ما يدل على عدم اشتراط الاشهاد وان ابن عقيل منا خالف فيه استنادا الى رواية ضعيفة السند مع امكان حملها على الاستحباب جمعا ونبه بقوله ولو تواطيا على الكتمان لم يبطل على خلاف مالك من العامة فانه وافقنا على عدم اشتراط الاشهاد لكن شرط عدم تواطئهما على الكتمان قوله اذا اوجب وجن [illegible] العقد اللازم قبل تمامه يكون بمنزلة الجائز يجوز لكل منهما فسخه ويبطل بما يبطل به الجائز ومن جملته الجنون والاغماء ولا فرق بين النكاح والبيع وغيرهما من العقود اللازمة في ذلك ولا يضر عروض النوم كما لا يقدح ذلك في الوكالة ونحوها ولكن هل يصح الاتيان بالقبول للآخر حالته قبل الايقاظ وبه قطع في كره لان التخاطب بين المتعاقدين معتبر وهو منتف مع نوم صاحبه ومن ثم لو خاطب شخصا بالعقد فقبل الآخر لم يصح ويحتمل الصحة هنا لان الايجاب توجه الى هذا القابل قبل النوم والاصل الصحة مع انه في كره قال في موضع آخر لو قال المتوسط للولي زوجت ابنتك من فلان فقال زوجت ثم اقبل على الزوج فقال قبلت نكاحها فالاقرب صحة العقد وهو اصح وجهي الشافعية لوجود ركني العقد الايجاب والقبول وارتباط احدهما بالآخر والثاني لا يصح لعدم التخاطب بين المتعاقدين ويستفاد منه ان تخلل مثل هذا الكلام بين الايجاب والقبول لا يضر لانه ليس اجنبيا صرفا قوله يصح اشتراط الخيار اه اما صحة اشتراطه في الصداق فلان ذكره غير شرط في صحة العقد فلا يضر اشتراط الخيار فيه مدة مضبوطة لان غايته فسخه وابقاء العقد بغير مهر فيصير كالمفوضة البضع وهو جائز ونبه بقوله خاصة على انه لا يصح اشتراطه في اصل النكاح ووجهه انه ليس معاوضة محضة ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا وصف رافع للجهالة ويصح من غير تسمية العوض ومع عوض فاسد ولان فيه شائبة العبادة كما مر والعبادات لا يدخلها الخيار ولان اشتراط الخيار فيه يفضي الى فسخه بعد ابتذال المراة وهو ضرر ولهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبرا له اذا تقرر ذلك فقوله ولا يفسد به العقد يحتمل عود الضمير فيه الى اشتراط الخيار فيه مط الشامل لشرطه في المهر والعقد والى اشتراطه في عقد النكاح المدلول عليه بقوله خاصة فان معناها انه لا يصح اشتراطه في عقد النكاح وذلك كاف في رجوع الضمير ووجه عدم فساد العقد به ان العقد اشتمل على امرين احدهما صحيح والآخر فاسد ولا يرتبط احدهما بالآخر وهذا مذهب ابن ادريس وقيل يبطل العقد ايضا وهو الاقوى لان التراضي لم يقع بالعقد الا على هذا الوجه الذي لم يتم معها وهذا الخلاف جار في كل شرط فاسد تضمنه العقد عدا ما استثني في باب النكاح وقد تقدم في مواضع ويحتمل ان يعود الضمير في قوله ولا يفسد به العقد الى المذكور قبله صريحا من صحة اشتراط الخيار في الصداق ووجهه واضح لان الشرط الصحيح لا يقتضي فساد العقد الا انه خال عن النكتة والحكم بصحة الاشتراط يقتضي عدم فساد العقد فلا فائدة في ذكره بخصوصه والاول امتن الا ان فيه انه لا يذكر الخلاف في المسئلة مع انه مشهور ولا يناسب القطع بالحكم بدونه وهو قرينة الاحتمال الثاني وسيأتي في باب المهر حكمه ايضا ببطلان العقد بشرط الخيار في النكاح على تردد ونقل الخلاف قوله اذا اعترف الزوج اه اما نفوذ تصادقهما ظاهرا والحكم بالزوجية فلان الحق يحصر فيهما وقد اقرا به فيدخلان في عموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز لانه الفرض وخالف في ذلك بعض العامة فخص صحة الاقرار بينهما بالغريبين واعتبر في البلديين اقامة البينة بناء على اشتراط الاشهاد فاقامة البينة سهلة في البلديين بخلاف الغريبين وفيه مع منع الاصل ان الشاهدين لا يعتبر كونهما بلديين فجاز ان يشهدا غريبين ويتعذر اقامتهما فلو لم يقبل تصادقهما ادى الى تعطيل الحق بغير موجب واما اذا ادعى احدهما الزوجية وانكر الآخر فالقول قول المنكر مع يمينه ان لم يكن للمدعي بينة ثم ان اقام المدعي بينة او حلف اليمين المردودة ثبت النكاح ظاهرا ووجب عليهما مع ذلك مراعاة الحكم في نفس الامر فان كان المثبت الزوج فله الطلب ظاهرا وعليها الهرب وهكذا وان لم يتفق احد الامرين وحلف المنكر انتفى عنه النكاح ظاهرا ولزم المدعي احكام الزوجية على ذلك الوجه لا مط فان كان المدعي الرجل فليس له التزويج بخامسة ولا بامها وبنتها ولا باختها ولا بنت اختها واخيها بدون رضاها بل يقدر بالنسبة اليها كانها زوجته ويجب عليه التوصل الى ايصالها المهر بحسب الامكان واما النفقة فلا يجب عليه لعدم التمكين الذي هو شرط وجوبها وان كانت المدعية المراة لم يصح لها التزويج بغيره ولا فعل ما يتوقف على اذن الزوج بدونه كالسفر المندوب والعبادات المتوقفة عليه ولا فرق في ثبوت هذه الاحكام بين حلف الآخر وعدمه لانها مترتبة على نفس دعوى الزوجية ولو اوقع الرجل المنكر صورة الطلاق ولو معلقا بقوله ان كانت زوجتي فهي طالق انتفت عنها الزوجية وجاز لها التزويج بغيره ولا بابيه وابنه مط لاعترافها بما يوجب حرمة المصاهرة قوله اذا كان للرجل عدة بنات اه اعلم ان من شرط صحة العقد تعيين كل واحد من الزوجين حال العقد كما هو معتبر في كل عاقد ومعقود عليه لكن لو اتفقا على معينة ونوياها حال العقد ولم يجر بينهما لفظ مميز صح ايضا لانه تعيين في الجملة ولو انتفى ذلك بان زوجه احدى بناته واتفقا على عدم التعيين او نوى الاب بقوله واحدة معينة ولم ينوها الزوج او بالعكس لم يصح وسيأتي الكلام فيه واذا تقرر ذلك فنقول اذا كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة منهن لرجل ولم يسمها عند العقد فان لم يقصدها بطل كما مر وان قصد معينة واتفقا القصد صح وان اختلفا بعد ذلك في المعقود عليها قال المص واكثر الاصحاب ان كان الزوج راهن كلهن فالقول قول الاب لان الظاهر انه وكل التعيين اليه وعلى الاب فيما بينه وبين الله ان يسلم الى الزوج التي نواها وان لم يكن راهن كان العقد باطلا والاصل في هذه المسئلة رواية ابي عبيدة عن الباقر ع قال سالته عن رجل كن له ثلث بنات فزوج احديهن رجلا ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقا فلما بلغ ان يدخل بها على الزوج وبلغ الزوج انها الكبرى فقال الزوج لابيها انما تزوجت منك الصغيرة من بناتك قال فقال ابو جعفر ع ان كان الزوج راهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن فالقول في ذلك قول الاب وعلى الاب فيما بينه وبين الله ان يدفع الى الزوج الجارية التي نوى ان يزوجها اياه عند عقدة النكاح قال فان كان الزوج لم يرهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح

فالنكاح باطل وهذه الرواية منافية لما اسلفناه من القاعدة لانها تدل على ان رؤية الزوج كافية في الصحة والرجوع الى ما عينه الاب وان اختلف الشهود
وعدم رؤيته كافية في البطلان مطلقا مع ان الرؤية لا مدخل لها في صحة العقد على المرئية وعدمها وانما المعتبر التعيين كما ذكرناه وقد اختلف الاصحاب
في تنزيل هذه الرواية فالشيخ ومن تبعه اخذوا بالرواية جامدين عليها من غير تأويل واما المص والعلامة فنزلاها على ما اشار اليه المص بقوله لان
الظاهر وكل التعيين اليه وحاصله انه اذا كان الزوج قد راهن وقبل نكاح من اوجب عليه الاب يكون قد رضي بتعيينه ووكل اليه فيلزم ما عين
ويقبل قول الاب فيما عينه لان الاختلاف في فعله وبتعيينه فرجع اليه فيه لانه اعلم به وان لم يكن الزوج راهن لم يكن مفوضا الى الاب ولا قصد الى
معينة فيبطل العقد وفي هذا التنزيل نظر لان تفويض الزوج التعيين الى الاب ان كان كافيا عنده مع كون المتولي للقبول من غير ان يقصد معينة عند العقد
فلا فرق بين رؤيتهن وعدمها لان رؤية الزوجة لا مدخل لها في صحة النكاح كما سبق وان لم يكن ذلك كافيا في الصحة بطل الى المتعددين ودعوى
ان رؤيتهن دلت على الرضا بما عينه الاب وعدمها على عدمه في موضع المنع لان كل واحدة من الحالتين اعم من الرضا بتعيين الاب وعدمه وليس في الرواية
على تقدير الاعتناء بها دليل على ذلك بل في هذا التنزيل تخصيص لها في الحالتين وح لا الزم اما العمل بمدلول الرواية من غير حمل كما فعل الشيخ او
ردها راسا والحكم بالبطلان في الحالتين كما فعل ابن ادريس ولعله اجود لان العقد لم يقع على معينة مخصوصة منها وهو شرط صحته واعلم ان طريق
الرواية في التهذيب ضعيف لان فيه من لم يعرف حاله وظ الاصحاب المشي عليه لانهم لم يسموا اليها بتصحيح بل رووها مجردة عن الوصف لكن الكليني
رواها بطريق صحيح ولقد كان على الشيخ روايتها به لانه متاخر عنه وكان اولى بالاعتماد عليه ولكن قد اتفق ذلك للشيخ كثيرا وتبعه من اصحاب
الفتاوى خلق حيث ردوا الرواية بناء على ضعفها ولو اعتبروها لوجدوها صحيحة فينبغي التيقظ لمثل ذلك وح يقوى الاشكال في ردها في الرواية
نظرا الى صحتها وللتوقف في ذلك مجال قوله يشترط في النكاح اه لما كانت الزوجة معقودا عليها وعينها مقصودة للاستمتاع اشترط تعيينها
في صحة النكاح كما في كل معقود عليه سواء اريد عينه كالمبيع او منفعته كالعين المؤجرة وكذا يشترط تعيين الزوج لان الاستمتاع يستدعي فاعلا
ومنفعلا معينين لتعيينه فلو قال زوجتك احدى ابنتي او زوج بنتي من احد ابنيك لم يصح واولى منه لو قال زوجتك هذا الحمل لما ذكرته
لما ذكر في عدم التعيين اذ يحتمل كونه واحدا او ازيد مضافا الى احتمال كونه غير قابل للنكاح الخاطب بان يكون ذكرا او خنثى مشكلا اذا تقرر ذلك فا
لتعيين يحصل بامور ثلثة الاشارة كما اذا كانت الزوجة حاضرة فقال زوجتك هذه او هذه المراة او هذه فلانة لان الاشارة كافية في التعيين
والباقي تاكيد وكذا تكفي الاشارة في تعيين الزوج والثاني التسمية سواء كانت حاضرة او غائبة بان يقول زوجتك فاطمة ان كان لم غيرها
وكذا لو لم يكن واراد بالاسم تعيينها من بين النساء لم يحصل به التعيين وفي حكمه ما لو قال زوجتك ابنتي وليس له سواها ولو جمع بين الامرين فقال زوجتك
بنتي فاطمة او هذه فاطمة وكانتا متطابقين صح ايضا وكان الثاني تاكيدا ولو لم يكن مطابقا بان كانت المشار اليها اسمها زينب او كانت بنته لكن
سماها بغير اسمها ففي صحة العقد ترجيحا للاشارة والتنبيه على الاسم لانهما الازمنان متميزان فيتعين ويلغو الاسم او البطلان اذ ليس له بنت بذلك
الاسم اذ ليست الحاضرة كذلك وجهان وفي الاول قوة والوجهان آتيان فيما لو قال بعتك فرسي هذا واشار الى بغل او زوجتك هذا الغلام
واشار الى بنته والثالث التميز بالصفة الخاصة بان يقول زوجتك ابنتي الكبيرة او الصغيرة او الوسطى او البيضاء او السمراء وله بنات
متعددات متميزات بذلك الوصف ولو لم يكن له الا واحدة فالوصف تاكيد ويشكل الحكم لو كان الوصف بالكبرى واخفيها حيث لا بنت له
سواها وفي الصحة قوة ترجيحا للاسم كما سلف ولو كانت له بنات متعددات بذلك الاسم او الوصف لم يصح العقد الا مع اتفاقهما على معينة
ونويا عند تانا لشهادة وان تعذرت فليست بشرط ومن اشترط الشهادة ابطل هنا لان الشاهد انما يشهد على اللفظ المسموع دون
النية قوله لو ادعى زوجية امراة اه هذا الحكم مشهور بين الاصحاب لا يظهر فيه خلاف بينهم وهو مخالف للقواعد الشرعية في تقديم بينة الرجل
عند اطلاق البينتين او تساوي التاريخين لانه منكر ويقدم قوله مع عدم البينة ومن كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه والاصل فيها
ما رواه الشيخ في التهذيب باسناده الى الزهري عن علي بن الحسين ع في رجل ادعى على امراة انه تزوجها بولي وشهود وانكرت المراة ذلك واقامت اخت
هذه المراة على هذا الرجل البينة انه تزوجها بولي وشهود ولم يوقت وقتا ان البينة بينة الزوج ولا تقبل بينة المراة لان الزوج قد استحق بضع
هذه المراة وتريد اختها فساد النكاح فلا تصدق ولا تقبل بينتها الا بوقت قبل وقتها او دخول بها وفي سند هذه الرواية ضعف كثير بجماعة متعددة
ومع ذلك فربما ادعي على حكمها الاجماع وتحرير المسئلة على هذا ان يق اذا وقع النزاع على هذا الوجه فاما ان يقيم كل من المتنازعين بينة اولا
او يقيم احدهما دون الاخر فاما الرجل او المراة فالصور اربع ثم على تقدير اقامتهما البينة اما ان تكون البينتان مطلقتين او مؤرختين او تكون
احديهما مطلقة والاخرى مؤرخة فاما بينة الرجل او المراة المؤرختان اما بتاريخ واحد ومختلفتان مع تقدم تاريخ الرجل او مع تقدم تاريخ
المراة فهذه تسع صور وعلى جميع التقادير اما ان يكون الرجل قد دخل بالمراة المدعية اولا فالصور ثماني عشرة وموضع النص المذكور مع اقامة
كل منهما بينة وغيره يرجع حكمه الى القواعد الشرعية من غير اشكال وتفصيل الحكم فيها انه مع عدم البينة اصلا يكون القول قوله في انكار زوجية
المدعية لانه منكر ودعواه زوجية اختها يرجع الى قواعد الدعوى بينه وبين الاخت سواء انكرته كما هو مورد الرواية او اعترفت هذا اذا لم يكن دخل
بالمدعية اما لو دخل بها ففي الاكتفاء بيمينه نظرا الى انه منكر او يرجع اليمين اليها التفاتا الى ان فعله مكذب لدعواه وجهان يرجعان الى تعارض
الاصل والظ والاول اقوى وان اقام احدهما خاصة البينة قضي له سواء الرجل والمراة الا اذا كانت البينة للرجل وقد دخل بالمدعية
فالوجهان ويزيد هنا ان فعله مكذب لبينته فلا تسمع وان اقام كل منهما بينة مطلقة او كانت احديهما مؤرخة والاخرى مطلقة فالترجيح

لبينة على مقتضى النص الا مع الدخول المسقوط بينته بتكذيبه اياها بفعله لبينتها وان ورختا معا وتقدم تاريخ بينتها فلا اشكال في تقديمها لثبوت
سبق نكاحها في وقت لا تعارضها الاخرى فيه ومع تساوي التاريخين او تقديم بينته تقدم بينته ان لم يكن دخل بها عملا بالنص المذكور ومع الدخول
تقدم بينتها ولو قطعنا النظر عن النص لكان التقديم لبينتها عند التعارض مط بقي في المسئلة امران احدهما ان ظاهر النص ان من قدم جانبه لا يفتقر
معه الى اليمين وكذلك اطلق المص الحكم تبعا للظاهر اذ لو افتقر الى اليمين مع البينة لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة وافتقر السياق مقامه وهو
ممتنع والاقوى الافتقار الى اليمين مع سبق تاريخ احدى البينتين اما الاول فلانه مع التعارض بتساوي التاريخ او اطلاقه يتساقط البينتان
فلا بد من مرجح للحكم باحديهما فمن رجح جانبه افتقر الى اليمين ومجرد الدخول على تقديره لا يوجب سقوط حكم بينته والشيء غايته كونه مرجحا فلا بد
من اليمين جمعا بين النصوص والقاعدة الكلية واما الثاني فلانه مع سبق احدى البينتين تكون السابقة مثبتة للنكاح في وقت لا تعارضها فيه
احد فيتعين الحكم بها الثاني على تقدير العمل بالمنصوص هل يتعدى الى مثل الام والبنت لو ادعى زوجية احديهما وادعت الاخرى زوجيته وجهان
من اتحاد صورة الدعوى اذ لا مدخل للاخوة في هذا الحكم بل انما هو لتحريم الجمع وهو مشترك ومن كون الحكم على خلاف الاصل فيقتصر على مورده قوله
اذا عقد على امراة اه المفهوم من عدم سماع دعواه عدم الالتفات اليها اصلا بحيث لا يترتب عليها اليمين على المراة وان كانت منكرة داخلة في عموم
اليمين على من انكر ووجهه ان اليمين انما تتوجه على المنكر اذا كان بحيث لو اعترف لزمه الحق وتنفع المدعي والامر هنا ليس كذلك لان المراة لو صادقت المدعي
على دعواه لم يثبت الزوجية لان اقرارها واقع في حق الغير وهو الزوج المالك بضعها بالعقد المعلوم فلا يقبل قول الغير في اسقاطه وكذا لا يتوجه
بتوجه الدعوى امكان ردها اليمين عليه لان اليمين المردودة وان كانت كالاقرار فقد عرفت حكمه وان كانت كالبينة فانما تفيد ذلك
بالنسبة الى المتداعيين دون غيرهما وهو هنا الزوج وذهب جماعة من الاصحاب الى قبول الدعوى وتوجه اليمين والرد هنا وان لم يسمع
في حق الزوج وفائدته على تقدير الاقرار ثبوت مهر المثل على الزوجة للمدعي لحيلولتها بينه وبين البضع بالعقد الثاني كما لو باع شيئا على انه له ثم اقر
به لزيد فانه يغرم المقر للمقر له عوضه مثلا او قيمة وعلى تقدير رد اليمين على المدعي او نكولها عن اليمين والقضاء للمدعي بالنكول او مع اليمين فالحكم
كذلك ومبنى القولين على ان منافع البضع هل تضمن بالتفويت ام لا وقد اختلف فيه الحكم فحكموا بضمانه تارة وبعدمه اخرى نظرا الى ان حق البضع متقوم
شرعا فمن اتلفه وجب عليه عوضه وهو المهر والتفاتا الى انه ليس مالا للزوج وانما حقه الانتفاع به ومنافع الحر لا تضمن بالفوات لانها لا تدخل
تحت اليد وبنوا على الاول حكمهم بوجوب مهر المثل لمن انفسخ نكاحها بارضاعها من يفسد النكاح ووجوب دفع المهاجرة مسلمة الى زوجها الكافر
المهر المحيلولة بينه وبينها بالاسلام وهو قائم هنا وعلى الثاني عدم وجوب مهر للزانية ولا لزوجها وثبوت المهر لها في وطء الشبهة دونه
والقول بسماع الدعوى وثبوت الغرم متجه عملا بالقاعدة المستمرة من ثبوت اليمين على من انكر وزجرا عن الاقدام على مثل ذلك وانما جعل
المص موضوع المسئلة الدعوى على المعقود عليها ليترتب الجزم بعدم سماع الدعوى نظرا الى ما ذكرناه فانها لو كانت خلية لسمعت قطعا وترتب
عليها اليمين مع الانكار ولزوم العقد بالاقرار وثبوت النكاح لو نكلت او ردت عليه اليمين فحلف ومما يتفرع على الخلاف الاول جواز العقد
على هذه لغير المدعي قبل انتهاء الدعوى وعدمه فان قلنا بسماعها بعد التزويج وترتب فائدتها السابقة صح العقد الثاني ويفيد سقوط تسلط
المدعي على البضع فيحتمل لذلك عدم جواز العقد حتى ينهي الاول دعواه لسبق حقه فلا يسقطه الثاني بعقده نعم لو تراخى الاول في الدعوى
او سكت عنها فجواز العقد اجود حذرا من الاضرار المترتب على المنع فان الزوج اذا علم بعدم اقدام احد عليها امكن ان يؤخر دعواه لذلك ليطول
الامر عليها ويتوجه عليها الضرر بترك التزويج فيكون وسيلة الى الرجوع اليه وهو يستلزم الحرج والاضرار المنفيين بالاية والرواية وان قلنا
بعدم سماع الدعوى على المعقود عليها اصلا كما ذهب اليه المص اتجه عدم جواز تزويجها الى ان تخرج من حقه بانتهاء الدعوى ويشكل الامر لو مطل
بها او قصد ما ذكرناه ولعل الجواز مط اقوى قوله اذا تزوج العبد بمملوكة اه اذا اذن المولى للعبد ان يشتري زوجته من مولاها فلا يخ اما ان ياذن
له في شرائها للمولى او للعبد فان كان الاول بقي على نكاحه الاول اذ لم يحصل الا انتقالها من مالك الى اخر وذلك لا يوجب انفساخ عقدها
وان كان الثاني فلا يخ اما ان نقول ان العبد يملك مط او يملك مثل هذا الفرد من التصرفات او لا يملك مط فعلى الاولين ينتقل الى ملك العبد
ويبطل النكاح كما يبطل نكاح الحر للامة اذا اشتراها الزوج للمنافاة بين وطئها بالملك والعقد لقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والتفصيل
يقطع الشركة فاذا ثبت الثاني انتفى الاول ولان كل واحد منهما مؤثر تام في الحل الوطي وليس تاثير احدهما اولى من الاخر ما داما مؤثرين فيلزم اما
الترجيح من غير مرجح او ارتفاع تاثيرهما وهو مح فلا يكون المؤثر الا احدهما وهو الطاري هكذا عللوه وفيه نظر لان علل الشرع معرفات فلا يمتنع
اجتماعها وان قلنا ان العبد لا يملك مط او مثل هذا التصرف كان العقد باقيا لعدم حصول ما يقتضي رفعه هذا خلاصة ما يتعلق بالعبارة وبقي
فيها شيئان احدهما انه على تقدير القول بملكه وبطلان العقد هل يستبيحها العبد بغير اذن جديد من المولى اما بالملك او بالاذن الضمني المستفاد
من الاذن في شرائها لنفسه ام لا كل من الامور الثلثة محتمل وليس في العبارة ما يدل على احدها بل اقتصر على مجرد الحكم ببطلان العقد ولا اشكال
فيه ووجه الاول وهو استباحتها بالملك ظاهر لان الغرض كونه مالكا والمالك يستبيح امته بالملك كغيره ويضعف بانه لا يلزم من الحكم بملكه جواز
تصرفه فيه مط للاجماع على ان العبد محجور عليه في سائر التصرفات وفائدة الحجر لا تظهر الا على القول بكونه مالكا اذ لو منعنا ملكه اصلا كان منعه من
التصرف كمنع سائر الناس من التصرف في مال غيرهم ومثل هذا لا يسمى حجرا اصطلاحا واضح فلا يلزم من الحكم بملكه جواز وطئه لها بدون اذن جديد
ووجه الثاني ان اذن المولى له في شرائها لنفسه دل على امرين احدهما تملكه لها والاخر تسويغه التصرف فيها بالوطي فيستبيحها بالاذن الضمني

لا بمجرد الملك للتحجير وبضعف بان مجرد الاذن له في شرائها لنفسه لا يدل على الاذن له في الوطي بشيء من الدلالات ولا يستلزمه وانما تضمن مجرد التمليك
للعبد وقد اعترفتم بان مجرد التمليك لا يفيد اباحة الوطي نعم لو صرح له حال الاذن في شرائها بالاذن في الوطي بعد التملك امكن ذلك وليس ما نحن فيه
فان الكلام على تقدير الاذن له في ابتياعها لنفسه مجردا ثم على تقدير الاذن له في الوطي قبل الشراء ففي استباحته بذلك نظر لان المولى غير مالك حين الاذن
لما اذن فيه فيمكن القول بعدم صحته كما نبهوا عليه في الوكالة فيما لا يملكه الموكل وهذا الاذن في معنى الوكالة الثاني قوله والا كان العقد باقيا اي اذا لم
نقل بانه يملك والحال انه قد اشتراها لنفسه فعقده الاول باق لعدم وجود ما ينافيه وهذا لا اشكال فيه انما الكلام في ان الشراء المذكور اذا لم
يقع للعبد هل يقع للمولى ام يبطل من راس ليس في كلام المص ما يدل على احد الامرين لان عقد العبد باق على التقديرين وكل من الامرين محتمل والخلاف واقع
في ترجيح ايهما ضعف فقيل بان الشراء يقع للمولى لان اذنه فيه للعبد يتضمن امرين مطلق الشراء وكونه مقيدا بالعبد فاذا بطل المقيد بقي المطلق المدلول
عليه بالمقيد ضمنا وهذا هو الذي قطع به الشهيد في الشرح نفسه وقيل بعدم بطلان العقد فقال لان الشراء للمولى والملك له وزوال الملك عن
الزوجة الى غير الزوج لا يقتضي فسخ نكاحها وفيه نظر لانه لا يلزم من الاذن في الشراء للعبد الاذن فيه للمولى وبقاء الملك المطلق مع انتفاء المقيد في
مثل هذه المواضع ظاهر المنع ومن الجائز ان يرضى المولى بتملك الامة المعينة للعبد ولا يرضى بتملكها لنفسه فعدم صحة العقد اصلا اقوى وعلى
التقديرين فعقد العبد باق لبقائها على ملك مولاها الاول الذي كانت الزوجية زمن ملكه او انتقالها الى ملك المولى وهو غير قادح في نكاحه
كما مر وقد تقدم البحث في نظير هذه المسئلة في باب بيع المملوك من هذا الكتاب فراجعه ثمة فانه محقق بما لا مزيد عليه قوله ولو تحرر بعضه اه وجه
البطلان انه صار مالكا لها على تقدير شرائها بالمال المشترك فيبطل العقد فيما يخصه والعقد لا يتبعض لكن على تقدير شرائها بالمال المشترك
لا يبيح له وطيها مطلقا ما دامت كذلك لان البضع لا يتبعض وعلى تقدير الاول يمكن وطيها بالملك قوله الفصل اه نبه بالحصر على خلاف بعض
اصحابنا القائلين بولاية الام وابائها وجماعة من العامة حيث اثبتوا الولاية للعصبة والمعتق والابن بالنسبة الى الام وهذا كله لم يقم عندنا عليه
دليل وسيأتي الكلام في ولاية الام قوله وهل يشترط اه الكلام في ولاية الجد في موضعين احدهما في اصل ثبوتها وهو المشهور بين الاصحاب حتى ادعى
في كرة الاجماع وخالف في ذلك ابن ابي عقيل فقال الولي الذي هو اولى بنكاحهن هو الاب دون غيره من الاولياء ولم يذكر للجد ولاية والثاني في مرتبته
والمشهور انه لا يشترط في ولايته حيوة الاب ولا موته بل تثبت له الولاية مطلقا وذهب الشيخ وجماعة الى ان ولايته مشروطة بحيوة الاب فلو مات
الاب سقطت ولاية الجد عكس ما اعتبره العامة فانهم شرطوا في ولاية الجد موت الاب لنا في الدلالة على المطلوب في الموضعين ان الجد له ولاية المال
اجماعا فتثبت له ولاية النكاح كالاب ولصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق ع قال الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها ولا خلاف في ان الجد ولي امر
الصغير في الجملة وذكر عبيد بن زرارة في الموثق قال قلت لابي عبد الله ع الجارية يريد ابوها ان يزوجها من رجل ويريد جدها ان يزوجها من رجل فقال
الجد اولى بذلك ما لم يكن مضارا ان لم يكن الاب زوجها قبله ويجوز عليها تزويج الاب والجد وهذا يدل على ان ولاية الجد اقوى فلا يؤثر فيها موت
الاضعف كالعكس بل هو اولى وفيه نظر لجواز كون قوة الولاية مشروطة بحيات الاب كما هو مفروض الرواية فلا يلزم ثبوتها مط واستند الشيخ ومن
تبعه الى رواية فضل بن عبد الملك عن ابي عبد الله ع قال ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حيا وكان الجد مرضيا جاز الحديث وفيه مع ضعف
السند ضعف الدلالة فانها بالمفهوم الوصفي وهو غير معتبر عند المحققين قوله وتثبت ولاية الاب والجد اه لما كان مناط الولاية للاب والجد على البنت
صغرها فلا فرق مع وجود الوصف بين كونها بكرا او ثيبا لوجود المقتضي فيهما وانما يمكن افتراق الحكم فيهما في البالغة كما سيأتي والمشهور بين الاصحاب
ان العقد على الصغيرين من الولي ماض عليهما سواء رضيا بعد البلوغ ام لا لوقوعه من اهله في محله صحيحا فيستصحب والروايات الدالة عليه كثيرة
منها صحيحة عبد الله بن الصلت قال سئلت ابا الحسن ع عن الجارية الصغيرة يزوجها ابوها الها امر اذا بلغت قال لا وصحيحة محمد بن اسمعيل بن بزيع
قال سئلت الرضا ع عن الصبية يزوجها ابوها ثم يموت وهي صغيرة ثم تكبر قبل ان يدخل بها زوجها ايجوز عليها التزويج ام الامر اليها قال يجوز
عليها تزويج ابيها ومثله صحيحة علي بن يقطين عنه ع وهذا الحكم لا يظهر فيه مخالف وانما ورد رواية تخالف ذلك وهي صحيحة محمد بن مسلم قال سئلت
ابا جعفر ع عن الصبي يتزوج الصبية قال اذا كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز ولكن لهما الخيار اذا ادركا الحديث وحملها الشيخ على ان لهما
الخيار بالطلاق من جهة الزوج واختياره او مطالبة المراة له بالطلاق وما يجري مجرى ذلك مما يفسخ العقد لا الخيار المعهود جمعا بين الاخبار وحمله
العلامة على ما اذا زوجها الولي بغير كفو او بذي عيب ونحو ذلك وهو راجع الى ما ذكره الشيخ في قوله وما يجري مجرى ذلك وهو حمل بعيد لكنه خير
من اطراح احد الجانبين قوله وهل يثبت ولايتهما اه هذه المسئلة من المهمات والفتوى فيها من المشكلات بسبب اختلاف الروايات وقد اضطربت
لذلك اقوال الاصحاب فيها وتحرير القول في ذلك ان الانثى ان كانت صغيرة او غير رشيدة فلا خلاف بين اصحابنا في سقوط الولاية عنها الا ما
نقل عن الحسن بن ابي عقيل من بقاء الولاية وهو شاذ وان كانت بكرا كاملة لم تتزوج او تزوجت ولم توطأ او وطئت دبرا او ذهبت بكارتها
بغير الجماع قبل البلوغ او بعده على قول فلا خلاف ايضا في انتفاء الولاية عنها في مالها وانما الخلاف في استمرار الولاية عليها بالنسبة الى
الى النكاح خاصة وجملة ما ذكره المص من الاقوال في ذلك خمسة الاول وهو الذي اختاره مع جميع المتاخرين وقبلهم جماعة من القدماء
منهم الشيخ في التبيان و المرتضى وابن الجنيد والمفيد في كتاب احكام النساء وسلار وابن ادريس سقوط الولاية عنها راسا وثبوتها
لها مط الثاني استمرار الولاية عليها مط وهو قول الشيخ في ية والصدوق وجماعة الثالث التشريك بينها وبين الولي وهو قول
ابي الصلاح والمفيد في المقنعة على اضطراب في عبارته الرابع استمرار الولاية عليها في الدائم دون المتعة وهو قول الشيخ في كتابي

الحديث

المختص به فيبطل العقد لما مر من عدم اجتماع السببين وما كان البضع على تقدير شرائها بالمال له

الحديث الخامس عكسه ونسبه المص الى القائل ... المص حيث نقل هنا اقوالا عن قائلها فلم يجب وزاد بعضهم قولا سادسا وهو ان التشريك في الولاية يكون بين المراة
وابيها خاصة دون غيره من الاولياء ونسب الى المفيد حجة الاول امور الاول الايات الدالة على اضافة النكاح الى النساء من غير تفصيل كقوله تعالى حتى تنكح
زوجا غيره ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن بالمعروف وهو مفيد للعموم الشامل لغير المدخول بها الثاني
الروايات فمنها ما رواه ابن عباس عن النبي ص الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستاذن في نفسها واذنها صماتها والمراد بالايم من لا زوج لها قال الجوهري
الايامى الذين لا ازواج لهم من الرجال والنساء وامراة ايم بكرا كانت او ثيبا والدلالة في الرواية من صدرها وعجزها واعادة ذكر البكر مع دخولها
في الايم للتنبيه على اختصاصها بكون سكوتها كافيا عن الجواب اللفظي ومنها ما رواه عن ابن عباس ايضا ان جارية بكرا جائت الى النبي ص فقالت ان ابي زوجني
من ابن اخ له ليرفع بي خسيسته وانا له كارهة فقال ص اجيزي ما صنع ابوك فقالت لا رغبة لي فيما صنع ابي قال ص فاذهبي فانكحي من شئت فقالت
لا رغبة لي عن ما صنع ابي ولكن اردت ان اعلم النساء ان ليس للاباء في امور بناتهم شيء وهذه الرواية اوضح ما في هذا الباب دلالة لو صح سندها
لانها تفيد استقلالها بالولاية بخلاف الاولى فانها لا تنفي القول بالتشريك ومنها حسنة الفضلاء الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم وزرارة
وبريد عن الباقر ع قال المراة التي ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها ان تزويجها بغير ولي جائز ومنها صحيحة منصور بن حازم عن الباقر ع قال
تستامر البكر وغيرها ولا تنكح الا بامرها ومنها رواية زرارة عن الباقر ع قال اذا كانت المراة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد و
تعطي من مالها ما شائت فان امرها جائز تتزوج ان شائت بغير اذن وليها وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا بامر وليها ومنها رواية ابن ابي مريم عن ابي
عبد الله ع قال الجارية البكر التي لها الاب لا تتزوج الا باذن ابيها وقال اذا كانت مالكة لامرها تزوجت من شائت والدلالة من اخر الحديث
ويحمل اوله على غير المالكة او غير البالغة الرشيدة ليلتئم اول الكلام واخره ومنها رواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله ع قال تزوج
المراة من شائت اذا كانت مالكة لامرها وان شائت جعلت وليا ومنها رواية سعد بن مسلم عنه ع انه قال لا باس بتزويج البكر اذا رضيت
من غير اذن وليها الثالث الاجماع وقد ادعاه المرتضى على هذا القول والاجماع المنقول بخبر الواحد حجة كما قرر في الاصول فكيف بمثل المرتضى
الرابع اصالة عدم اشتراط اذن الولي في صحة العقد مؤيدا بان البلوغ والرشد مناط التصرف فتخصيص بعض التصرفات دون بعض تحكم ومن المعلوم
ان ولاية المال قد زالت فتزول ولاية النكاح والاول محل وفاق والملازمة تظهر باشتراط الولايتين بالبلوغ والرشد هذا غاية ما تقرر في تصحيح
القول الاول والاعتراض اما على الاول فمن وجوه فيمنع دلالتها على موضع النزاع فان النساء المحدث عنهن باضافة النكاح اليهن هن المطلقات للعدة
وبعضهن من المطلقات ثلثا وذلك يستلزم الدخول بهن والنزاع في البكر وانما تصلح هذه الايات حجة على المخالف الذاهب الى ان المراة مط ليس لها
التزويج بغير الولي لا على من اسقط الولاية عن الثيب ويمكن الاعتذار بامكان فرض طلاق العدة مع بقاء البكارة بان يكون قد وطي في الدبر ويمكن
فرض الطلاق ثلثا للعدة مع بقاء البكارة وهو فرض بعيد الا ان العموم يتناول مثله فيصلح الاحتجاج به في الجملة واما الروايات فهي باسرها مشتركة في
عدم صحة السند ما عدا الرابعة اما الاولتان فعاميتان واما الثالثة فهي مع كونها من الحسن لا من الصحيح قاصرة الدلالة فان الحكم فيها على من ملكت
نفسها فادخال البكر فيها عين المتنازع وكذا قوله غير المولى عليها فان الخصم يدعي كون البكر مولى عليها فكيف يستدل بها على زوال الولاية عنها
مع ما في متنها من التهافت فان قوله غير السفيهة ان كان هو الخبر عن المبتداء وهو المراة والمولى عليها معطوف على الخبر فلا وجه للجمع بين الخبر وما عطف
عليه لان السفيهة داخلة في المولى عليها ومع ذلك فالجملة التي بعدها وهي قوله ان تزويجها جائز مرتبطة بالجملة الاولى ومتفرع عليها فلا وجه لقطعها
عنها وان كان الخبر عن المبتدا هو الجملة الاخيرة وهي ان تزويجها الى اخره ويجعل قوله غير السفيهة وما عطف عليه بمنزلة الصفة للمراة المالكة نفسها
ويبقى التقدير المراة التي ملكت نفسها الموصوفة بكونها غير سفيهة ولا مولى عليها يجوز لها التزويج الخ يسلم من انقطاع الجملة الثانية عنها بغير حرف
ويبقى فيها عطف العام وهو المولى عليها على الخاص وهو اسهل والظاهر ان تنزيلها على المعنى الثاني انسب لانه على الاول يصير غير السفيهة وغير المولى
عليها تفسيرا للمالكة نفسها وظاهر ان المالكة نفسها اعم منهما مع ما فيه من انقطاع الجملة المقصودة بالذات وعلى الاعراب الثاني يجوز ان يريد بالمالكة
نفسها الحرة ويجعل ملك النفس كناية عنها وغير السفيهة والمولى عليها صفة لها فكانه قال المراة الحرة التي ليست سفيهة ... ولا مولى عليها نكاحها
جائز الخ ويمكن ان يكون فائدة الجمع بين السفيهة والمولى عليها ان الولاية على السفيهة ليست عامة ومن ثم لا يحجر عليها في غير المال فقد يتوهم منه جواز
تزويجها نفسها لذلك فخصها بالذكر حذرا من توهم خروجها عن المولى عليها حيث ان الولاية منتفية عنها على بعض الوجوه وجائت الجملة الباقية خبرا
عن المبتداء مؤكدا بان وبالجملة الاسمية وهذا معنى جيد يصحح الدلالة ويخرجها عن التهافت ولو اريد بالمالكة نفسها من ليس عليها ولاية وجعلت
الصفة التي بعدها مؤكدة موضحة للمط امكن الا ان الاول اجود ويمكن مع ذلك التخلص من دعوى كون البكر مولى عليها وان الاستدلال بها عين
النزاع بان يقال ان البكر الرشيدة لما كانت غير مولى عليها في المال صدق سلب الولاية عليها في الجملة فيصدق ان البكر الرشيدة الحرة مالكة
نفسها غير سفيهة ولا مولى عليها فتدخل في الحكم وهو جواز تزويجها الخ وهذا حسن ايضا ولكن يبقى الاستدلال بها موقوفا على امر اخر وهو جعل
المفرد المعرف مفيدا للعموم لان المراة كذلك والمحققون من الاصوليين على خلافه ومتى لم تكن عامة لا تدل على المط لصدق الحكم بامراة في الجملة موصوفة
بذلك وهو واقع كثيرا وقد اسلفنا عن قريب ان المفرد في هذه المقامات ظاهر في العموم اذ لولاه لكان الكلام الواقع من الشارع عاريا عن الفائدة
اصلا اذ لا معنى للحكم بكون امراة في الجملة يجوز لها التزويج بغير ولي فان ذلك واقع عند جميع المسلمين حتى عند من اثبت الولاية على الثيب فانه
اسقطها عن المراة في مواضع وبمثل هذا استدلوا على عمومية مثل اذا بلغ الماء كرا لم يحمل خبثا ومفتاح الصلوة الطهور وتحريمها التكبير

وتحليلها التسليم وغير ذلك مما هو كثير وقد ظهر من جميع ما حققناه ان دلالة هذه الرواية وقرينة الامر الا انها مشتملة على شبهات كثيرة لان ما
ما استكانا ... مجا على ثبوت الولاية من النصوص الصحيحة واما الرابعة فهي اوضح سندا لكنه قد بلغ عنها حد الصحة الذي ادعوه عندنا نظر لان
في طريقها العباس عن معبد الى ابن هذا الاسم مشترك بين الثقة والضعيف وان كان الاول اكثر ويغلب على الظن ارادته فان ذلك غير كاف في الحكم
بالصحة لقيام الاحتمال ومع ذلك فهي قاصرة الدلالة على المطلق فان استيمار البكر انما يفيد نفي القول باستقلال الولي لكنه لا ينفي اشتراك الولاية
بينهما وهو احد الاقوال في المسئلة واما رواية زرارة ففي طريقها موسى بن بكر وهو واقفي ضعيف وفي دلالتها ما تقدم من ان ملك البكر امرها
غير المتنازع والتخلص منه بما قررناه وبقرينة ذكر التصرف من البيع والشراء يفيد ان ملك الامر يراد به رفع الحجر عن المال والكلام في الرواية
السادسة والسابعة كالتي قبلهما متنا وسندا وفي الثامنة ضعف السند وفي الجميع الشك في العموم من حيث ان المحكوم عليه مفرد محلى باللام
واما دعوى الاجماع فواضحة في معركة النزاع ويكفي في فسادها بالنسبة الى السابقين على المرتضى مخالفة مثل الصدوق والمفيد وابن ابي عقيل من
اهل الفتوى واما اهل الحديث فسنعرف ان الصحيح منه دال على خلافه فكيف ينسب اليهم القول بخلافه واما اصالة عدم الاشتراط فمعارضة
بمثلها لان الاستصحاب احد معاني الاصل المعتبر وهو بينه مع الخصم وان اضاف اليه ما يدل على اثبات الولاية من الروايات ارتفع الاصل المدعى
اصلا وكون البلوغ والرشد مناط التصرف مطلقا عين المتنازع وفي بعضه لا يفيد والملازمة بين النكاح وغيره ممنوعة والفارق قائم فان اطلاع
النساء سيما البكر على مزايا الرجال عزيز وضرر النكاح لا تلافي له من جهة المرأة ومبنى رايهن على الوهن والفساد قريب غالبا على غير السداد فلا يقاس
النكاح على المال الذي يسهل ضرره ويمكن تلافيه ويحتمل غبنه خصوصا عند النفوس الكاملة عكس النكاح حجة القول الثاني امور الاول الروايات فمنها
قول النبي لا نكاح الا بولي خرج منه ما اجمع على عدم اعتبار الولاية فيه فيبقى الباقي وابلغ منه ما روي عنه انه قال ايما امرأة نكحت نفسها بغير
اذن وليها فنكاحها باطل ثلاثا وبهذا احتج من اشترط الولي في المرأة مطلقا من العامة ووافقهم ابن ابي عقيل من اصحابنا على ذلك كما وافقهم على
اشتراط الاشهاد ومنها صحيحة ابن ابي يعفور عن الصادق قال لا تزوج ذوات الاباء من الابكار الا باذن ابيها وهو خبر معناه النهي والاصل فيه التحريم ومنها
صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما قال لا تستأمر الجارية اذا كانت بكرا بين ابويها ليس لها مع الاب امر وقال يستأمرها كل احد ما عدا الاب ولا يحمل على
الصغيرة لانه اثبت ان غيره يستأمرها وفيها دليل على ابطال مذهب القائل بالتشريك ومنها صحيحة العلاء بن رزين عن ابي عبد الله قال لا تزوج
ذوات الاباء من الابكار الا باذن ابائهن ومنها صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله في الجارية يزوجها ابوها بغير رضا منها قال ليس لها مع ابيها امر اذا انكحها
جاز نكاحه وان كانت كارهة ومنها صحيحة زرارة قال سمعت ابا جعفر يقول لا ينقض النكاح الا الاب وجه الدلالة ان قوله لا ينقضه الا الاب
عام لانه نكرة في سياق النفي اذ التقدير لا ينقضه احد وقد خرج من الاستثناء الثيب والذكر البالغ بالاجماع او بغيره من الادلة فيبقى الباقي داخلا
ولو كان لها ولاية مختصة او مشتركة لكان لها نقضه على بعض الوجوه وقد دخلت في جملة المنفي ومنها رواية ابراهيم بن ميمون عن الصادق قال اذا كانت
الجارية بين ابويها فليس لها مع ابيها امر واذا كانت قد تزوجت لم يزوجها الا برضا منها ومنها رواية عبد الله بن الصلت قال سألت ابا الحسن عن البكر اذا بلغت مبلغ
النساء ألها مع ابيها امر فقال ليس لها مع ابيها امر ما لم تثيب يعني تصير ثيبا ومنها رواية الفضل بن عبد الملك عن ابي عبد الله قال لا تستأمر الجارية
التي بين ابويها اذا اراد ابوها ان يزوجها هو انظر لها واما الثيب فانها تستأذن وان كانت بين ابويها اذا ارادا ان يزوجها الثاني الاصل يعني
الاستصحاب فان الولاية كانت ثابتة عليها قبل محل النزاع فتستصحب الى ان يثبت المزيل ومن عنده ما ذكر من الادلة لا يثبت عنده المزيل الثالث الاعتبار
فان في سلبها الولاية حكمة واضحة لقصور راي المرأة خصوصا في معرفة الصالح من الرجال فلولا كون نكاحها منوطا بنظر الاب لزم الضرر عليها وعلى اهلها
غالبا والجواب عن جميع هذه الادلة بامر واحد وهو انا ان اخذنا بظاهرها لزم اطراح تلك الاخبار الدالة على نفي الولاية عنها جملة ومتى كان في تلك
الاخبار خبر واحد يعتنى به فلا بد من الجمع بينه وبين هذه وطريق الجمع ان يحمل نهي استبدادها هنا على الكراهة والنفي على نفي الكمال والبطلان
على المبالغة في عدم اعتدادها برايها بحيث يعتد ما رتب عليه كالباطل فلا تنكح الا باذنه وعدم استيمارها في باقي الاخبار على انها لا تستقل لها
مع ابيها راي بل تفوض اليه الامر جملة وينبه على ذلك قول النبي للبكر في الخبر السابق اجيزي ما صنع ابوك بصيغة الامر الجازم ثم عقبه لما كرهت
بقوله اذهبي فانكحي من شئت فاذا عملنا بذلك نكون قد اعتبرنا جميع الاخبار من الطرفين بخلاف ما اذا ابقينا هذه على ظاهرها فان تلك لا
تقبل الحمل على ما يبقي الجمع فانه وان امكن حمل المالكة امرها على الثيب ففيها ما لا يمكن حمله عليها للتصريح بالبكر في كثير منها نعم لو فرض اطراح
الاخبار الضعيفة من الجانبين واعتبرنا الجمع بين الصحيحين منها امكن حمل قوله في الصحيحة تستأمر البكر وغيرها على الاستحباب وقوله في الحسن التي
ملكت امرها غير المولى عليها على الثيب لانه يبقى فيه ان الجمع لما كان صحيحا بالامرين معا فلا يتعين احد الطرفين لاحتمال كل منهما ويبقى مع الاول
اصالة صحة العقد على تقدير صدوره بغير اذن الولي ولا يعارض باستصحاب الفساد حيث انه احد الاصول ايضا لان هذا الاصل قد انقطع بالبلوغ
والرشد في نظر الشارع بدلالة الاصل وغيره ولو كان معتبرا في مثل ذلك لم يمكن الاستدلال باصالة صحة العقد في موضع من المواضع
ولهذا يترجح الجمع بحمل هذه الاخبار على ما ذكرناه ويظهر الفرق بين اصالة الصحة في عقد المرأة وعقد ابيها وفيه ايضا اعمال الجميع الاخبار الصحيحة
وغيرها وهو اولى من اطراح بعضها مع امكان صدق كل واحد واما الكلام على خصوص هذه الاحاديث فنقول الاولان منها عاميان وقد عارضهما
مثلهما في الاول فلا بد من الجمع وهو يمكن على انه قد طعن في سندهما محققوهم اذ الثاني نقلوه عن الزهري عن هذا الخبر فلم يعرفه ويبقى الاول
في الاول اسهل لان المنفي فيه ماهية النكاح ونفي الماهيات غير مراد في مثل ذلك والحمل على المجاز واسع ومن جملته على نفي الكمال كقوله

وقد انكره الزهري قال ابن جريج سألت الزهري

لا صلاة

لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد ونفي الصحة وان كان اقرب المجازات الى نفي الحقيقة الا انه يوجب اطراح تلك الاخبار المكافئة له في الاسناد ويضاف
الى ذلك اعتضاد الاولين بظاهر القرآن كما سبق واما الثالث وان كانت مشهورة بين الباحثين في المسئلة كالعلامة والشهيد ومن تبعهما في ذلك
الا ان عندي فيه نظرا فان في طريقه علي بن الحكم وهو مشترك بين الثقة وغيره وذلك يمنع من الحكم بصحته وقد تقدم منا الكلام في نظيره وفيه
من حيث الدلالة ان قوله لا تزوج ذوات الاباء من الابكار الا باذن ابيهن كما يمكن حمل من فيه على البيانية فيعم الكبيرة والصغيرة يمكن حملها على
التبعيضية فلا يدل على موضع النزاع لان بعض الابكار وهي الصغيرة لا تزوج الا باذن ابيها اجماعا واذا كان ذلك محتملا اسقط الاحتجاج
بها في مقابلة تلك ولا يقدح في ذلك بعد الحمل على التبعيض وانتفاء فائدة التقييد بالابكار من حيث ان الصغيرة الثيب حكمها كذلك لجواز البناء
في العقد على الغالب من ان الصغيرة لا تكون الا ابكارا ومثل هذا التنزيل في طريق الجمع اسهل من غيره وكذا حمل النهي فيه على الكراهة ثم على تقدير
التحريم لا يدل على فساد المنهي عنه وهو العقد لو فعلته بدون اذنه لان النهي في غير العبادة لا يدل على الفساد ولا يقدح في ذلك ان القول بالتحريم
من دون الفساد احداث قول لم يقل به احد لان مثل هذا في المسئلة المنتشرة الاقوال غير مسموع عند التحقيق على ان ما فيها من الاقوال لم يحدث
في وقت واحد فالمتأخر يرد فيه ذلك وهذا كلام بعيد عن التحقيق واما الرابع فالكلام في صحته كما مر في الثالث فان في طريقه ايضا علي بن الحكم
وفي متنه قصور من حيث تضمنه ان الجد يستأذن لدخوله في الكلية مع عدم استثنائه مع الاب ولا يقال انه داخل فيه لانه اب لانا نمنع كونه حقيقة
والا لما كان لذكره معه فائدة حيث يقال الولاية للاب والجد ومجرد استعماله فيه اعم من الحقيقة ومبادرة الذهن عند اطلاق اللفظ الى غير الجد توقف
حمله عليه على القرينة وصحة سلبه عنه فيقال الجد ليس بأب بل هو من قبيل المجاز والكلام على الخبر الخامس كالكلام على الثالث متنا وسندا اما السند فلانه
واحد الا انه لما وصل الى العلاء رواه عن الصادق هنا وفي الخبر السابق رواه عنه بواسطة ابن ابي يعفور وكلاهما رويا عن الصادق وذلك نقلته من
التهذيب وهذا من الكافي وانما جمعت بينهما مع اتحاد الدلالة لقوتهما بالتعدد ولان متن هذا اقصد من جهة قوله الا باذن ابائهن فان جمع الضمير
العائد على ذوات الاباء مطابق بخلاف توحيد ضمير ابيها في ذلك الخبر مع جمع من يعود الضمير اليه ومع هذا فالذي يظهر ان الخبرين واحد وانه
سقط من نسخة الكافي الذي عندنا عن عبد الله بن ابي يعفور الواسطة بين العلاء وبين الصادق لان الشيخ في التهذيب والاستبصار رواه عن الكليني
واثبت الواسطة ولم يذكر غيره والموجود في الكليني ما ذكرناه مع عدم ذكر الواسطة فكان ذلك قرينة سقوطها من هذه النسخة وثبوتها في نسخة
الكافي التي نقل منها الشيخ واما السادس ففي صحته بحث وذلك لان الشيخ رواه عن الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي وحماد هنا مشترك
الى ان يشترك بين الثقة وغيره فلا يكون صحيحا بهذا الاعتبار وفي الكافي رواه عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي فنسب
حماد الى ابيه وحماد بن عثمان ثقة الا ان طريق الكافي من الحسن لان فيه ابراهيم بن هاشم ولم ينص الاصحاب على تعديله وتصحيح نسبة حماد المطلق في طريق
الشيخ من طريق الكليني الحسن لا يخرجه من الحسن على ما فيه واما متنها فاوضح الجميع دلالة لجمعه بين جواز نكاح الاب مع كونها كارهة وبين نفي امرها معه
وينبغي حملها على مثل ما تقدم من انه ينبغي لها ان لا تجعل لها مع ابيها امرا بل تفوضه اليه وان تختار ما يختاره لها من النكاح وان كانت كارهة لضرورة
الجمع ومن العجب ان الباحثين عن الخلاف في المسئلة كالعلامة في المختلف والشهيد في شرحه وغيرهما من المتعرضين لذلك لم يذكروا هذا الخبر مع انه
اقوى دلالة من الجميع وبعض الاخبار ضعيفة وغيره واما السابع فالكلام فيه من جهة السند ان الشيخ رواه بسند فيه علي بن فضال وهو فطحي وبقية الجماعة
فلم ينصوا على صحته لكن الكليني رواه بطريق صحيح لانه رواه عن احمد بن محمد بن عيسى عن ابن محبوب الخ فاسقط ابن فضال من السند ومع ذلك لا يخلو من
شيء لانه ابتدأ السند باحمد وهو لم يدركه وانما يروي عنه بواسطة جماعة منهم العدة وغيره كما لا يخفى ويمكن ان يكون الواسطة في هذا المحذوف محمد بن
يحيى لانه مذكور في الحديث الذي قبله بلا فصل فيكون صحيحا الا ان في حمل المطلق على هذا المقيد نظرا واما من جهة المتن ففيه ان النكاح لا
ينقضه الا الاب مع ان الجد ينقضه كالاب ويمكن نقضه بغيرهما كما سبق فالحصر فيه غير مراد لفساده ويدفعه لا يتم الا ان يقال ما خرج عنه بدليل فيبقى
العام حجة في الباقي فيتناول موضع النزاع ومع ذلك ليس بصريح في المطلوب فلا يعارض الصريح ويخص بان للاب نقضه في الصغيرة وغير الرشيدة
فان الثيب والذكر البالغ لما خرجا منه بدليل امكن اخراج البكر ايضا بما سبق من الادلة ويبقى حجة في الباقي في غير موضع النزاع واما الخبران
الاخيران فيشتركان في ضعف السند بالرجلين المذكورين فيهما وغيرهما والكلام في دلالتهما كما سبق واما الاستصحاب فعلى تقدير كونه حجة
لا يمنع مع وجود المقتضي للازالة وهو هنا موجود وقد تقدم واما الاعتبار بالحكمة فمردود بانها لا تصلح بمجردها تأسيس الاحكام ولو سلم لزم
ثبوت الولاية للاقارب ايضا وهم لا يقولون به حجة المشركين امران الاول الجمع بين الادلة فان بعضها دل على اختصاص البكر وبعضها على اختصاص
الاب فيستفيد من كل منهما ثبوت الولاية لكل منهما وهو معنى الاشتراك ولان العقد اذا صدر عن رايهما فقد عملنا بجميع الادلة الثاني ما نقل
صفوان قال استشار عبد الرحمن الكاظم في تزويج ابنته لابن اخيه فقال افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها نصيبا واستشار خالد
بن داود موسى بن جعفر في تزويج ابنته علي بن جعفر فقال افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظا والدلالة فيهما من قوله افعل و
يكون ذلك برضاها فان افعل امر له بالفعل فلولا ان له فعلا لما حسن امره به وكونه برضاها يستلزم ان لها حقا والا لم يعتبر ومن قوله نصيبا
وحظا فان منطوقه يدل على ثبوت ولاية لها ومفهومه على ثبوت ولاية الاب لان النصيب والحظ لا يستوعبان الحق بل يقتضيان التشطير اذا
تقرر ذلك فلا يمكن حملهما على الصغيرة والثيب لان الاولى لا نصيب لها والثانية لا مشاركة معها فتعين حمله على المتنازع والجواب عن الادلة
ان في تلك الادلة من الجانبين ما ينفي الاشتراك وقد عرفته فلا يكون الاشتراك طريقا للجمع مطلقا وعن الثاني بضعف سنده اولا وبمنع دلالته على

٢٥٢ المطلقا بالان امره بالفعل لا ينافي اختصاصها بالامر لتحسن ان ينوى الثيب في ذلك مع انتفاء الولاية بل يحسن ان ينوى الاجنبي في ذلك فانها اذا رضيت جاز للاجنبي مباشرة العقد فيجوز امره بفعله بعقد ابرضاها وكما مرّ ثبت الحظ والنصيب فلاحظ لها في الدلالة الاخيرة منهوم لخطاب الضعيف وما ذكرناه يظهر حجة القول الثالث وهو التشريك بينها وبين الاب خاصة حيث انا نحمل ادلة الرجل ولاية الاب لا تعرض فيها لغيره من الاولياء فيقتصر فيهما على مورد ها بضرورة الجمع ويبقى ادلة [illegible] على غيره خالية عن معارض وفي الحقيقة هذا امتن مما قبله وان كان غير مشهور وجوابه [illegible] واما احتجاج القول الرابع القائلون بثبوت الولاية عليها في الدائم دون المنقطع فاحتج بوجهين الاول الجمع بين الاخبار بتخصيصهما في الجانبين كل جانب بنوع من النكاح ووجه تخصيص الدائم بالاب [illegible] انه لكثرة حقوقه واحكامه من النفقة والميراث واستمراره وغيرها اهم من المتعة والمرتبة فاصر فالنظر عن تحصيل المناسب فوكل امره الى الولي لعقده [illegible] الثاني رواية ابي سعيد القماط عن الصادق ع [illegible] سئل عن المتعة بالبكر مع ابويها قال لا بأس ولا اقول كما يقول هؤلاء الاقشاب ورفع البأس يقتضي الجواز بالمعنى الاعم لان البأس هنا بمعنى التحريم واكده بالكلام الاخير وفي معناها رواية الحلبي قال سئلته عن المتعة بالبكر بلا اذن ابويها قال لا بأس والجواب ان وجوه الجمع غير منحصرة فيما ذكر ولم يخرج المتعة بعض [illegible] لم لا يعكس وما ذكر من الفرق مناسبة لا تعتبر علة الاحكام عندنا كما حقق في الاصول وهي معارضة بمثلها وسندا والخبر الاول [illegible] فيه انه بغير اذن الاب فلا يفيد وعلى تقديره فلا يدل على عدم الجواز في الدائم ايضا واحتج العاكسون بوجهين الاول ان النكاح حقيقة في الدائم فيحمل الروايات عليه لان اللفظ عند التجرد انما يحمل على الحقيقة ووجه حقيقة البلاغ مبادرته الى الذهن عند اطلاقه واستغنائه عن القرينة ولانه لولاه لزم الاشتراك والمجاز خير منه الثاني ان استقلالها بالمتعة اضرار بالاولياء لما يشتمل على الغضاضة والعار بسبب الاباء الطبيعي او لانكار الاكثر مشروعيته او لغير ذلك حتى انه ربما يبلغ ايثار بعض النساء الزنا عليه والى ذلك اشار الصحيحة بسؤال حفص بن البختري عن التمتع بالبكر بقوله يكره للعيب على اهلها والاضرار منفي بالخبر والجواب بمنع حقيقة اختصاص الدائم بالحقيقة ومن ثم انقسم اليهما ومورد التقسيم مشترك ولزوم الاشتراك على هذا التقدير ممنوع لانه حقيقة في القدر المشترك بينهما وهو العقد وظاهر انه فيهما واحد وانما اختلف بمشخصات من مثلها في افراد العقد الدائم ولهذا اجاز انقلاب المتعة اليه على بعض الوجوه او حقيقة في الوطي وهو امر واحد فيهما فيكون من قبيل المتواطي لا المشترك واما ما ادعي من الاضرار ففيه ان الامور الشرعية ليس فيها اضرار ومدعيه لا يلتفت اليه مع انه قائم في الثيب بل وفي الدائم اذا كان بغير رضا الولي وبالجملة فهو دليل خطابي قد قابلوه بمثله فيما سلف وانما اطولنا الكلام في هذه المسئلة لعموم البلوى بها والتباس الحكم فيها وبعد هذا كله فالذي يقتضيه الاحتياط في هذا الحكم المترتب عليه امور مهمة من الفروج والانساب والاموال ان يجمع في العقد على البكر بين اذنها واذن الاب ومن في حكمه بان توكله في العقد او ان يوكلا ثالثا ليقع العقد صحيحا بالاجماع والله الموفق قوله اما اذا عضلها الولي الخ العضل لغة هو المنع والمراد هنا منعها من التزويج بكفوها اذا طلبت ذلك والمحدث عنه هو البكر الرشيدة البالغة وان لم يصرح بالبلوغ لانه معتبر اجماعا والاجماع على استقلالها حينئذ من علمائنا الا من لا ان اكثر العامة يرون عبارتها مسلوبة في النكاح مطلقا فيزوجها الحاكم ومنهم من يجوز لها تولي العقد ولذلك كلام العلامة في كره فتارة جوز لها الاستقلال ونقله عن جميع علمائنا مصرحا بعدم اشتراط مراجعة الحاكم وتارة اشترط اذنه واثباتا للعضل عنده وان لم يكن لها التزويج كما تقوله العامة ولا فرق في الحكم بين ان تعين زوجا وقد رغب كل منهما في صاحبه وعدمه ولو فرض ارادتها زوجا وارادة الولي غيره قدمت ارادتها عند القائل بولايتها مطلقا اذا كان كفوا وعند من اعتبر ولاية الاب ولو على بعض الوجوه ففي تقديم مختاره نظرا الى ان رايه في الاغلب اكمل ولانه الولي على تقديره او مختارها لانه اقرب لعفافها وجهان اجودهما الثاني ولا فرق في تحقق العضل المجوز لمباشرتها بين كونه بمهر المثل وبدونه لان المهر حقها فلا اعتراض عليها فيه ولانها لو اسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه اولى قوله ولا ولاية لهما الخ اما انتفاء ولايتهما على البالغ الرشيد فمحل وفاق واما على الثيب فقد اشرنا الى الخلاف فيها وان الاصح انتفاء ولايتهما عليها للاصل والاخبار الصحيحة كصحيحة عبد الله بن سنان قال سئلت ابا عبد الله ع عن المرأة الثيب تخطب الى نفسها قال نعم هي املك بنفسها تولي امرها من شاءت اذا كان كفوا بعد ان يكون قد نكحت زوجا قبل ذلك وغيرها من الاخبار وهي حجة على ابن ابي عقيل المثبت لولاية الاب عليها استنادا الى رواية عامية ورواياتنا خاصية وهي مقدمة عند التعارض نعم روى الشيخ عن سعيد بن اسمعيل عن ابيه وهما مجهولان قال سئلت الرضا ع عن رجل تزوج ببكر او ثيب لا يعلم ابوها الى قوله قال لا يكون ذا وهو مع ضعف السند غير دال على منع الثيب لانه نفى الحكم عن جملة المسؤل الذي من جملته البكر ومع ذلك ليس بصريح في البطلان فيهما ويمكن حمله على الكراهة واعلم ان الثيبوبة تتحقق بزوال البكارة بوطي او غيره و انتفاء الولاية عنها مشروط بكونه بالوطي كما نبه عليه في الرواية السابقة فلو ذهبت بغيره فهي بمنزلة البكر سواء كان قبل البلوغ ام بعده ولو دبرا لا يخرج عن البكارة قوله وتثبت ولايتهما الخ ثبوت ولايتهما على المجنون ذكرا كان ام انثى موضع وفاق لكن يجب تقييده بما اذا كان الجنون متصلا بالصغر فلو طرأ بعد البلوغ والرشد ففي ثبوت ولايتهما عليه قولان من اطلاق النص بثبوت ولايتهما عليه ومن زوالها بالبلوغ و الرشد فعودها يحتاج الى دليل والنص المحتمل لدخول هذا الفرد غير معلوم فان قلنا بانتفاء ولايتهما عليه في هذه الحالة انتقلت الى الحاكم ويظهر الفائدة في ان تزويج الاب لا يتوقف على المصلحة بل يكفي انتفاء المفسدة وولاية الحاكم في التزويج يشترط فيها وجود المصلحة كما سيأتي وحيث تثبت الولاية على المجنون فلا خيار له بعد الافاقة اجماعا قوله وللمولى ان يزوج الخ جواز تزويج المولى امته مطلقا موضع وفاق لان بضعها من جملة منافعها وهي مملوكة للمولى فله نقلها الى من شاء كما يصح اجارها ولعموم قوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن وكذا العبد في صورة الصغير واما الكبير

فلا يجبر

٢٥٣ فظاهر الاصحاب الاتفاق على جواز اجباره على النكاح لما ذكر من الدليل ولظاهر قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وحسنة زرارة عن الباقر ع قال سئلته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده قال ذلك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما الحديث ولبعض العامة قول بانه لا يملك اجبار الكبير لانه مكلف يملك الطلاق فلا يملك اجباره على النكاح كالولد الكبير ولانه يملك رفع النكاح بالطلاق فكيف يجبر على ما يملك رفعه وهو كلام موجه الا انه لا يمنع من صحة عقد المولى الثابت بالادلة وان ملك العبد رفعه ويظهر الفائدة في صحة وطيه بهذا العقد قبل ان يطلق واما الفرق بينه وبين الولد الكبير فواضح لان ولد الولد حر فلا يجبر الولد على احداثه بالنكاح بخلاف ولد المملوك فانه مملوك فجاز له اجباره على النكاح تحصيلا لفائدته لان ذلك من جملة منافعه ويظهر من هذا ان له اجباره على الوطي كما ان له اجباره على اصل التزويج ولا فرق بين تولي المولى الصيغة عنه والزامه بالقبول ولا يقدح فيه الاكراه لانه بحق وما هذا شانه مستثنى من الحكم ببطلان عبارة المكره وتصرفاته ولا فرق في ذلك كله بين كون المولى ذكرا او انثى قوله وليس للحاكم ولاية في النكاح الخ المراد بالحاكم الامام العادل او من اذن له في ذلك عموما او خصوصا او الفقيه الجامع لشرائط الافتاء عند تعذر الاولين وما ذكره فيه بحكمه وانتفاء ولايته على البالغ الرشيد يشمل الذكر والانثى بناء على ما تقدم من الحكم بارتفاع الولاية عن البكر البالغة الرشيدة فيدخل في هذا العموم ولو قلنا بالحجر عليها في النكاح فظاهر المص والاصحاب ان الحكم مختص بالاب والجد له فمع فقدهما تكون الولاية لها لا للحاكم وقد نبهوا عليه فيما لو عضلها الولي حيث حكموا بانه لها تباح العقد من غير توقف على اذن الحاكم والعامة صرحوا بان للحاكم ولايتها عند فقد الولي القريب وقد ذكر المص وغيره انه لا ولاية للحاكم على الصغير مطلقا وعللوه بانه لا حاجة له الى النكاح والاصل عدم ثبوت ولايته فيه ولا يخ من نظر ان لم يكن اجماعا واما ثبوت ولايته على من بلغ غير رشيد او تجدد فساد عقله فعللوه بان له ولاية في المال فيكون وليا في النكاح لانه من جملة المصالح ولصحيحة عبد الله بن سنان عن الص ع قال الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها وهذه العلة اتية في الصغيرة والامثلة المدعاة غير نافية في مقابلة مثل ذلك وعن النبي ص السلطان ولي من لا ولي له نعم المصلحة في الكبير اوضح لكنها ليست منفية في حق الصغير جملة خصوصا الانثى تبقى في العباة بحث اخر وهو انه اثبتنا الولاية للحاكم على من ذكر من غير تقييد بفقد الاب والجد فان اراد ثبوت الحكم كذلك مطلقا فهو حسن فيمن تجدد فساد عقله بعد بلوغه ورشده لانتفاء ولاية الاب والجد عنه بذلك فلا يعود الا بدليل وهو منتف والحاكم ولي عام على من لا ولي له وهو هنا موجود واما فيمن بلغ غير رشيد فاطلاق الولاية فيه للحاكم مشكل لان ولاية الاب والجد مع وجودهما محققة قبل البلوغ ولا مانع من استصحابها والظاهر ان مراد المص ثبوتها للحاكم مطلقا وان ولاية الاب والجد محققة قبل البلوغ مخصوصة بالصغر وقد تقدم في باب الحجر مثله في ولاية المال والمتجه التسوية بينهما في التفصيل باتصال السفه وتجدده فتكون الولاية في الاول للاب والجد وفي الثاني للحاكم مطلقا وسيأتي في كلام المص ما يدل على ان الولاية على السفيه للحاكم مطلقا حيث جعل الاذن في تزويجه اليه من غير قيد قوله ولا ولاية للوصي الخ اختلف الاصحاب في ثبوت ولاية التزويج للوصي مطلقا او مع نص الموصي له عليه او نفيها مطلقا على اقوال اشهرها الاخير وهو الذي اختاره المص واحتجوا عليه بان الاصل في ولاية التزويج بالنسبة الى الصغيرة القرابة ومن ثم لم يثبت للحاكم وولاية القرابة لا تقبل النقل الى الغير بعد الموت لانقطاعها كما لا تنتقل الغضاضة ونحوها مما يختص بالقرابة النقل بالوصاية ولانتفاء حاجة الصغير اليه ووجه الثبوت مطلقا ان الوصي للامام قد فوض اليه الموصي ما كان له فيه الولاية وتصرفاته كلها منوطة بالغبطة وقد يتحقق الغبطة في نكاح الصغير من ذكر وانثى بوجود كفو لا يتفق في كل وقت ويخاف بتاخيره فوته ولا نم ان مثل هذه الولاية لا تقبل النقل فان تصرفات الوصي كلها فيما لو كان للموصي فعله ما لم ينقطع بموته مع انقطاع تصرفه وتخصيص هذا النوع الذي هو محل النزاع بدعوى عدم قبوله للنقل غير مسموع ولعموم قوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه ولصحيحة محمد بن مسلم وابي بصير كليهما عن ابي جعفر ع قال سئلته عن الذي بيده عقدة النكاح قال هو الاب والاخ والموصى اليه الحديث ورواية ابي بصير عن الص ع قال الذي بيده عقدة النكاح هو الاب والاخ والرجل الذي يوصى اليه وذكر الاخ غير مناف لامكان حمله على كونه وصيا ايضا ويعطف العام على الخاص او وكيلا لها وهذا هو اختيار العلامة في لف والشهيد في الشرح وقبلهما الشيخ في احد قوليه وقوله الاخر كقول المص ولو نص الموصي على التزويج فهو اولى بالحكم وربما قيل باختصاص القول الثاني بذلك والدلائل عامة واستثنى المص والعلامة من المنع مطلقا صورة واحدة وهي ان يبلغ الصبي فاسد العقل ويكون له حاجة الى النكاح فللوصي ان يتولاه لثبوت الضرورة وعجز المحتاج عن المباشرة فاشبه ذلك الانفاق عليه ويظهر منهما عدم الخلاف في هذه الصورة واطلق غيرهما الخلاف في تصرف الوصي فيه وهو الوجه لان شمول ولاية الوصي لمثل هذه الصورة يقتضي قبول نقل ولاية التزويج في الجملة ومقتضى تعليلهم جواز هذه انها مفروضة فيما اذا لم ينص الموصي عليه لانهم جعلوه من ضرورة المولى عليه كالانفاق وذلك لا يتوقف على خصوص الوصية به قوله والمحجور عليه الخ لما كان المحجور عليه للسفه ممنوعا من التصرفات المالية ومن جملتها النكاح لما يترتب عليه المال من مهر او نفقة فيمنع مع عدم حاجته اليه فان اوقع عقدا مع عدم الحاجة كان فاسدا لفقد شرط الصحة ثم ان كانت المرأة عالمة بالحال فلا شيء لها وان دخل وان كانت جاهلة فلها مع الدخول مهر المثل لانه وطي بشبهة وان اضطر الى التزويج لخدمة او شهوة او غيرهما من الضرورات جاز للولي تزويجه مقتصرا على ما تندفع به الحاجة كما وكيفا ويجوز للولي ان ياذن له في التزويج وان لم يعين له الزوجة لانه مقيد برعاية المصلحة فلو تجاوزها فسد وقيل لا بد من تعيين الزوجة بخصوصها او حصرها في قبيلة او قوم معينين ليؤمن من الاقدام على من يذهب فيها ماله بزيادة على القدر المأذون شرعا اذ الفرض كونه مبذرا ولا يكفي في دفع المحذور وقوع العقد فاسدا مع تجاوز المصلحة لانه وان فسد يوجب مهر المثل مع الدخول وجهلها بالحال ولمن لم يشترط التعيين ان يقول ان اطلاق الاذن لما كان مقيدا بالمصلحة لم يفرق مع تجاوزها بين من عين له وغيره لانه مع التعيين ايضا

ربما

تزويجها وبطل وجب لها مهر المثل مع جهلها بل لو لم يأذن له اصلا الا انه في هذه الحالة لا يكون التقصير مستندا الى الولي بل الى عدم ثبوت المال من قبل الاسبا
وكان فائدة اذن الحاكم له انما تظهر مع توقف صحة تزويجه على اذنه اما اذا لم يتوقف فلا فائدة في اعتباره والمفهوم من قوله ولو بادر قبل الاذن و
الحال هذه صح العقد يلزم عدم اشتراط اذن الحاكم في الصحة فلا يظهر لاذنه له فائدة الا ان يقال انه مع اذنه يكون تصرفه جائزا بمعنى عدم ترتب الاثم عليه وبدونه
بإثم وان حكم بصحة العقد لان المنهي عنه مثل ذلك لا يترتب عليه فساد والاجود توقف تزويجه على اذن الحاكم مع وجوده فان تعذر جاز له التزويج مع
مع الحاجة مقتصرا على ما يليق به بمهر المثل فما دون فان زاد عليه بطل الزائد وصح النكاح لان الخلل في المهر لا يقتضي فساد النكاح كما في غيره ونظيره
التوقف على اذن الولي مع امكانه في فساد العقد وعدم استحقاقها المهر شيئا لو كانت عالمة بالحال قوله اذا وكلت البالغة الرشيدة اذا وكلت المرأة المالكة
لامرها الحر في تزويجها فلا يخ اما ان يعين له الزوج او يطلق الاذن او يعمم على وجه يتناوله ولم يتعرض له تصريحا او تلويحا او يصرح با
لاذن له في تزويجها من نفسه ففي الاولين لا خلاف في انه لا يجوز له تزويجها من نفسه اما مع التعيين فظ واما مع الاطلاق فكما لو قالت وكلتك في تزويجي
او في تزويجي لرجل او لكفو فانه وان كان صالحا للدخول فيه من حيث ان المطلق صالح له ولغيره الا ان المتبادر من امره بتزويجها كون الزوج غيره
عملا بشهادة الحال ولو عممت الاذن كزوجني ممن شئت فهل يكون كالمطلق من حيث اشتراكهما في صلاحيتهما لكل واحد ممن يصلح لتزويجها ويقتضي المغايرة
بين المزوج والزوج او يدخل هنا في العموم من حيث ان العام اقوى من المطلق لانه ناص على جزئياته قولان والفرق لائح من نظر من حيث انه داخل في اطلاق
كما هو داخل في التعميم وان كان العموم اقوى دلالة الا انهما مشتركان في اصلها ولا اشكال في تخييره بين افراد كثيرة من الاكفاء في حالة الاطلاق وما
ذلك الا لتناول اللفظ للجميع وشهادة الحال بارادة غير المخاطب مطلقا ممنوع بل ينبغي اتباعها حيث يوجد لا مطلقا فان كانت المسألة اجماعية والا
فللنظر فيها مجال وفي كره احتمل مع الاطلاق جواز ان يزوجها من نفسه معللا باطلاق الاذن وتساويه لغيره والمنع ولم يعلله ولا رجح شيئا
وان عممت الاذن على وجه يتناوله نصا كقولها زوجني ممن شئت ولو من نفسك فلا اشكال في دخوله في الاذن من هذه الجهة وانما يبقى الاشكال في جواز تزويجها
من نفسه مع التعيين المحض كما لو قالت زوجني من نفسك فقد قيل انه لا يجوز له تزويجها من نفسه لئلا يكون موجبا قابلا ولرواية عمار الساباطي قال
سألت ابا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في اهل بيت فتكره ان يعلم بها اهل بيتها يحل لها ان توكل رجلا يريد ان يتزوجها تقول له قد وكلتك فاشهد
على تزويجي قال لا قلت فان وكلت غيره بتزويجها منه قال نعم ويضعف بان تولي الواحد الطرفين غير قادح للاصل والمغايرة الاعتبارية كافية
والرواية ضعيفة السند قاصرة عن الدلالة لجواز كون المنفي هو قولها وكلتك فاشهد فان مجرد الاشهاد غير كاف فالجواز اقوى وعلى القول بالمنع
يحتمل كون المانع تولي الطرفين فيزول بتوكيل الوكيل غيره في تزويجه ان جوزنا له الوكالة في مثله ومعه يسلم من التعليل الاول واما الرواية فلا
يظهر منها كون المانع ذلك بل يدل على المنع من ذلك مط فلا يزول بتوكيله غيره وعلى هذا فلعل الوكالة من راس لان متعلقها مختص بتزويجها من نفسه
وقد امتنع بخلاف ما لو جعلته احد افراد العام كزوجني ممن شئت ولو من نفسك فان الوكالة تصح ولو بالنسبة الى من عداه وعلى ما اخترناه تصح مط
قوله اما لو زوجها اه لوجود المقتضي فيها وهو صدور العقد من اهله وانتفاء المانع لانه كان في الاولى من جهة مباشرته لنفسه وهنا لغيره وان
كان داخلا بحث ولا يتنه لكن على القول بان المانع كونه موجبا قابلا لو كان الولد صغيرا او كل الاب والجد غيره في القبول او الايجاب ليسلم من ذلك
والفرق بين الولي والوكيل هنا حيث جاز له التوكيل ليتحقق المغايرة دون الوكيل ان الولي يتصرف بالولاية وهي تعم المباشرة بنفسه وبغيره بخلاف
الوكالة فانها اذن تتبع مدلوله والمخصص بالاذن له بنفسه ولغيره قوله اذا زوجها الولي اه اطلاق الحكم بالاعتراض وعدمه شامل لما كان تزويجها
بدون مهر المثل على وجه المصلحة لها بان وجد لها كفوا صالحا ولم يبذل مقدار مهر المثل وخاف من فواته عدم وجود مثله وما لو لم يكن فيه مصلحة
لها ولا مفسدة وما لو كان هناك مفسدة في نظر العقلاء كما لو كان الزوج من دني الكفو بحيث لولا العقد لحصل لها من هو انسب منه ومع ذلك يحتمل
المهر دون مهر المثل وظ الحكم بالاعتراض انه في المهر المسمى خاصة لان الفرض كون الزوج كفوا فلا اعتراض من حيث اصل العقد ويحتمل ان يريد با
لاعتراض في العقد ايضا لان الاحتمال قائم قد يجب القول بالصحة مط وعدم الاعتراض ان المفروض كون الزوج كفوا والولي مأذون له في العقد شرعا و
والمهر ليس شرطا في صحة العقد ويجوز بزيادة ونقصان والنكاح ليس معاوضة محضة لان البضع ليس مالا بالحقيقة وليس الغرض الاصلي من النكاح المهر
بل التحصن والنسل ولان الولي يجوز له العفو عن بعض المهر بعد ثبوته فاسقاطه ابتداء اولى ومع تحقق الكفاءة لا يشترط في صحة العقد وجود المصلحة
بل انتفاء المفسدة وهو موجود بالفرض وهذا قول الشيخ في ف وتعليله يدل على ارادة العموم الذي اشرنا اليه ووجه ما اختاره المص من جواز
اعتراضها في المسمى مط ان النكاح عقد معاوضة في الجملة وان لم تكن محضة ومقابلة البضع بدون عوض مثله يجبر بالتخيير ومجرد المصلحة في ذلك
غير كاف في عدم الاعتراض كما لو باع الوكيل بدون ثمن المثل وان كان هناك مصلحة للموكل والفرق بين البيع والنكاح حيث حكم هنا بصحة العقد
دون البيع باقل من ثمن المثل ما اشرنا اليه من ان المهر ليس ركنا في النكاح فلا مدخل له في صحته وفساده وانما يجبر نقصه بالتخيير في فسخه والرجوع الى
مهر المثل والتعليل بجواز عفو الولي لا يدل على المدعى لان عفوه ثبت على خلاف الاصل في موضع خاص وهو كونه بعد الطلاق وقبل الدخول
فلا يتعدى الى غيره شرعا لان الاصل في تصرفه مراعاة المصلحة للمولى عليه ووجه جواز الاعتراض في العقد ايضا ان العقد المأذون فيه شرعا على وجه
اللزوم هو العقد بمهر المثل ومن ثم لم يجب عليها التزام المجموع ما حصل في هذا العقد ثم ان التراضي انما وقع هنا على العقد المشتمل على المسمى فيه
لم يكن مرضيا كان لها فسخه من اصله والاصل في هذا الباب ان الواقع امر واحد وهو العقد المتضمن للمهر المذكور فاذا لم يكن ذلك لازما لها
فسخت العقد وفيه ان العقد صحيح وانما المانع من قبل المهر ويمكن جبره بفسخه خاصة والرجوع الى مهر المثل ولا يلزم ابطالهما بل اثباتهما

الثاني في اللزوم في ... مسائل الاول اذا وكلت البالغة الرشيدة في تزويجها ... مطلقا لم يكن له ان يزوجها من نفسه الا مع اذنها ... ولو وكلته في تزويجها منه قيل لا يجوز لرواية عمار ... وهو مخالف للاصل والاشبه الجواز ... ولو زوجها من ابيه او ابنه جاز ... الثانية اذا زوجها الولي بدون مهر المثل هل لها ان تعترض فيه تردد والاظهران لها الاعتراض ... متن

لا تلازم بينهما فاذا جاء الخلل في احدهما لا يقتضي الاخر ثم يتجه على تقدير فسخها في المسمى ثبوت الخيار للزوج في فسخ العقد وامضائه لانه لم يرض بالعقد
الا على ذلك الوجه المخصوص ولم يتم له والزامه بمهر المثل على وجه القهر ضرر منفي اللهم الا ان يكون عالما بالحال والحكم فيقوى عدم تخييره لقدومه على
عقد يجوز ان يؤول الى ذلك وربما خص بعضهم مورد الخلاف بما اذا وقع العقد المذكور على وجه المصلحة للبنت فلو لم يكن فيه مصلحة بطل العقد
من راس لانه عقد جرى على خلاف المصلحة فلا يكون صحيحا وما تقدم من تعليل المص مبني على هذا القيد ثم لو جعل قولا براسه امكن الا ان يجعل مورد
الخلاف وعلى هذا فيتحرر في المسألة صور الاولى ان يعقد عليها من كفو بمهر المثل على وجه المصلحة ولا اعتراض لها في شيء مط الثانية الصورة بحالها لكن
لا على وجه المصلحة والاصح انها كالاولى الثالثة كذلك بدون مهر المثل على وجه المصلحة والاقوى انه لا اعتراض لها مط مع احتماله في المسمى الرابعة كذلك
ولكن بدون المصلحة فلها الاعتراض في المسمى خاصة ثم اذا فسخته اتجه تخيير الزوج في اصل العقد كما مر الخامسة ان يزوجها من غير كفو بمهر المثل فلها
الخيار في اصل العقد مع احتمال بطلانه من راس والوجهان مبنيان على حكم عقد الفضولي في النكاح وسيأتي البحث فيه السادسة كذلك بدون مهر المثل
فلها الخيار في كل منهما فان فسخت العقد انتفيا وان فسخت المهر خاصة رجعت الى مهر المثل والظاهر ان اعتبار المصلحة لا يأتي وان فرض فلا مدخل
لها في لزوم العقد لان الكفاءة شرط في لزوم العقد الواقع من الولي هذا اذا لم يكن الاخلال بها موجبا لفساد العقد والا فلا اشكال واعلم انه
لا فرق على القول بجواز اعتراضها بين كون الولي هو الاب والجد او الحاكم وعلى القول بعدم الاعتراض يتجه الفرق واختصاص الحكم بمن يجوز له العفو
من بعض المهر كما يقتضيه التعليل لان العاقد الذي بيده عقدة النكاح هو الاب والجد خاصة فلها الاعتراض لو كان المزوج هو الحاكم ان قلنا بجوازه
على بعض الوجوه او الوصي كذلك لان التعليل بجواز العفو لا يأتي فيهما وبعض الاصحاب قد صرح بان الحكم مختص بالولي الاجباري وآخرون صرحوا بما
لو تولاه الاب والجد والمص اطلق الولي فيمكن ان يريد به ما ذكروه حملا للمطلق على المعهود الغالب وان يريد به ما هو اعم منهما نظرا الى ما ذكره في العلة
الاولى فانها لا تتوقف على جواز العفو وعلى الذي بيده عقدة النكاح يشمل الجميع وسيأتي البحث فيه قوله عبارة المرأة اه هذا الحكم مبني على
ما سبق من ان المرأة هل هي مولى عليها في النكاح مط او مع البكارة او مع عدم الرشد وعلى ما اختاره المص من ان البالغة الرشيدة مط لا ولاية عليها
فعبارتها معتبرة في النكاح كغيره كما يجوز لها ان تزوج نفسها يجوز لها ان تزوج غيرها كامها وان توكل غيرها في ذلك بالجملة فعبارتها معتبرة في
النكاح مط ومن سلبها في النكاح ولاية عنه من العامة مط كالشافعي سلب عبارتها في النكاح مط فليس لها ان تتولاه لنفسها ولا لغيرها وان اذن لها
الولي او وكلت فيه وبالجملة فعبارتها مسلوبة فيه مط ايجابا وقبولا ومن اثبت عليها الولاية في حال دون حال فعبارتها غير مسلوبة في الجملة فيصح
عندهم ان تكون وكيلة فيه مط وان تعقد لنفسها حيث لا يكون عليها ولاية وان توكل من الولي حيث تكون مولى عليها فعبارتها على هذا القول
غير مسلوبة مط ولا مطلقة كذلك بل على التفصيل الذي ذكرناه قوله عقد النكاح اه اختلف الاصحاب في عقد النكاح اذا وقع فضولا هل يكون صحيحا
بمعنى وقوفه على الاجازة ام باطلا من اصله فلا تصححه الاجازة فذهب الاكثر ومنهم الشيخ في احد قوليه الى الاول والشيخ في ف الى الثاني والاصح ما
اختاره المص موافقا للاكثر لنا انه عقد صدر من اهله في محله فكان صحيحا ونعني باهله الكامل وبمحله العين القابلة للعقد ولا مانع من نفوذه
الا تعلقه بحق الغير فاذا اجازه تم ودخل في عموم اوفوا بالعقود وما قيل من انه مصادرة على المطلوب من حيث ان كون الاجنبي اهلا عين المتنازع
مدفوع بان الاجنبي قابل لايقاع عقد النكاح ليس مسلوب العبارة بحيث ذاته لانه الفرض وانما المانع ما ذكر وقد زال وعلى تقدير الكلام قبل
زواله فالمراد بالصحيح ما يقابل البطلان وهو امر اعم من اللزوم ويبقى اللزوم موقوفا على شرط اخر وهو الاجازة ولصحيحة ابي عبيدة الحذاء قال
سألت ابا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين فقال النكاح جائز وايهما ادرك كان له الخيار الحديث لانه والرواية مروية
الدالة بتضمنها ان عقد الولي يقع موقوفا وانتم لا تقولون به فلا يصح الاستدلال بها على موضع النزاع لسقوط اعتبارها بذلك لانا نقول لا يلزم
من ثبوت الولاية لاحد على الاطفال ان يجوز له تزويجهم لان ولاية التزويج اخص من مطلق الولاية وعدم الاخص اعم من عدم الاعم ووجه خصوصيته
يظهر في الحاكم والوصي فانهما وليان على الاطفال وليس لهما تزويجهم كما مر فيمكن حمل الولي هنا على ذلك بقرينة جعل الخيار لهما اذا ادركا وفي لفظ
حمل الولي هنا على غير الاب والجد كالاخ والعم فان كلا منهما يطلق عليه اسم الولي لكنه ولي غير مجبر وفي بعض عبارات الشيخ في ط البكر ان كان لها ولي
الاجبار مثل الاب والجد لا يفتقر نكاحها الى اذنها وان لم يكن له الاجبار كالاخ وابن الاخ والعم فلا بد من اذنها والغرض من ذلك انه سمى من ذكر من الاقارب
وليا وان لم يكن له ولاية النكاح وما فرضنا خال عن التكلف والشواهد من الاخبار كثيرة وان لم يكن مثلها في قوة السند مثل ما روي عن ابن عباس
ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وآله فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وآله وما روي عنه في خبر اخر ان رجلا زوج ابنته كان فجاءت اليه صلى الله عليه وآله
فقالت ان ابي زوجني من ابن اخيه ليرفع بي خسيسته فجعل النبي صلى الله عليه وآله امرها اليها فقالت بعد ان رد الامر اليها اخترت ما صنع ابي وانما اردت
ان اعلم النساء ان ليس للاباء من امر بناتهم شيء وقد تقدم وكرواية محمد بن مسلم انه سأل الباقر عليه السلام عن رجل زوجته امه وهو غائب قال النكاح
جائز ان شاء الزوج قبل وان شاء ترك وحمل القبول على تجديد العقد على خلاف مدلوله فان النكاح يراد به هنا المعهود الخارجي الذي
في الحسن
اوقعته امه بقرينة وقوعه معرفا بعد الفعل الدال على المصدر ضمنا ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده
فقال ذلك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما فقلت اصلحك الله ان الحكم بن عتيبة وابراهيم النخعي واصحابهما يقولون ان اصل
النكاح فاسد فلا تحل اجازة السيد له فقال ابو جعفر عليه السلام انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز وغير ذلك من الاخبار الكثيرة
بمعناه واحتج الشيخ على البطلان بما روي عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وآله قال ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل وبرواية ابي موسى

الثالثة عقد ... والعقد ... يقف على الاجازة ... والرابعة ... عقد ... الرابعة ... الاب ... نعم ... يصح ... بعد العقد ... الخيار لهما متن

الاشعرى ان النبى ص قال لا نكاح الا بولى وروايةُ ابن عمران المتقدمة قال ايما عبد نكح بغير اذن مواليه فنكاحه باطل وروايةُ الفضل البقباق قال قلت لابى عبد الله ع الرجل يتزوج الامة بغير اذن اهلها قال هو زنا ان الله يقول فانكحوهن باذن اهلهن وبان العقود الشرعية يحتاج الى الادلة وهى منتفية فى محل النزاع واحتج على البطلان الشيخ فخر الدين مضيفا اليه سائر العقود مستدلا عليه بان العقد سبب الاباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عليه او وليه وبان رضا المعقود عليه او وليه شرط والشرط مقدم والاولى بهما مصادرة والثانية لا نقبل لان الرضا شرط اللزوم وهو متاخر عن العقد الذى هو المتنازع والجواب عن حجة الشيخ ان روايةً كلها عامية وقد اثبتنا بخبرها ومثلها فتكون روايتنا ارجح ولو اضطررنا الى التوفيق بينهما لكان التاويل مسلطا على روايته بحمل الباطل على غير المؤثر بنفسه بل الجازة من ابيه للاجازة والنوع الثانية لما نرجع الى نفس الهيئة الممتنع نفيها حمل على المجاز وهو متعدد وباعتبار الجمع يحمل على نفى اللزوم او نفى الكمال وهو اولى بقاعدتنا فى الولى والرواية الاخيرة الخاصة بنا ظاهرة فى انه زنا الامة وطيها بذلك العقد من غير اجازة المولى ولا شبهة فى كونه زنا ولو ادعى عدم الوطى لزم حمله على ما لو فعله كل جمعا بينها وبين ما سلف واما قوله ان العقود الشرعية يحتاج الى الادلة فسلم لكنا قد بيناها وما قررناه يستفاد قوة وقوف جميع العقود على الاجازة بخلاف الايقاعات وهو موضع وفاق وقوله ولو كان لها اه وعانه بالمثالين على خلاف العامة القائلين بثبوت الولاية لهما بالتعصيب وجملة من اسباب الولاية فى النكاح والنفى الاعتماد على نفيه للاصل وقول الص ع فى رجل يريد ان يزوج اخته قال يؤامرها فان سكتت فهو اقرارها وان ابت لم يزوجها وفى الصحيح عن محمد بن الحسن الاشعرى قال كتب بعض بنى عمى الى ابى جعفر ع ما تقول فى صبية زوجها عمها فلما كبرت ابت التزويج فكتب بخطه لا تكره على ذلك والامر امرها قوله ويقنع اه يجوز عود ضمير عرضه الى النكاح والى العقد الواقع عليها حيث لا يكون عليها ولاية والثانى انسب بسياق العبارة سابقا ولاحقا والحكم فيهما واحد وهو الاكتفاء فى البكر بالسكوت واشتراط نطق الثيب وهذا الحكم وهو الاكتفاء فى التكلم بسكوت البكر هو المشهور بين الاصحاب وغيرهم لا نعلم فيه مخالفا منا الا ابن ادريس فانه قال ان السكوت لا يدل فى موضع من المواضع على الرضا لنا قول النبى ص لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن وان سكوتها اذنها وروى الحلبى فى الصحيح عن ابى عبد الله ع فى الرجل يريد ان يزوج اخته قال يؤامرها فان سكتت فهو اقرارها وان ابت فلا يزوجها وروى احمد بن محمد بن ابى نصر البزنطى فى الصحيح قال قال ابو الحسن ع فى المراة البكر اذنها صماتها والثيب امرها اليها وروى داود بن سرحان عن الص ع فى رجل يريد ان يزوج اخته قال يؤامرها فان سكتت فهو اقرارها اذا تقرر ذلك فالمراد بالبكر من لم تذهب بكارتها كما هو المعروف منها وبالثيب من ذهبت بكارتها بجماع وغيره والحكمة فى ذلك ان البكر تستحيى من الجواب باللفظ فى ذلك فاكتفى منها بالسكوت والحق العلامة بها من ذهبت بكارتها بغير الجماع من طفرة او وثبة او سقطة او بالاصبع او طول التعنيس او الدودة المسماة بالحرقوص لوجود معنى البكر فيمن ذكر حيث لم يخالط الرجال فيبقى الحياء بحاله وفيه نظر من حيث اطلاق النصوص الشامل لمن ذكر والاقتصار على الحكمة غير لازم ومن الجائز كونها حكمة فى الحكم الكلى وان تخلفت فى بعض جزئياته ومثله كثير فى القواعد الشرعية المرتبة على امور حكمية تنضبط بضوابط كلية وان تخلفت الحكمة فى بعض مواردها الجزئية كما جعلوا السفر موجبا للقصر نظرا الى المشقة بالاتمام فيه غالبا مع تخلفها فى كثير من المسافرين المترفهين ووجودها فى كثير من الحاضرين وكترتب العيب المجوز للرد على نقصان الخلقة وزيادتها نظرا الى كون ذلك مما يوجب نقصان القيمة غالبا وقد تخلف فى مثل العبد اذا وجد خصيا فانه يتخير على القاعدة وان زادت قيمته اضعافا مضاعفة ولختار الشهيد فى بعض فوائده ان ذلك يلحق ويلحق بالثيبوبة وهو المطابق لاطلاق النص ويتحقق الثيبوبة بزوال البكارة بالجماع سواء كان بالعقد ام بالملك ام بالشبهة ام بالزنا وسواء كانت كبيرة ام صغيرة لصدق الثيبوبة فى الجميع ولزوال الحياء بممارسة الرجال ولو كان الوطى فى الدبر فهل يلحقها بالبكر وجه من حيث انه فى معنى زوال البكارة بغير الوطى والرجوع عن النص فى الحكم المخالف للاصل بمجرد المناسبة التى لا تعتبر عندنا فى الاحكام ليس بجيد وفى الموطوءة فى الدبر وجهان من صدق البكارة ومن زوال الحياء واختار فى كرة اعتبار النطق فيها وينبغى تقييد الاكتفاء بالسكوت بعدم اشتماله على امارة الكراهة والالم يكف ومتى اشتبه الحال كفى السكوت عملا بالنص ولو ضحكت او تبسمت عند عرضه عليها فاولى بالاكتفاء لانه اقوى دلالة من السكوت والحق ابن البراج بهما ما لو بكت وهو بعيد والاولى الرجوع فيه الى قرائن الاحوال قوله ولو كانت مملوكة اه قد تقدم ما يدل على الاكتفاء باجازة المولى بتزويج امته من النصوص واما الاب والجد فلجواز مباشرتهما العقد حيث يكتفى بالاجازة والحكم فيهما واضح قوله اذا كان الولى كافرا اه لما اثبت الولاية فى النكاح لمن ذكر اشار الى الشرائط المعتبرة فيها فمنها الاسلام فلا تثبت الولاية للكافر ابا كان او جدا او غيرهما لقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض وشمل اطلاق المص ما لو كان المولى عليه مسلما او كافرا والامر فى الاول واضح والحكم به اجماعى ويدل عليه مضافا الى ما سبق قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وقوله ص الاسلام يعلو ولا يعلى عليه واما مع كفر المولى عليه وبظهر من الشيخ البحث عن ذلك فيما لو زوجها المسلم على وجه صحيح كما سياتى فلا يصح عقد الكافر عليها بل ينتقل الى غيره من الاولياء وان لم يتفق فى القريب فهو الحاكم ان كان لم عليها ولاية ذلك ولو كانت بكرا بالغة وقلنا بثبوت الولاية عليها كان ذلك كعضل الولى فيتولاه بنفسها ووجه المنع من ولاية الكافر على الكافرة غير ظاهر وعموم الادلة يتناوله وقوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن يشمله بل قال الشيخ فى ط ان ولى الكافرة لا يكون الا كافرا فلو كان لها وليان احدهما مسلم والاخر كافر كان الذى يتولى تزويجها الكافر دون المسلم لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والاجود ان الكافر يتولى نكاح الكافرة مطلقا اذا لم يكن لها ولى مسلم والا فالمسلم اولى وقد ظهر وجه التفصيل مما قررناه ومنها العقل فلا تثبت الولاية للمجنون ولا للمغمى عليه لعجزهما عن اختيار الازواج والنظر فى احوالهم وادراك التفاوت بينهم المط من الولى وفى معناهما

السكر المؤدى الى ذهاب العقل ولو لم يؤد اليه فلا مانع منه اذ الفسق غير مانع من الولاية عندنا وقد ادعى عليه فى كرة الاجماع وان وقع الاختلاف فى منعه فى ولاية المال والفرق ان الفاسق يبحث عن نفسه العار فى النسب والمصاهرة كما يبحث العدل فساواه فى الشفقة ولان سبب الولاية القرابة وهى متحققة فيه بخلاف المال فان المقصود حفظه وضبطه للمولى عليه والفاسق بعيد عن الامانة ومع ذلك فقال فى كرة ان السكران مع بقاء تمييزه لا يلى التزويج فى الحال وهو بعيد وليس لاحد ان يبطل المنع باختلال نظره لانا نتكلم على تقدير عدمه اذا تقرر ذلك فحيث يختل الشرط فى الولى ينتقل الحكم الى غيره من الاولياء وهو عندنا فى الاب والجد ظاهر لان لكل منهما الولاية مع كمال الاخر فمع نقصه اولى فاذا كان الاب كافرا فالولاية للجد خاصة وكذا اذا جن او اغمى عليه ولا فرق بين طول زمان الجنون والاغماء وقصره لعقد حالته دون وجود الولاية فى الاخر وانما يفرق بين الطول والقصر عند من يجعل ولاية الجد مشروطة بفقد الاب كالشافعى فيجعل المانع القصير غير مبطل للولاية ولا ناقل لها الى الابعد كالنوم ومتى زال المانع عادت الولاية وهو فى الابوة ظاهر واعلم انه يتصور اسلام الولد مع كفر الاب مع بلوغ الولد ومباشرته للاسلام اذا جعلنا البكر مولى عليها ويتصور فى الصغير باسلام امه فانه يتبعها اجماعا وباسلام جده على قول بانه يتبعه ايضا ويتصور كفر الولد مع اسلام ابيه مع بلوغه كافرا ثم يتجدد له الجنون اذا اثبتنا الولاية للاب عليه ح ولو قلنا ان ولية الحاكم كما هو الاقوى لم يصح الفرض قوله ولو اختار الاب زوجا اه قد عرفت مما سبق ان الاب والجد يشتركان فى الولاية عندنا ولكن ولاية الجد عند الاجتماع اقوى من ولاية الاب والقوة تظهر من وجهين احدهما انه اذا اختار الاب رجلا واختار الاب غيره فمختار الجد اولى فلا ينبغى للاب ان يعارضه فى ذلك وينبغى ان يبادر الى ما يريده الجد حتى لو كان السابق الاب وقد علم بان الجد يخالف فعله وقصد سبقه بالعقد فقد ترك الاولى وصح عقده وان اتفق العقدان فى وقت واحد بان اقترن قبولهما معا قدم عقد الجد وفى هذه الصورة تظهر اولوية الجد ويدل على الحكم الاول صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما ع قال اذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ولابنه ايضا ان يزوجها فقلنا فان هوى ابوها رجلا وجدها رجلا فقال الجد اولى بنكاحها وعلى الثانى صحيحة هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن الص ع قال اذا زوج الاب والجد كان التزويج للاول فاذا كانا جميعا فى حال واحدة فالجد اولى والاخبار فى ذلك كثيرة من طرق اهل البيت وخالف العامة فى ذلك فجعلوا الاب اولى من الجد على معنى ان الجد لا ولاية له مع وجود الاب لان الاب يولى بنفسه والجد يولى بواسطة الاب وحجتنا النقل ويمكن معارضة دليلهم بان للجد ولاية على الاب لو جن طاعته وامتثال امره فيكون اولى منه وقد روى عبيد بن زرارة عن الص ع قال انى لذات يوم عند زياد بن عبد الله الحارثى اذ جاء رجل يستعدى على ابيه فقال اصلح الله الامير ان ابى زوج ابنتى بغير اذنى فقال زياد لجلسائه الذين عنده ما تقولون فيما يقول هذا الرجل فقالوا نكاحه باطل قال ثم اقبل على فقال ما تقول يا ابا عبد الله فلما سالنى اقبلت على الذين اجابوه فقلت لهم اليس فيما تروون انتم عن رسول الله ص ان رجلا جاء يستعديه على ابيه فى مثل هذا فقال له رسول الله ص انت ومالك لابيك قالوا بلى فقلت لهم فكيف يكون هذا وهو ماله لابيه ولا يجوز نكاحه عليه قال فاخذ بقولهم وترك قولى اذا تقرر ذلك فهل يتعدى هذا الحكم الى اب الجد وجد الجد وان علا مع الاب او مع من هو ادنى منه حتى يكون ابو الجد اولى من الجد وجد الجد اولى من ابى الجد فيه وجهان من زيادة البعد ووجود العلة ويقوى تقديم الجد وان علا على الاب فيقدم عقده عليه مع الاقتران لشمول النص له فان الجد وان علا يشمله اسم الجد لانه مقول على الادنى والاعلى بالتواطؤ واما اقامة الجد مع ابيه مقام الاب مع الجد فقد فيه اقوى لفقد النص الموجب له مع اشتراكهما فى الولاية فان الجد لا يصدق عليه اسم الاب الا مجازا كما اسلفناه فلا يتناوله النص ومن جعله اباحقيقة كما ذهب اليه جمع من الاصحاب يلزمه تعدى الحكم اليه فعلى الاول يبطل العقد لاستحالة الترجيح بغير مرجح او اجتماع الضدين كما لو زوجها الوكيلان وعلى الثانى يقدم عقد الاعلى قوله اذا زوجها الولى بالمجنون اه اما صحة العقد فلان كل واحد من المذكورين كفؤ اذ العيوب المذكورة لا تنافى الكفاءة والمانع من صحته هو تزويجها بغير الكفو ولاصالة الصحة ولانها لو كانت كاملة لكان لها ان تتزوج بمن ذكر وكذا لو كان الطفل كاملا واما ثبوت الخيار فلوجود العيب الموجب له لو كان هو المباشر للعقد جاهلا وفعل الولى له حال صغره بمنزلة الجهل واطلق جواز تزويج الولى الصغيرة بعبد او مجنون او مجهول او مجذوم او ابرص او خصى محتجا بان الكفاءة ليس من شرطها الحرية ولا غير ذلك من الاوصاف ولم يذكر الخيار وما قاله المص اوضح وما ذكره الشيخ غير مناف له الا فى العبد وسياتى وهل يثبت الخيار للولى فى الفسخ قبل بلوغ المولى عليه يحتمله لانه نائب عنه والعدم لان الخيار هنا امر يتعلق بشهوة الزوجين ولا حظ فيه لغيرهما فيناط بنظرهما واعلم ان اطلاق المص وغيره الحكم بالصحة فيما ذكر يدل على ان تزويج الولى غير مشروط بالمصلحة بل ضابطه وقوعه بالكفو والفرض انه لا مفسدة فى ذلك اذ لا يترتب عليه فيه ضرر مالى والنقص ينجبر بالخيار وللشافعية قول بعدم صحة العقد المذكور من حيث انه لا حظ للمولى عليه فى تزويج المعيب سواء علم الولى ام لم يعلم ووجه ثالث بالتفصيل بعلم الولى بالعيب فيبطل كما لو اشترى له المعيب مع علمه بعيبه او الجهل فيصح ويثبت الخيار للولى على احد الوجهين او لها عند البلوغ وهذا الوجه الاخير موجه وعلى القول بوقوع العقد الفضولى صحيحا يكون المراد بالبطلان فى الاول عدم اللزوم بل يقف على الاجازة بعد البلوغ والفرق بينه وبين ما فيه الخيار ان الموقوف على الاجازة لا يصح الا بها فيدونها يبطل وذو الخيار بالعكس ولو اعتبرنا فى عقد الولى الغبطة كما مال اليه بعض الاصحاب فالعقد لازم مهما امكن وموقوف على الاجازة بدونها قوله ولو زوجها بمملوك اه لما كانت الكفاءة عندنا غير مشروطة بالحرية وليست الرقبة من العيوب المجوزة للفسخ صح للولى ان يزوج البنت بمملوك لتحقق الكفاءة ولا خيار لها بعد البلوغ لعدم العيب وكذا الطفل لو زوجه بمملوكة ان جوزنا للحر تزويج الامة مطلقا ولا خيار له بعد البلوغ وان شرطنا فى جوازه الشرطين المشهورين وهما عدم الطول وخوف العنت لم يصح هنا لفقد الشرط الثانى للامن من العنت فى جانب الطفل وسياتى البحث فيه انشاء الله قوله لا يجوز نكاح الامة اه لاختلاف

٣٥٨ بين المسلمين في توقف نكاح الامة على اذن مالكها اذا كان ذكرا وقد تقدم ما يدل عليه من النصوص ولقوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن ويستوي
في ذلك الصغيرة والكبيرة وكذا لو كان المالك انثى لعموم الادلة ولا فرق في الامة بين كونها مولى عليها بالنسبة الى النكاح كالبكر البالغ عند
بعض علمائنا وعدمه لان المنع بالنسبة الى نفسها اعلاه بعد لولا النص فلا يتعدى الى غيرها كما لا يتعدى الى التصرف المالي اجماعا وهذا من توابعه
واكثر العامة على الغاء عبارتها في النكاح مطلقا حتى في انكاح امتها فيتولى انكاحها اولياء الامة على قول والحاكم على قول اخر لهم اذا تقرر ذلك فلا
فرق في المنع من نكاح الامة بغير اذن مولاها بين الدائم والمنقطع لوجود المقتضي للمنع في الجميع وهو قبح التصرف في مال الغير بغير اذنه والقول بجواز
التمتع بامة المرأة بغير اذنها للشيخ في النهاية وتبعه استنادا الى رواية سيف بن عميرة الصحيحة عن علي بن المغيرة قال سألت اباعبد الله عن
الرجل يتمتع بامة امرأة بغير اذنها قال لا بأس به وهذه الرواية مع مخالفتها الاصول المذهب ولظاهر القران مضطربة السند فان سيف بن
عميرة تارة يرويها عن الصادق بغير واسطة وتارة بواسطة علي بن المغيرة وتارة بواسطة داود بن فرقد واضطراب السند يضعف الرواية
وان كانت صحيحة فكيف يعمل بهذه الرواية وقد روى احمد بن ابي نصر في الصحيح قال سألت الرضا ايتمتع بالامة باذن اهلها قال نعم ان الله تعالى يقول
فانكحوهن باذن اهلهن قوله اذا زوج الابوان آه هذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه واضح لان العقد الصادر عن الابوين حال الولاية واقع
من اهله في محله فكان لازما في حق المولى عليه فلا اختيار لهما بعد البلوغ ويثبت التوارث بمقتضى الزوجية ويؤيده صحيحة محمد بن بزيع قال سألت
الرضا عن الصبية يزوجها ابوها ثم يموت وهي صغيرة ثم تكبر قبل ان يدخل بها زوجها ايجوز عليها التزويج ام الامر اليها قال يجوز عليها تزويج ابيها
وروى علي بن يقطين في الصحيح قال سألت ابا الحسن اتزوج الجارية وهي بنت ثلث سنين او يزوج الغلام وهو ابن ثلث سنين وما ادنى حد ذلك
الذي يزوجان فيه فاذا بلغت الجارية ولم ترض فما حالها قال لا بأس بذلك اذا رضي ابوها او وليها وذهب جماعة من الاصحاب منهم الشيخ في ... وابن
البراج وابن حمزة وابن ادريس الى ثبوت الخيار للصبي اذا بلغ تعويلا على رواية يزيد الكناسي قال قلت لابي جعفر في حديث طويل الى ان قال
قلت فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية فقال يا ابا خالد ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان له الخيار اذا ادرك وسند الرواية مجهول والحكم
مضطرب مخالف للاصل والعجب من ابن ادريس في موافقته على ذلك لا لامر للشيخ واتباعه وللشيخ في ... كلام يعطي انهما في هذا الفرض لا يتوارثان
لانه قال ومتى عقد عليهما غير ابويهما ثم مات واحد منهما فان كان الذي مات الجارية فلا يرث الصبي سواء بلغ ام لم يبلغ لان لها الخيار عند البلوغ
وان كان الذي مات الزوج قبل ان يبلغ فلا ميراث لها ايضا لان له الخيار عند البلوغ وهذا التعليل من الشيخ يقتضي ان من له الخيار عند البلوغ
لو مات قبله فلا ميراث وهو يدل على نفي الخيار في صورة الابوين لاثباته الخيار فيه للزوج مع ان محمد بن مسلم روى في الصحيح عن الباقر قال
سألته عن الصبي يزوج الصبية قال اذا كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز ولكن لهما الخيار اذا ادركا فلو عمل الجماعة بهذا الخبر الصحيح و
واثبتوا الخيار لهما كان اولى من تخصيصهم الخيار بالولد استنادا الى الرواية الضعيفة والشيخ في ... حمل هذه الرواية على ان يكون اراد بالخيار
ان لهما فسخ العقد اما بالطلاق من جهة الزوج واختلاعه او مطالبة المرأة له بالطلاق وما يجري مجرى ذلك مما يفسخ النكاح ولم يرد بالخيار
هنا امضاء العقد وان العقد موقوف على اختيارهما وهذا التاويل كان بذلك الخبر الضعيف اولى وبالجملة فالمذهب ما ذكره المص قوله ولو
عقد عليهما غير ابويهما آه اذا عقد على الصغيرين غير وليهما كان فضوليا فان قلنا ان العقد الفضولي في النكاح بط فلا كلام وكذا ان قلنا
بصحته بشرط ان يكون له مجيز في الحال ولم يكن لهما ولي يجوز له العقد عليهما وان جوزنا عقد الفضولي مط او كان له مجيز في الحال ولكنه لم يجزه
ولم يرده فامره موقوف على اجازتهما له بعد البلوغ فان ماتا او احدهما قبله فلا ارث لبطلان العقد بعدم الاجازة وهذا لا كلام فيه
وان بلغ احدهما مع كون الاخر حيا فاجاز العقد لزم من جهته لحصول المقتضي وانتفاء المانع من جهته وبقي من جهة الاخر موقوفا على اجازته اذا بلغ فان اتفق
بلوغه والاخر حي واجاز العقد لزم ولا كلام في ذلك وان فرض موت المجيز اولا قبل ان يبلغ الاخر او بعد بلوغه وقبل اجازته فاجاز بعد ذلك حلف
انه لم يجز طمعا في الميراث بل لو كان الاخر حيا لرضي بتزويجه وورث حصته منه واكثر هذه الاحكام موافقة للاصول الشرعية لا يتوقف على نص خاص
وانما يقع الالتباس منها في اثبات ارث المجيز المتاخر بيمينه مع ظهور التهمة في الاجازة ومستند هذه الاحكام صحيحة ابي عبيدة الحذاء عن الباقر قال
قال سألته عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين فقال النكاح جائز وايهما ادرك كان له الخيار وان ماتا قبل ان يدركا فلا ميراث بينهما
ولا مهر الا ان يكونا قد ادركا ورضيا قلت فان ادرك احدهما قبل الاخر قال يجوز ذلك عليه ان هو رضي قلت فان كان الرجل الذي ادرك قبل
الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية اترثه قال نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث الا رضاها
بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر قلت فان ماتت الجارية ولم يكن ادركت ايرثها الزوج المدرك قال لا لان لها الخيار اذا ادركت قلت
فان كان ابوها هو الذي زوجها قبل ان تدرك قال يجوز عليها تزويج الاب ويجوز على الغلام والمهر على الاب للجارية وفي هذه الرواية مع وضوحها
في الاحكام المذكورة وصحة سندها شبهتان احدهما فرضها في تزويج الوليين وقد عرفت ان تزويج الولي ماض على الولد والثانية ما تضمنته من ثبوت
نصف المهر للزوجة على تقدير موته مع ان الاشهر ان الموت يقتضي تقرر جميع المهر وان كان قبل الدخول وانما ينتصف بالطلاق قبله وقد يمكن
الجواب عن الشبهة الاولى وان الولي اعم ممن يجوز له التزويج لصدقه على الحاكم ووصي المال بل على العصبة وهو المعبر عنه بالولي غير الاجباري فلا
يتعين حمله على الاب والجد مع انه في اخر الرواية صرح بان المزوج لو كان هو الاب لزمها العقد فيتعين حمل الولي في صدرها على غيره والجد بحكم الاب
كما دلت عليه اخبار اخر واما حكمه بثبوت نصف المهر فقد حمل على انه كان قد دفع نصف المهر كما هو المتعارف من تقديم شيء قبل الدخول وان الباقي هو

الثامنة اذا زوج الابوان الصغيرين لزمهما العقد فان مات احدهما ورثه الاخر ولو عقد عليهما غير ابويهما ومات احدهما قبل البلوغ بطل العقد وسقط المهر والارث فلو بلغ احدهما فرضي لزم العقد من جهته فان مات عزل من تركته نصيب الاخر فان بلغ فاجاز احلف على انه لم يجز للرغبة في الميراث وورث ولو مات الذي لم يجز بطل العقد ولا ميراث متن

٣٥٩ المنصف خاصة وهذا الحمل وان كان لا يخلو من البعد الا انه يحتمل للضرورة بجمع آه اذا تقرر هذا فيبحث المسئلة بامور الاول قد ترتب ثبوت الميراث للمجيز
المتاخر موقوفة على يمينه بعد الاجازة فلو لم يحلف فلا ارث وان كان تاخر الحلف لعارض من موت وغيره لان ثبوت الارث هنا على خلاف الاصل
كما بيناه فيقتصر فيه على مورده وربما احتمل مع موته قبل اليمين ثبوت الارث من حيث انه دائر مع العقد الكامل وهو هنا حاصل بالاجازة من الطرفين
ويجيبان بثبات الارث وهذا الاحتمال ليس بشيء لانه لو كان كذلك لم يتوقف على اليمين ابتداء ولا نم ان العقد قد كمل بالاجازة خاصة فان التهمة
لما كانت واقعة في الاجازة لم تعلم مطابقتها لما في نفس الامر كان اليمين هو المكمل للعقد ومع ذلك فالحكم على خلاف الاصل فكيف يتوهم ثبوته
بدونه مع التعذر واشتراطه مع الامكان وكما لا يثبت الارث بموته قبل اليمين فكذا لو نكل عنه وعرض مانع له عنه من جنون وغيره نعم لو كان
العذر مما يرجى زواله كالجنون والغيبة عزل نصيبه من الميراث الى ان يزول المانع او يحصل الياس منه او يوجب التاخير ضررا على الوارث
بتاخر المال او على المال فيحتمل دفعه الى الوارث وتقرير الحال مع ضمانه له على تقدير ظهور استحقاق الحالف له وانما جاز دفعه الى الوارث
لان الاستحقاق غير معلوم والاصل عدمه لكن لما كان اكثر اجزاء السبب قد حصلت روعي الجمع بين الحقين بتاخير النصيب الى وقت لا يحصل معه
ضرر على الوارث مع احتمال عدم وجوب عزله بعد بلوغه وتاخير اليمين الثاني لو كان المتاخر هو الزوج واجاز ولم يحلف فهل يلزمه المهر المسمى
في العقد ام لا وجهان من ان المهر فرع ثبوت النكاح المتوقف على اليمين ولم يحصل ومن انه باجازته معترف بثبوته في ذمته واقرار العقلاء
على انفسهم جائز وانما منع الميراث لتعلقه بحق غيره وحصول التهمة فيه بخلاف المهر والاقوى ثبوته عليه بمجرد اجازته وعلى هذا التقدير
فهل ارثه منه مقدار نصيبه من الارث على تقدير ثبوت الزوجية وجهان من انه بعض الموروث من الزوجية ولم تثبت الزوجية بعد
والارث فرع ثبوتها ولا يلزم من ثبوت اصل المهر في ذمته باقراره ارثه منه لان ذلك متعلق بحق غيره بخلاف ثبوت اصل المهر فان حقه عليه فيقبل
اقراره فيه ومن استلزام اجازته استحقاقه مقدار نصيبه منه على كل تقدير لانه ان كان صادقا في اجازته فارثه لنصيبه منه ثابت في ضمن ارثه
بجملة الميراث وان كان كاذبا فكل المهر مختص به فقدر نصيبه منه ثابت على التقديرين ولا يلزم من عدم ثبوت النكاح عدم ثبوت ارثه منه لان اقراره
بالنكاح لم يتضمن الاقرار بجميع المهر بل بمقدار ما زاد عن نصيبه وليس هذا مثل ما لو اقر بمائة مثلا لامرأة ثم ادعى انها مهر نكاح يرث منه لان اقراره
في هذه الصورة بمجموع المائة واقع والدعوى لثابته ترفع بعضها فيحتاج الى اثباتها بخلاف مسئلتنا فان اجازته اقتضت اقرارا واحدا وهو لزوم
ما زاد عن نصيبه من المهر لذمته خاصة ولم يتعرض للاقرار بجميع المهر لانه انما جاء في ضمن اجازة الزوجية والواقع في ضمنها هو ذلك القدر
لا المجموع وقد ظهر من ذلك ان القول بارثه من المهر مقدار نصيب الزوج متعين الثالث لو انتفت التهمة بالطمع في الميراث بان كان ما يلزمه من المهر
بمقدار ما يرثه او ازيد ولم يكن في اعيان التركة ما يرجى التهمة فهل يتوقف على اليمين نظرا من انتفاء فائدته على هذا التقدير ومن اطلاق
النص والفتوى بتوقف الارث على اليمين ولا يلزم من ذلك كون التهمة علة تامة في اعتبار اليمين بل جاز ان يكون هو الحكمة الباعثة على الحكم
ولا يلزم اطرادها في جميع افراد المحكوم عليه كما سبق تقريره من قريب نظرا الى ان الشارع ينظر في الغالب الى مناسبة الحكمة ويرتب الحكم على وجه
كلي وان تخلفت في بعض افراده ضبطا لقواعد الشرع وعلى هذا لا يستحق شيئا من اعيان التركة بدون اليمين وان كان ما يعزم فيه في ذمته او
في عين من الاعيان من المهر اضعاف ما يدعيه ولا يبعد توقف ملكه لنصيبه من عين التركة على اليمين لان ذلك امر اخر وحق خارج لا ملازمة بينه وبين
ما يقربه وهذا هو الاقوى الرابع النص ورد في تزويج الاجنبي للصغيرين فلو كانا كاملين فزوجهما الفضولي ففي انسحاب الحكم اليهما وجهان من تساويهما
في كون العقد فيهما عقد فضولي ولا مدخل للكبر والصغر في ذلك ومن ان في بعض احكامه ما هو خلاف الاصل فيقتصر على مورده وهذا اقوى
ومع فيحكم ببطلان العقد اذا مات المعقود عليهما بعد اجازته وقبل اجازة الاخر سواء قلنا ان الاجازة جزء السبب ام كاشفة عن سبق النكاح من
حين العقد اما على الاول فظ لان موت احد المتعاقدين قبل تمام السبب مبطل كما لو مات احدهما قبل تمام القبول واما على الثاني فلان الاجازة
وحدها لا تكفي في ثبوت هذا العقد بل لا بد معها من اليمين وقد حصل الموت قبل تمام السبب خرج منه ما ورد فيه النص وهو العقد على الصغيرين
فيبقى الباقي الخامس لو تغير مورد النص بكون العاقد على الصغيرين احدهما الولي والاخر فضولي فمات من عقد له الولي قبل بلوغ الاخر فهل يتعدى اليه
الحكم فينتظر بلوغ الاخر واجازته ويورث بعد يمينه قيل نعم لان هذا لا يزيد عن مورد النص الا بلزوم احد الطرفين وكون المزوج هو الولي وهذا
لا دخل له في الفرق بل الحكم فيه اولى لان الجائز من الطرفين اضعف حكما من اللازم من احدهما فاذا ثبت الحكم في الاضعف ثبت في الاقوى بطريق
اولى وبهذا يخرج عن القياس الممنوع الى المنصوص بخلاف الصورة السابقة ويمكن اثباتها بالاولوية في الصورة السابقة بوجه اخر وهو ان عقد
الفضولي اذا كان له مجيز في الحال فلا اشكال في صحته عند القائل بصحته ومع لم يكن له مجيز في الحال فهو محل اشكال وعقد الكبيرين فضولا
من القسم الاول وعقد الصغيرين من الثاني فاذا ثبت الحكم في الاضعف ثبت في الاقوى بطريق اولى وهذا متجه لم ينبه عليه احد السادس لو كانا
بالغين لكن زوج احدهما الفضولي والاخر اوقعه لنفسه او كان احدهما بالغا والاخر صغيرا واوقع له الولي ففي انسحاب الحكم الوجهان السابقان
من مخالفة صورة النص ومن الاولوية بلزوم احد الطرفين فيكون اقوى كالسابقة وان كانت ابعد من جهة الخروج عن المنصوص في كونهما معا صغيرين
الا ان ذلك يجبر بالاولوية المذكورة ويظهر منهم الجزم بالحكم في هذا ايضا وهو متجه قوله اذا اذن المولى لعبده آه اذا اذن المولى لعبده في التزويج
فاما ان يعين له الزوجة او لا وعلى التقديرين فاما ان يعين له قدر المهر ام لا فالاقسام اربعة الاول ان يعين المراة والمهر فيتعينان ولا يجوز
التخطي الى غيرهما فان كان العقد موقوفا على اجازة المولى بناء على صحة عقد الفضولي وعلى الاخر يبطل ولا فرق بين التجاوز الى الشرف منها

التاسعة اذا اذن المولى لعبده في ابتياع العقد واقتضى الاطلاق الاقتصار على مهر امثالها فان زاد كان الزائد في ذمته يتبع به اذا تحرر ويكون مهر المثل على مولاه وقيل في كسبه والاول اظهر وكذا القول في نفقتها متن صح

واخر وما ولا اشتراك الجمع وفوعه بغير الاذن الثاني ان يطلق له فيهما فله ان يتزوج بمن شاء بمهر المثل او دونه من حرة او امة من بلده وخارجه شريفة ووضيعة لتناول الاطلاق لذلك كله الا انه ليس له الخروج من بلد المولى لنهيها الا باذن سيده وانما تظهر فائدة الصحة مع نقلها اليه ومع الاذن وربما استشكل الاكتفاء باطلاق الاذن من حيث اقتضائه تسلطه على من يريد مع تفاوت المهر بالقلة والكثرة تفاوتا فاحشا وايجاب ما يحتاج العبد على السيد بالاذن المطلق وان كره ويندفع الاشكال بان السيد قد قدم على ذلك باطلاق الاذن المتناول لذلك كله فالضرر مستند اليه ان كان وانما حمل الاطلاق على مهر المثل لانه بمنزلة ثمن المثل من المبيع فيحمل عليه كما لو اذن له في الشراء او البيع واطلق فانه يحمل على ذلك بثمن المثل فان تجاوزه هنا صح العقد لانه ماذون فيه ويلزم المولى مهر المثل والزايد يلزم ذمة العبد يتبع به بعد العتق والفرق بينه وبين الاذن المطلق في شراء المتاع حيث توقف العقد مع تجاوزه ثمن المثل على اجازة المولى ولم يتوقف هنا ان النكاح لا يتوقف على المهر ولا تلازم بينهما فالاذن في النكاح متحقق على كل حال فلا وجه لابطاله بخلاف البيع فان الثمن شرط في صحته ويشكل هذا في جانب المرأة هنا اذا لم تكن عالمة بالحال فانها انما قدمت على مهر يثبت في ذمة المولى معجلا ولم يحصل ويندفع الاشكال بمنع كون نكاح العبد مطلقا يوجب كون المهر معجلا في ذمة المولى او غيره بل قد يكون كذلك وقد لا يكون كما في هذه الصورة والمرأة انما قدمت على نكاح العبد بمهر يرجع في امره الى الشارع والتقصير منها حيث لم تعرف الحكم فانه لما كان من المعلوم ان العبد لا يملك شيئا فعلمها بثبوت المهر في ذمة المولى او ذمته معجلا قدوم على غير معلوم فالضرر جاء من قبلها الثالث ان يعين المرأة ويطلق المهر فلا يجوز له التخطي الى غير المعين فيكون فضوليا وينصرف الاطلاق الى مهر المثل او اقل فان زاد اتبع بالزيادة كما مر الرابع ان يعين المهر ويطلق في المرأة فيتخير في تزويج من شاء بالمهر المعين فان تخطاه تعلق الزايد بذمته كالزايد عن مهر المثل وان كانت الزيادة هنا لا انحصار مع المعين مهر المثل هذا اذا كان المعين بقدر مهر مثل المرأة التي اختارها العبد او اقل اما لو كان اكثر من مهر مثلها ففي لزوم العقد والمسمى نظرا الى كونه ماذونا او تعلق الزايد من مهر المثل بذمته يتبع به كما لو زاد في المطلق من حيث ان التجاوز عن مهر المثل حكمه ذلك وتعين المهر مع اطلاق الزوجة لا ينافيه وجهان واختار في كرة الاول ولا يخلو من اشكال اذا تقرر ذلك فقد اختلف الاصحاب في محل المهر المتعلق بالمولى من المعين ومهر المثل مع الاطلاق وفي نفقة الزوجة هل هو في ذمة المولى او كسب العبد فالمشهور بينهم والاصح هو الاول لان الاذن في النكاح يستلزم الاذن في توابعه ولوازمه كما لو اذن له في الاحرام بالحج فانه يكون اذنا في توابعه من الافعال وان لم يذكره ومع تعين المهر اولى وحيث كان المهر والنفقة لازمين للنكاح والعبد لا يملك شيئا وكسبه من جملة اموال المولى كان الاذن موجبا لالتزام ذلك من غير ان يتقيد بنوع خاص من ماله كما في دينه فيتخير بين بذله من ماله وبين كسب العبد ان وفى به والا وجب عليه الاكمال ووجه الثاني ان ذلك يجب في مقابلة عوض يستوفيه العبد في الحال والسيد لم يلتزمه في ذمته ولا هو مستوفي بدله والقولان للشيخ وعلى القول الثاني يجب على المولى تخليته للتكسب نهارا وتخليته للاستمتاع ليلا الا ان يختار الانفاق عليه وعلى زوجته من ماله فله استخدامه بشرط ان لا يزيد اجرة الخدمة عن النفقة المبذولة والا كان الزايد مصروفا في المهر فيجب على المولى بذل الزايد او تخليته ليصرف في المكسب فيما حيث يفضل وانما يتعلق المهر بكسبه الحاصل بعد العقد والنفقة بكسبه الحاصل بعد وجوب الانفاق فانه قد يتاخر عن العقد لاشتراطه بالتمكين معه فما كان بيده من كسب قبل ذلك فهو بمنزلة اموال السيد ولو فرض كون المهر مؤجلا لم يتعلق به الكسب الحاصل قبل حلوله فان فضل من السابق من النفقة شيء فهو للمولى لان الاكتساب تابع لوجوب الحق قوله من تحرر بعضه اه من تحرر بعضه صار شريكا للمولى في الحق المتعلق برقبته فليس لاحدهما التصرف الا باذن الآخر ومنه النكاح فليس للمولى اجباره عليه مراعاة لجانب الحرية لان الحر لا يجبر عليه والنكاح لا يختص ببعضه ولا للعبد الاستقلال به مراعاة لجانب الرقية بل يعتبر صدوره عن اذنهما ويكون المهر والنفقة بالنسبة ولو زاد المبعض عن مهر المثل او المعين تعلق الزايد هنا بجزئه الحر قوله اذا كانت الامة للمولى عليه اه نكاح امة المولى عليه من جملة التصرفات في امواله فيكون امرها الى من له الولاية عليه فحكمه في عدم جواز اعتراض المولى عليه بعد الكمال حكم غيره من التصرفات ولا فرق في ذلك بين كون المالك المولى عليه ذكرا او انثى نظرا الى العموم ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث منع من تزويج امة المولى عليه مطلقا لانه ينقص قيمتها وقد تحبل فتهلك ومنهم من شرط في جواز تزويج الولي كون المولى عليه ممن يجوز له مباشرة التزويج والكل عندنا ساقط والفرق بين التصرفين ظ واشتراط التصرف بالمصلحة يرفع احتمال النقص قوله ويستحب للمرأة اه حيث قلنا بعدم ثبوت الولاية على المرأة الكاملة يستحب لها ان لا تستقل بالتزويج بل تستاذن فيه اباها لما تقدم من الاخبار الكثيرة الدالة على ان المتولي لتزويجها هو الاب واقل مراتبها الحمل على الاستحباب ولان الاب في الاغلب اخبر بالانسب من الرجال واعرف باحوالهم منها ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب وان كان الاستحباب في جانب البكر آكد لان الخلاف فيها اقوى والاحتياط في عدم استقلالها اكثر والعلة في جانبها بعدم الاطلاع على احوال الرجال اقوى قوله وان توكل اخاها اه كما يستحب للمرأة تفويض امرها الى الاب والجد كذلك يستحب تفويضه الى الاخ مع عدمهما لانه اخبر بذلك غالبا وعليه غضاضة ان ضرب في الاختيار كالاب وقد تقدم في رواية ابي بصير ان الاخ من جملة من بيده عقدة النكاح وحمله على الاستحباب حسن وربما كان اولى من حمله على كونه وصيا كما مر ومع تعدد الاخوة يستحب لها التعويل على راي الاكبر والتزويج بمن يختاره من الازواج لاختصاصه بمزيد الفضيلة وقوة النظر والاجتهاد في الاصلح ولما سيأتي من الخبر الدال على ترجيح عقد الاكبر هذا اذا كان الزوجان متساويين في الكمال او متقاربين فيه اما لو كان مختار الاصغر اكمل اشكل ترجيح خيرة الاكبر لان الكمال المتعلق بالزوج اولى بحال المرأة من مجرد ترجيح جانب الاكبر خصوصا مع فقد دليل الاستحباب فان اكملية راي الاكبر مطلقا ممنوع والخبر يأتي الكلام فيه والاولى الاقتصار في الاستحباب على حالة تساوي الرايين او رجحان راي الاكبر قوله اذا زوجها الاخوان اه قد عرفت مما سبق ان

في تزويج الاخوين

الاخ حكم الاجنبي بالنظر الى تزويج الاخت وان استحب لها توكيله ويرجح عقد الاكبر من الاخوين عند التشاح وح فاذا زوجها الاخوان برجلين من غير توكيل فان لم تكن وكلتهما فهما فضوليان تتخير في اجازة عقد من شاءت منهما واستحب لها ترجيح عقد الاكبر وان وكلت احدهما خاصة صح عقده وبطل عقد الآخر وان وكلتهما معا صح عقد السابق منهما وبطل اللاحق وان اقترنا دفعة واحدة بطلا لاستحالة الترجيح من غير مرجح ولا فرق في جميع ذلك بين الاخوين وغيرهما وانما خصهما بالذكر لوقوع الخلاف في تقديم عقد الاكبر عند التعارض ومنا الوكيلين والقائل بتقديم عقد الاكبر في هذه الحالة الشيخ في يه وتبعه جماعة تعويلا على رواية وليد بياع الاسفاط قال سئل ابو عبد الله ع وانا عنده عن جارية كان لها اخوان زوجها الاكبر بالكوفة وزوجها الاصغر بارض اخرى قال الاول احق بها الا ان يكون الآخر قد دخل بها فان دخل بها فهي امرأته ونكاحه جائز واعلم ان البحث في هذه المسئلة يقع في موضعين احدهما تحرير محل النزاع فان المص جعل مورد الخلاف ما لو اتفق العقدان في حالة واحدة وان الشيخ في هذه الحالة قال بتقديم عقد الاكبر وعبارة الشيخ خالية عن القيد بل تدل على تقديم الاكبر مطلقا وكذلك روايته التي هي مستند الحكم بل الرواية ظاهرة في عدم الاقتران لان كل عقد منهما واقع في بلد فيبعد العلم باقترانهما وكيف كان فالعبارة اعم منه وهذا لفظ الشيخ في يه وان كان لها اخوان فجعلت الامر اليهما ثم عقد كل واحد منهما عليها لرجل كان الذي عقد عليها اخوها الاكبر اولى بها من الآخر فان دخل بها الذي عقد عليها اخوها الصغير كان العقد ماضيا ولم يكن للاخ الكبير امر مع الدخول فان كان الاخ الكبير قد سبق بالعقد ودخل الذي عقد له الصغير بها فانها ترد الى الاول وكان لها الصداق بما استحل من فرجها وعليها العدة هذه عبارته التي يتعلق الغرض بنقلها واطلاقها الشامل لحالة الاقتران والاختلاف واضح طارد للرواية المتقدمة بمعنى ما ذكره وحاصل فتواه في يه تقديم الاكبر مطلقا الا مع دخول من زوجه الاصغر في حالة لم يكن الاكبر متقدما بالعقد وهذا القيد الاخير زايد على الرواية وفي كتابي الاخبار حمل الرواية على ما اذا جعلت المرأة امرها الى اخويها واتفق العقدان في حالة واحدة فيكون عقد الاكبر اولى ما لم يدخل الذي عقد عليه الاصغر وهذا قول آخر للشيخ غير ما قاله في يه لانه هنا جعل تقديم الاكبر مع الاقتران خاصة بشرط ان لا يدخل بها من زوجه الاصغر والقولان معا للشيخ مغايران لما نقله المص لانه جعل تقديم الاكبر مع الاتفاق مطلقا وفي الحقيقة هو احد من القولين من حيث ان الحكم بتقديم عقد الاكبر يوجب الغاء العقد الآخر فكيف يصححه الدخول بعد الحكم بالغائه وتكلف اعتباره بعد المراجعة والدخول كما لو اتفقت المراجعة قبل الدخول نظرا الى ظاهر الواقع خيال واه لان ذلك لا دخل له في صحة العقد وفساده كما ان الدخول مع التوكيل كذلك نعم لو كانا فضوليين توجه الفرق بين الدخول وعدمه بجعل الدخول اجازة لعقد الفضولي وترجيحه اقوى من ترجيح جانب الاخ الاكبر ومع عدم الدخول يرجح الاكبر اما استحبابا او مطلقا على ظاهر الرواية وبالجملة فتنزيل الشيخ للرواية على القولين لم يستقم وكذا اطلاق المص القول عنه فان اعتماده على الرواية وهي منافية لما اطلقه المص وكذا عبارته في الموضعين وايضا على تقدير كونهما وكيلين وتقدم احدهما لا وجه لاعتبار الثاني اصلا لوقوعه على المرأة وهي مزوجة فيلغو ومع الاقتران فقد يتصور تقديم الاكبر ويجعل هو المرجح حيث تساويا في الوقت الا ان اشتراطه عدم دخول الآخر بها فيه فان المرجح حاصل من حين العقد والوكالة متحققة فيهما فاما ان يبطلا كما هو المشهور او يرجح جانب الاكبر بمرجح حاصل من حين العقد فلا موثر فيه لوطي الآخر بعد وقوع هذا كله فالرواية محمولة اما على خلاف ظاهر الخبر مما نزله الشيخ من كونهما وكيلين وكون المراد من المقدم عقده هو الاكبر وذلك بان يحمل قوله الاول احق بها على المتقدم بالعقد سواء كان هو الاكبر ام الاصغر وهو على تقدير وكالتهما اوفق بالاصول الشرعية من حمل الاول على الاكبر ويبقى استثناء مسئلة الدخول مشكلة على التقديرين الا ان الامر على هذا اخف لان الرواية على تنزيل الشيخ مشكلة من الوجهين وهنا من وجه واحد ولو حملناها على كونهما فضوليين كما يقتضيه اطلاق الحال فانه لم يذكر كونهما وكيلين والاصل وظاهر الحال يقتضي عدم التوكيل صح الحكم في تقديم من حصل له دخول لان ذلك يكون اجازة لعقده ويبقى الاشكال في تقديم الاكبر او السابق مع عدم الدخول ويمكن ح حمل ذلك على الاستحباب بمعنى انه يستحب لها ان تقدم عقد الاكبر او السابق ما لم يكن دخول والا تعين تقديم من دخل لتحقق الاجازة فيزول معنى التخيير وهذا اولى ما نزل عليه الرواية واوفق باصول المذهب ويسقط كلام الشيخ في القولين ومع هذا كله فالرواية ضعيفة الاسناد لان وليدا المذكور فيها مجهول الحال وفي الرجال الوليد بن صبيح ثقة وكونه اياه غير معلوم وللشيخ قول ثالث موافق للمشهور ونسب ما ذكره في يه الى الرواية وهو انسب فهذا ما يتعلق بتحرير محل النزاع والموضع الثاني في تحقيق الحكم في المسئلة فنقول اذا زوجها اخوان من رجلين فلا يخ اما ان يكونا وكيلين او فضوليين او احدهما وكيل والآخر فضولي وعلى التقادير الثلثة اما ان يتفق العقدان في وقت واحد او يتعاقبا في وقتين وعلى التقادير الستة اما ان يقع هناك دخول لاحدهما ام لا وعلى تقدير الدخول اما ان يكون بمن حكم له بالعقد ام بالآخر وعلى تقدير كونه الآخر اما ان يكون الزوجان عالمين بالحال او جاهلين او بالتفريق وعلى التقادير اما ان يستمر العلم بحال العقدين من الاتفاق والتعاقب او يجهل وعلى تقدير الجهل اما ان يجهل السابق منهما مع العلم به او يشك في الواقع هل هو السبق او الاقتران فهذه جملة اقسام المسئلة وان اضفنا اليها كون العاقدين اما ان يكونا اجنبيين او اخوين ليرتب على ذلك استحباب تقديمها عقد الاكبر حيث يكونان فضوليين او مطلقا على القول الآخر تضاعفت الاقسام وجملة القول في حكمها انهما ان كانا وكيلين وسبق احدهما فالحكم للسابق وبطل المتاخر سواء دخل بها الثاني ام لم يدخل وسواء كانا اخوين على الاصح ام لا ووجهه واضح لان العقد الاول وقع صحيحا جامعا للشرائط والثاني وقع وهي في عصمة الاول فكان باطلا ويؤيده ما روي عن النبي ص انه قال اذا انكح الوليان فالاول احق ثم ان لم يدخل بها الثاني سلمت الى الاول وان دخل بها الثاني فان كانا عالمين بالحال فهما زانيان فلا شيء لها ولا يلحق بهما الولد وان اتفق وفرق بينهما وردت الى الاول وان كانا جاهلين بالحال او بالتحريم فلها على الواطئ مهر المثل في مقابلة الاستمتاع كغيره من وطي الشبهة ويلحق الولد بهما ان اتفق

٤٢٠ واخر ومساو لاشتراك الجميع وفوعه بغير الاذن الثاني ان يطلق له فيهما فله ان يتزوج بمن شاء بمهر المثل او دونه من حرة او امة من بلده وخارجه شريفة ووضيعة لتناول الاطلاق لذلك كله الا انه ليس له الخروج من بلد المولى اليها الا باذن سيده وانما تظهر فائدة الصحة مع نقلها اليه او مع الاذن وربما استشكل الاكتفاء باطلاق الاذن من حيث اقتضائه تسلطه على من يريد مع تفاوت المهر بالقلة والكثرة تفاوتا فاحشا وايجاب ما يجب على العبد على السيد بالاذن المطلق وان كره ويندفع الاشكال بان السيد قد قدم على ذلك باطلاقه الاذن المتناول لذلك كله فالضرر مستند اليه ان كان وانما حمل الاطلاق على مهر المثل لانه بمنزلة ثمن المثل من المبيع فيحمل عليه كما لو اذن له في الشراء او البيع واطلق فانه يحمل على ذلك فيمن المثل فان تجاوزه هنا صح العقد لانه ماذون فيه ويلزم المولى مهر المثل والزائد يلزم ذمة العبد يتبع به بعد العتق والفرق بينه وبين الاذن المطلق في شراء المتاع حيث توقف العقد مع تجاوزه ثمن المثل على اجازة المولى ولم يتوقف هنا ان النكاح لا يتوقف على المهر ولا تلازم بينهما فالاذن في النكاح متحقق على كل حال فلا وجه لابطاله بخلاف البيع فان الثمن شرط في صحته ويشكل هذا في جانب المراة هنا اذ لم تكن عالمة بالحال فانها انما قدمت على مهر يثبت في ذمة المولى معجلا ولم يحصل ويندفع الاشكال بمنع كون نكاح العبد مطلقا يوجب كون المهر معجلا في ذمة المولى او غيره بل قد يكون كذلك وقد لا يكون كما في هذه الصورة والمراة انما قدمت على نكاح العبد بمهر يرجع في امره الى الشارع والتفصيل منها حيث لم تعرف الحكم فانه لما كان من المعلوم ان العبد لا يملك شيئا فعلمها بثبوت المهر في ذمة المولى او ذمته معجلا قدوم على غير معلوم فالضرر جاء من قبلها الثالث ان يعين المرأة ويطلق المهر فلا يجوز له التخطي الى غير المعين فيكون فضوليا وينصرف الاطلاق الى مهر المثل او اقل فان زاد اتبع بالزيادة كما مر الرابع ان يعين المهر ويطلق في المراة فيتخير في تزويج من شاء بالمهر المعين فان تخطاه تعلق الزائد بذمته كالزائد عن مهر المثل وان كانت الزيادة هنا الا بالتجاوز مع المعين مهر المثل هذا اذا كان المعين بقدر مهر مثل المراة التي اختارها العبد او اقل اما لو كان اكثر من مهر مثلها ففي لزوم العقد والمسمى نظرا الى كونه ماذونا او يتعلق الزائد عن مهر المثل بذمته يتبع به كما لو زاد في المطلق من حيث ان التجاوز عن مهر المثل حكمه ذلك وتعين المهر مع اطلاق الزوجة لا ينافيه وجهان واختار في كرة الاول ولا يخلو من اشكال اذا تقرر ذلك فقد اختلف الاصحاب في محل المهر المتعلق بالمولى من المعين ومهر المثل مع الاطلاق وفي نفقة الزوجة هل هو في ذمة المولى او كسب العبد فالمشهور بينهم والاصح هو الاول لان الاذن في النكاح يستلزم الاذن في توابعه ولوازمه كما لو اذن له في الاحرام بالحج فانه يكون اذنا في توابعه من الافعال وان لم يذكره مع تعين المهر اولى وحيث كان المهر والنفقة لا ينفك النكاح والعبد لا يملك شيئا وكسبه من جملة اموال المولى كان الاذن موجبا لالتزام ذلك من غير ان يتقيد بنوع خاص من ماله كما في ديونه فيتخير بين بذله من ماله وبين كسب العبد ان وفى به والا وجب عليه الاكمال ووجه الثاني ان ذلك يجب في مقابلة عوض يستوفيه العبد في الحال والسيد لم يلتزمه في ذمته ولا هو مستحق بدله والقولان للشيخ وعلى القول الثاني يجب على المولى تخليته للتكسب نهارا وتخليته للاستمتاع ليلا الا ان يختار الانفاق عليه وعلى زوجته من ماله فله استخدامه بشرط ان لا تزيد اجرة الخدمة عن النفقة المبذولة والا كان الزائد مصروفا في المهر فيجب على المولى بذل الزائد او تخليته ليصرفه في المكسب فيما حيث يفضل وانما يتعلق المهر بكسبه الحاصل بعد العقد والنفقة بكسبه الحاصل بعد وجوب الانفاق فانه قد يتاخر عن العقد لاشتراطه بالتمكين معه فما كان بيده من كسب قبل ذلك فهو بمنزلة اموال السيد ولو فرض كون المهر مؤجلا لم يتعلق به الكسب الحاصل حلوله فان فضل من السابق من النفقة شيء فهو للمولى لان الاكتساب تابع لوجوب الحق قوله من تحرر بعضه اه من تحرر بعضه صار شريكا للمولى في الحق المتعلق برقبته فليس لاحدهما التصرف الا باذن الاخر ومنه النكاح فليس للمولى اجباره عليه مراعاة لجانب الحرية لان الحر لا يجبر عليه والنكاح لا يتبعض بعضه ولا للعبد الاستقلال به مراعاة لجانب الرقية بل يعتبر صدوره عن رايهما ويكون المهر والنفقة بالنسبة ولو زاد المبعض عن مهر المثل او المعين تعلق الزائد هنا بجزئه الحر قوله اذا كانت الامة لمولى عليه اه نكاح امة المولى عليه من جملة التصرفات في اموالهم فيكون امرها الى من له الولاية عليه فحكمه في عدم جواز اعتراض المولى عليه بعد الكمال حكم غيره من التصرفات ولا فرق في ذلك بين كون المالك المولى عليه ذكرا او انثى نظرا الى العموم ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث منع من تزويج امة المولى عليه مطلقا لانه ينقص قيمتها وقد يحبل فتهلك ومنهم من شرط في جواز تزويج الولي كون المولى عليه ممن يجوز له مباشرة التزويج والكل عندنا ساقط والفرق بين التصرفين ظاهر واشتراط التصرف بالمصلحة يرفع احتمال النقص قوله ويستحب للمراة اه حيث قلنا بعدم ثبوت الولاية على المراة الكاملة يستحب لها ان لا تستقل بالتزويج بل تستاذن فيه اباها لما تقدم من الاخبار الكثيرة الدالة على ان المتولي لتزويجها هو الاب واقل مراتبها الحمل على الاستحباب ولان الاب في الاغلب اخبر بالانسب من الرجال واعرف باحوالهم منها ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب وان كان الاستحباب في جانب البكر اكد لان الخلاف فيها اقوى والاحتياط في عدم استقلالها اكثر والعلة في جانبها بعدم الاطلاع على احوال الرجال اقوى قوله وان توكل اخاها اه كما يستحب للمراة تفويض امرها الى الاب والجد كذلك يستحب تفويضه الى الاخ مع عدمهما لانه اخبر بذلك غالبا وعليه غضاضة ان ضرت في الاختيار كالاب وقد تقدم في رواية ابي بصير ان الاخ من جملة من بيده عقدة النكاح وحملها على الاستحباب حسن وربما كان اولى من حمله على كونه وصيا كما مر ومع تعدد الاخوة يستحب لها التعويل على راي الاكبر والتزويج بمن يختاره من الازواج لاختصاصه بمزيد الفضيلة وقوة النظر والاجتهاد في الاصلح ولما سياتي من الخبر الدال على ترجيح عقد الاكبر هذا اذا كان الزوجان متساويين في الكمال او متقاربين فيه اما لو كان مختار الاصغر اكمل اشكل ترجيح خيرة الاكبر لان الكمال المتعلق بالزوج اولى بحال المراة من مجرد ترجيح جانب الاكبر خصوصا مع قصور دليل الاستحباب فان اكملية راي الاكبر مطلقا ممنوع والخبر باقي الكلام فيه والاولى الاقتصار في الاستحباب على حالة تساوي الراءين او رجحان راي الاكبر قوله اذا زوجها الاخوان اه قد عرفت مما سبق ان

في تزويج الاخوين

٤٢١ الاخ حكمه حكم الاجنبي بالنظر الى تزويج الاخت وان استحب لها توكيله ويرجح عقد الاكبر من الاخوين عند التشاح فاذا زوجها الاخوان برجلين فان لم تكن وكلتهما فهما فضوليان تتخير في اجازة عقد من شاءت منهما واستحب لها ترجيح عقد الاكبر وان وكلت احدهما خاصة صح عقده وبطل عقد الاخر وان وكلتهما معا صح عقد السابق منهما وبطل اللاحق وان اقترنا دفعة واحدة بطلا لاستحالة الترجيح من غير مرجح ولا فرق في جميع ذلك بين الاخوين وغيرهما وانما خصهما بالذكر لوقوع الخلاف في تقديم عقد الاكبر عند التعارض ومن الوكيلين والقائل بتقديم عقد الاكبر في هذا الحكم الشيخ في النهاية وجماعة تعويلا على رواية وليد بياع الاسفاط قال سئل ابو عبد الله ع وانا عنده عن جارية كان لها اخوان زوجها الاكبر بالكوفة وزوجها الاصغر بارض اخرى قال الاول احق بها الا ان يكون الاخر قد دخل بها فان دخل بها فهي امرأته ونكاحه جائز واعلم ان البحث في هذه المسألة يقع في موضعين احدهما تحرير محل النزاع فان المحصل مورد الخلاف ما لو اتفق العقدان في حالة واحدة وان الشيخ في هذه الحالة قال بتقديم عقد الاكبر وعبارة الشيخ خالية عن القيد بل تدل على تقديم الاكبر مطلقا وكذلك رواية التي هي مستند الحكم بل الرواية ظاهرة في عدم الاقتران لان كل عقد منهما واقع في بلد فيبعد العلم باقترانهما وكيف كان فالعبارة اعم منه وهذا لفظ الشيخ في النهاية وان كان لها اخوان فجعلت الامر اليهما ثم عقد كل واحد منهما عليها لرجل كان الذي عقد عليها اخوها الاكبر اولى بها من الاخر فان دخل بها الذي عقد عليها اخوها الصغير كان العقد ماضيا ولم يكن للاخ الكبير امر مع الدخول فان كان الاخ الكبير قد سبق بالعقد ودخل الذي عقد له الصغير بها فانها ترد الى الاول وكان لها الصداق بما استحل من فرجها وعليها العدة هذه عبارته التي يتعلق الغرض بنقلها واطلاقها الشامل لحالة الاقتران والاختلاف واضح والرد المتقدم بمعنى ماذكره وحاصل فتواه في تقديم الاكبر مطلقا مع دخول من زوجه الاصغر في حالة لم يكن الاكبر متقدما بالعقد وهذا القيد الاخير زائد على الرواية وفي كتابي الاخبار حمل الرواية على ما اذا جعلت المراة امرها الى اخويها واتفق العقدان في حالة واحدة فيكون عقد الاكبر اولى ما لم يدخل الذي عقد عليه الاصغر وهذا قول اخر للشيخ غير ما قاله في النهاية لانه هنا جعل تقديم الاكبر مع الاقتران خاصة بشرط ان لا يدخل بها من زوجه الاصغر والقولان معا مغايران لما نقله المصنف لانه جعل تقديم الاكبر مع الاتفاق مطلقا وفي الحقيقة هو احد القولين من حيث ان الحكم بتقديم عقد الاكبر يوجب الغاء العقد الاخر فكيف يصح الدخول بعد الحكم بالغائه وتكلف اعتباره بعد المراعاة والدخول والعقد لو انفسخت المراعاة قبل الدخول نظرا الى الواقع خيال واه لان ذلك لا دخل له في صحة العقد وفساده كما ان الدخول مع التوكيل كذلك نعم لو كانا فضوليين توجه الفرق بين الدخول وعدمه بجعل الدخول اجازة لعقد الفضولي وترجيحا اقوى من ترجيح جانب الاخ الاكبر ومع عدم الدخول يرجح الاكبر اما استحبابا او مطلقا على ظاهر الرواية وبالجملة فتنزيل الشيخ للرواية على القولين ليس بمستقيم وكذلك اطلاق المصنف القول عنه فان اعتماده على الرواية وهي منافية لما اطلقه المصنف وكذا عبارته في الموضعين وايضا على تقدير كونهما وكيلين وتقدم احدهما لا وجه لاعتبار الثاني اصلا لو قوعه على المراة وهي من زوجة فيلغو ومع الاقتران فقد يتصور تقديم الاكبر ويجعل هو المرجح حيث تساويا في الوقت الا ان اشتراطه عدم دخول الاخر بها فيه فان المرجح حاصل من حين العقد والوكالة متحققة فيهما فاما ان يبطلا كما هو المشهور او يرجح جانب الاكبر يرجح حاصل من حين العقد فلا يؤثر فيه وطي الاخر بعد ذلك مع هذا كله فالرواية محتملة احتمالا ظاهرا لغير ما نزله الشيخ من كونهما وكيلين وكون المراد من المقدم عقده هو الاكبر وذلك بان يحمل قوله الاول احق بها على المتقدم بالعقد سواء كان هو الاكبر ام الاصغر وهو على تقدير وكالتهما اوفق بالاصول الشرعية من حمل الاول على الاكبر ويبقى استثناء مسألة الدخول مشكلة على التقديرين الا ان الامر على هذا اخف لان الرواية على تنزيل الشيخ مشكلة من الوجهين وهنا من وجه واحد ولو حملناها على كونهما فضوليين كما يقتضيه اطلاق الحال فانه لم يذكر كونهما وكيلهما ام لا والاصل وظاهر الحال يقتضي عدم التوكيل صح الحكم في تقديم من حصل له دخول لان ذلك يكون اجازة لعقده ويبقى الاشكال في تقديم الاكبر او السابق مع عدم الدخول ويمكن حمل ذلك على الاستحباب بمعنى انه يستحب لها ان تقدم عقد الاكبر او السابق ما لم يكن دخول والا تعين تقديم من دخل لتحقق الاجازة فيزول معنى التخيير وهذا اولى ما نزل عليه الرواية واوفق باصول المذهب وبسقط كلام الشيخ في القولين ومع هذا كله فالرواية ضعيفة الاسناد لان وليدا المذكور فيها مجهول الحال وفي الرجال الوليد بن صبيح ثقة وكونه اياه غير معلوم وللشيخ في الطول ثالث موافق للمشهور فنسبته ما ذكره في النهاية الى الرواية وهو انسب فهذا ما يتعلق بتحرير محل النزاع والموضع الثاني في تحقيق الحكم في المسألة فنقول اذا زوجها اخوان من رجلين فلا يخلو اما ان يكونا وكيلين او فضوليين او احدهما وكيلا والاخر فضوليا وعلى التقادير الثلاثة اما ان يتفق العقدان في وقت واحد او يتعاقبا في وقتين وعلى التقادير الستة اما ان يقع هناك دخول لاحدهما ام لا وعلى تقدير الدخول اما ان يكون بمن حكم له بالعقد ام بالاخر وعلى تقدير كونه الاخر اما ان يكون الزوجان عالمين بالحال او جاهلين او بالتفريق وعلى التقادير اما ان يستمر العلم بحال العقدين من الاتفاق والتعاقب او يجهل وعلى تقدير الجهل اما ان يجهل السابق منهما مع العلم به او يشك في الواقع هل هو السبق او الاقتران فهذه جملة اقسام المسألة واذا اضفنا اليها كون العاقدين اما ان يكونا اجنبيين او اخوين ليترتب على ذلك استحباب تقديم عقد الاكبر حيث يكونان فضوليين او مطلقا على القول الاخر تضاعفت الاقسام وجملة القول في حكمها انهما ان كانا وكيلين وسبق احدهما فالحكم للسابق وبطل المتاخر سواء دخل بها الثاني ام لم يدخل وسواء كانا اخوين على الاصح ام لا لما تقدم واضح لان العقد الاول وقع صحيحا جامعا لشرائطه والثاني وقع وهي في عصمة الاول فكان باطلا ويؤيده ما روي عن النبي ص انه قال اذا انكح الوليان فالاول احق ثم ان لم يدخل بها الثاني سلمت الى الاول وان دخل بها الثاني فان كانا عالمين بالحال فهما زانيان فلا شيء لها ولا يلحق بهما الولد ان اتفق وفرق بينهما وعدت الى الاول وان كانا جاهلين او بالتحريم فلها على الواطي مهر المثل في مقابلة الاستمتاع كغيره من وطي الشبهة ويلحق الولد بهما ان اتفق

وفرق بينهما ووجبت الى الاول وعليها العدة ثم ترد الى الاول ولها على الثاني المسمى وعليه يحمل ما روى عن الباقر ع ان امير المؤمنين ع قضى في امراة انكحها اخوها
رجلا ثم انكحتها امها رجلا بعد ذلك فدخل بها فحبلت فاحتكما فيها فاقام الاول الشهود فالحقها بالاول وجعل لها الصداقين جميعا ومنع زوجها الذي
حقت له ان يدخل بها حتى تضع حملها ثم الحق الولد بابيه وهي محمولة على كونها اذنت للاخ في التزويج وان علمت هي دونه فهي زانية لا مهر لها والحق الولد
بالواطي وان علم هو خاصة فهو زان فلا ولد له ولها المهر وعليها العدة مع تحقق الجهل ولو من احدهما لتحقق وطي الشبهة الموجب للعدة فتعتد عدة
الطلاق ثم ترد الى الاول وان اتفق العقدان بالقبول في وقت واحد بطلا لامتناع الحكم بصحتهما معا للتنافي وبصحة احدهما دون الاخر لانه
ترجيح من غير مرجح فتعين بطلانهما ولا مهر على واحد منهما مع عدم الدخول ومعه مع العلم وان جهل الحال بان احتمل الامران او جهل السابق مع علمه ابتداء
او لا معه احتمل بطلانهما معا لاحتمال المعية في الاول واصالة حرمة البضع فيستصحب الى ان يتيقن وان يفسخ الحاكم نكاحهما لامكان الترتيب بل هو
الاغلب فيفسخه الحاكم لعدم امكان الترجيح وان يجبرا على الطلاق تخلصا من الشبهة المبهمة ولا يقدح الاجبار في صحة الطلاق لانه بحق والقرعة لانها
لكل امر مشكل وهو اضعفها وفي هذه الصور الثلث بحث طويناه تاسيا بالمص وان كانا فضوليين تخيرت في اجازة عقد من شاءت منهما ويستحب
لها مع كونهما اخوين اجازة عقد الاكبر ومع كون احدهما اخا اجازة عقده سواء كان متقدما ام متاخرا او مقارنا كل ذلك مع عدم الدخول باحدهما
بعد العلم بالعقد والا كان الدخول اجازة وصيانة له عن التحريم ما امكن وفي الرواية السابقة ما يرشد اليه ويعلم من ذلك ان الاجازة يصح
ان تكون فعلية فلو تصرف المالك في ثمن ما بيع من ماله فضولا بعد علمه بالحال او في المثمن المشتري له كان اجازة بطريق اولى لان النكاح
اولى بمراعات جانب الاحتياط وصيانة تصرف المسلم عن المحرم مشترك بينهما وبما حررناه من احكام المسئلة يعلم ما اخل به المص وما يحتاج اليه
عبارته من التقييد خصوصا في اطلاقه لحوق الولد بالواطي ولزوم المهر وكون الوطي اجازة وغير ذلك قوله لا ولاية للام اه اتفق الاصحاب عدا
ابن الجنيد على ان الام لا ولاية لها على الولد مط فلو زوجته بغير اذنه توقف على اجازته سواء كان قبل البلوغ ام بعده فان اجاز لزمه العقد
والمهر وان رد بطل العقد وتبعه المهر كغيره من عقود الفضولي وقال الشيخ واتباعه يلزمها مع رده المهر تعويلا على رواية محمد بن مسلم عن الباقر ع
انه سئل عن رجل زوجته امه وهو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه والرواية
ضعيفة السند مخالفة للاصل من ضمان الفضولي المهر وحملها المص وتبعه العلامة على ما اذا ادعت الوكالة ولم تثبت فانها تضمن المهر لانها فوتت
البضع على الزوجة وغرتها بدعوى الوكالة فضمنت عوضه وفيه نظر لان ضمان البضع بالتفويت مط ممنوع واما المعلوم ضمانه بالاستيفاء على بعض
الوجوه لا مط والاقوى عدم وجوب المهر على مدعي الوكالة مط الا مع ضمانه فيجب حسب ما ضمن من الجميع او البعض ولو لم تدع الوكالة فلا شئ عليها وان
ضمنت لبطلان العقد برده ويمكن حمل الرواية عليه واعلم ان قول المص وربما حمل اه لا يجوز عوده الى القول بلزوم المهر للام اعني فتوى الشيخ ومن
تبعه لان الشيخ افتى بلزومه لها مط كما يرشد اليه عبارته قال في نه اذا عقدت الام لابن لها على امراة كان مخيرا الى قوله وان ابى لزمها هي المهر ومثل هذه
العبارة لا يجوز حملها على غير ظاهرها وانما يتوجه حمل الرواية التي هي مستند الحكم وعبارة المص لا تنافي ذلك لانه لم يصرح في كلامه بنقل قول لجواز
ان يكون الكلام المحكي اولا هو الرواية والحمل متوجه اليها الا انه خلاف الظ فان النقل والتردد انما يتعلق بالاقوال اصطلاحا وكيف كان فهو اجود
من عبارة العلامة فانه قال في عد ولو قيل بلزومها المهر وحمل على ادعاء الوكالة صرح بان الحمل للقول وليس بجيد ونبه بذلك في لف
ويمكن حمل الرواية على ما ادعت الام الوكالة قوله اذا زوج الاجنبي امراة اه اراد بالقولين القول ببطلان عقد الفضولي والقول بصحته موقوفا على
الاجازة وتقديم قولها على الثاني ظ لان دعويها الاذن منها اجازة وزيادة وانما تظهر للنزاع صورة على القول الاول ووجه تقديم قولها
عليه ما اشار اليه المص بقوله لانها تدعي الصحة وهو يدعي البطلان ومدعي الصحة مقدم وايضا فهو من جهته لازم وانما يدعي فساده من جهتها
فيقدم قولها فيه لانه مستند الى فعلها ويظهر من المص ان دعوى الصحة علة تقديم قولها على القولين ووجهه على الثاني لا يخ من تكلف لان
تقديم قولها عليه لا يتوقف على ذلك بل على مجرد اجازتها ولو الان ويمكن ان يظهر فائدته على تقدير ان يكون قد سبق منها بعد العقد فعل
ما يدل على كراهة العقد وبعد ذلك اختلفا في الاذن وعدمه فان اجازتها الان لا تؤثر في لزوم العقد بعد كراهتها له قبل ذلك فيرجع الامر الى
دعوى الصحة والبطلان على القولين وكيف كان فقولها مقدم الا انه في هذه الصورة يتوقف على اليمين وفي الاول على تقدير القول الثاني
لا يفتقر الى اليمين وعلى القول ببطلان عقد الفضولي لا بد من اليمين مط قوله الفصل الرابع في اسباب التحريم حصر المحرمات في ستة بحسب ما اقتضاه المقام
والا فالاسباب اكثر من ذلك مذكورة في تضاعيف الكتاب كالمعقود عليها في العدة مع العلم او الدخول والمزني بها وهي ذات بعل او في العدة
الرجعية والمعقود عليها كذلك مع العلم او الدخول والموقب بابيها او اخيها والمفضاة مع الدخول لدون التسع والملاعنة وقذف وهي صماء او خرساء
والمزني بامها او بنتها والمعقود عليها في الاحرام مع العلم بالتحريم قوله ويحرم من المذكورات في قوله تعالى وبنات الاخت فالام والجدة وان علت
واحدة من السبع وهي الام وضابطها هنا كل انثى ولدتك او ولدت من ولدك ذكرا كان ام انثى وبعبارة اخرى كل انثى ينتهي اليها نسبك با
لولادة بواسطة او بغير واسطة وانما عطف المص الجدة على الام مؤذنا بالمغايرة بينهما مع ادراجهما معا في عدد السبع للتنبيه على فائدة وهي ان الام
التي اطلق الله تعالى تحريمها في الاية يراد بها ما ذكرناه مما يشمل الجدة ولكن اطلاقها على هذا المعنى مجازي لان الجدة لا يشملها اسم الام حقيقة وكذا الاب
لا يتناول الجد وكذلك وان اريد في هذا الباب ما يشمله وانما كان اطلاقهما على المعنى الاعم مجازا لوجود علامات المجاز فيه فانه لا يتبادر عند الاطلاق
الاب الام والجد والجدة الى الذهن بل يحتاج في فهم ذلك الى قرينة ويصح سلبه عنه فيقال هذا ابي لا جدي وهذه امي لا جدتي وغير ذلك من علامات

في اسباب التحريم

المجاز فهذا وجه جمعه بينهما مع اطلاقه اولا الام على ما يشملها ومثله القول في البنت فانها واحدة من السبع كما في الاية ويراد بها هنا ما يشمل بنت البنت
وان سفلت وضابطها كل انثى ولدتها او ولدت من ولدها ذكرا كان ام انثى بواسطة او بغير واسطة وهذا المعنى ليس مرادا منها عند الاطلاق في
غير هذا الباب لما عرفت من ان اولاد البنات لا يدخلون في اسم الاولاد في الوقف والوصية وغيرهما ومثله ما لو وقف على بناته فانه لا يدخل فيهن بنات
البنات وكذا القول في بنات الاخ وبنات الاخت فانه يراد بهن هيهنا ما يشمل السافلات مع عدم دخولهن في اطلاق اللفظ وكذا في العمات والخالات
فانهن يطلقن حقيقة على اخوات الاب واخوات الام ومجازا على اخوات الجد والجدة وان علا والمحرم منهن يشمل الحقيقة والمجاز وضابط المحرم من
العمات كل انثى هي اخت ذكر ولدك بواسطة او بغير واسطة وقد يكون من الام كاخت اب الام وضابط الخالة المحرمة كل انثى هي اخت انثى ولدتك بواسطة
او بغير واسطة وقد يكون من جهة الاب كاخت ام الاب وقد علم من ذلك ان المراد بعلو العمة عمة الاب والام وعمة الجد فصاعدا وبعلو الخالة خالة الام
او الاب وخالة الجد وان علا واما عمة العمة فقد تكون محرمة كما لو كانت العمة القريبة عمة لابيه وامه او لابيه لانها حينئذ تكون اخت جدة ابا الاب فتكون
عمة وقد لا تكون محرمة كما اذا كانت العمة القريبة عمة الام لان عمتها حينئذ تكون اخت زوج جدته ام ابيه واخت زوج الام لا تحرم فاخت زوج الجدة اولى
وكذا القول في خالة الخالة فان الخالة القريبة لو كانت خالة الاب والام او الام فخالتها تحرم عليه وان كانت خالة الاب خاصة او الام فخالتها لا تحرم
عليه لان ام خالته القريبة تكون امراة جده لا ام امه فاختها تكون اخت امراة الجد واخت امراة الجد لا تحرم عليه وجملة الامر ان المحرم من جميع ما ذكر من الانساب
ما يشمل الحقيقة والمجاز الا الاخت فانه لا مجاز فيها فاما ان تكون الاية جارية على ما يشمل المجاز والحقيقة او يستفاد المجاز من دليل اخر واعلم ان للفقهاء
في ضبط المحرمات بالنسب عبارات احدها تفصيلية وهي ما ذكره المص والثانية اجمالية وهي اخصر منها وهي انه يحرم على الانسان اصوله وفصوله
وفصول اول اصوله واول فصل من كل اصل بعده اي بعد اول الاصول فالاصول الامهات بالنسبة الى الذكر والاباء بالنسبة الى الانثى والفصول
البنات والبنون بالنسبة الى الامرين وفصول اول الاصول الاخوات بالنسبة الى الرجل والاخوة للانثى واولاد الاخ والاخت وان نزلوا
واول فصل من كل اصل بعد الاصل الاول الاعمام والعمات والاخوال والخالات والثالثة انه يحرم على الانسان كل قريب عدا اولاد العمومة والخؤلة فيحرم على
الرجل نساء القرابة مط الا من دخل في اسم ولد العمومة والخؤلة وعلى الانثى ذكور القرابة الا من دخل في اسم ولد العمومة والخؤلة وهذه اخصر من الجميع
لايجازها ووضح المراد منها قوله ومثلهن من الرجال اه لما كان تحريم النكاح من احد الطرفين يقتضي التحريم ايضا من الطرف الاخر لاستحالة كون
تحريم الام وان علت على الولد وان نزل مقتضيا لتحريم الولد وان نزل على الام وان علت وكذا القول في البواقي وهذا هو النكتة في تخصيص الله
في الاية المحرمات على الرجال ولم يذكر العكس قوله النسب يثبت اه لا خلاف بين العلماء في ان النسب يثبت بالنكاح الصحيح والمراد به الوطي المستحق
شرعا ولو في نفس الامر وان حرم بالعارض كالوطي في الحيض والاحرام وقيد بنفس الامر ليدخل فيه ما لو وطئ مع عدم العلم بالاستحقاق ليدخل فيه من زوجه
وكيله او وليه ولم يعلم به فوطئ بقصد الزنا فانه لا يقدح في كون النكاح شرعيا وان اثم باقدامه عليه معتقدا لحرمته والتحليل داخل فيه لانه اما
عقد او ملك ويلحق به وطي الشبهة والمراد به الوطي الذي ليس بمستحق مع عدم العلم بتحريمه فيدخل فيه وطي الصبي والمجنون والنائم وشبهه فيثبت
به النسب كالصحيح ولو اختصت الشبهة باحد الطرفين اختص به الولد واما الزنا فهو وطي المكلف محرمة بالاصالة مع علم التحريم فلا يثبت به النسب
اجماعا ولكن هل يثبت به التحريم المتعلق بالنسب فيحرم على الزاني البنت المخلوقة من مائه كما يحرم على الزانية المتولد منها بالزنا قال المص الوجه
انه يحرم لانه متولد من مائه فهو يسمى ولدا لغة لان الولد في اللغة حيوان يتولد من نطفة اخر من نوعه والاصل عدم النقل خصوصا على القول بعدم
ثبوت الحقائق الشرعية ويشكل بان المعتبر ان كان هو صدق الولد لغة لزم ثبوت باقي الاحكام المترتبة على الولد كاباحة النظر وعتقه على
القريب وتحريم حليلته وعدم القود من الوالد بقتله وغير ذلك وان كان المعتبر لحوقه به شرعا فاللازم انتفاء الجميع فالتفصيل غير واضح
ولكن يظهر من جماعة من علمائنا منهم العلامة في كره وولده في الشرح وغيرهما ان التحريم اجماعي فيثبت لذلك وتبقى الاحكام الباقية
على اصلها بحيث لا يلحق نسبه ولا يسمى ولدا شرعا الا بالجهة لتلك الاحكام وعبارة المص تشعر بالخلاف في المسئلة الا انه ليس بصريح لان الخلاف واقع بين
المسلمين في التحريم فالشافعية لا يحرمونها نظرا الى انتفائها شرعا والحنفية يوافقونا في التحريم نظرا الى اللغة واتفق الفريقان على تحريم الولد
على امه لو كان ذكرا وهو يؤيد تحريم الانثى على الاب لعدم الفرق والاولى عدم ثبوت شئ من احكام النسب غير التحريم وفيه ما قد عرفت واما الفرق
بين التحريم والنظر بان الاصل تحريم النظر الى سائر النساء الا الى من يثبت النسب الشرعي الموجب للتحليل بينهما ولم يثبت وان حل النظر حكم شرعي
فلا يثبت مع الشك في سببه فمثله وارد في التحريم لانه ان ادخل الولد في قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم دخل في قوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن او ابائهن او ابنائهن والانصاف ان القولين موجهان والاجماع حكم اخر واما ما علل به ابن ادريس التحريم من ان المتولد من الزنا كافر
فلا يحل للمسلم فمبني على اصل مردود منقوض بما لو تولد من كافر فانه يلزمه القول بحله للمتولد عنه قوله لو طلق زوجته اه لما بين بما ان النسب
يثبت بالنكاح الصحيح وبالشبهة اتبعه بذكر بعض صور مسئلة يمكن فيها اجتماع الامرين وهي ما اذا طلق فوطئت بالشبهة واتت بولد فانه قد يمكن
الحاقه بهما لكون نشاتهما معا موجبا لالحاق النسب وتقييده بالطلاق مع ان الحاقه بهما ممكن بدونه كما اذا وطئ زوجته ثم وطئها اخر للشبهة فان
الاقسام باقية الا انه لا يتوجه الخلاف المذكور في هذه لثبوت الفراش الملحق للنسب بهما بخلاف صورة الفرض فان فراش الاول قد زال بالطلاق
فكان الثاني ارجح من هذا الوجه فيتصور الخلاف الذي يأتي تحريره وموضع هذه المسئلة احكام الاولاد الاتية في اخر الكتاب لكن ذكرت هيهنا
لتعلق احكام النسب بها كما قلناه وحاصلها يرجع الى اربع صور لانه اما ان يمكن لحوق الولد بالاول خاصة او بالثاني خاصة او يمكن الحاقه بهما معا

او يعلم انتفاؤه عنهما معا الاول ان تلده لاقل من ستة اشهر من وطي الثاني ولاقصى مدة الحمل فما دون من وطي الاول فهو للمطلق قطعا لان الفراش
في المدة كلها منحصر فيها وقد امتنع الحاقه بالثاني لعدم مضي مدة يمكن ولادته منه فتعين للاول الثاني ان تلده لستة اشهر فما زاد الى اقصى
الحمل من وطي الثاني ولزيادة عن اقصى الحمل من وطي الاول فهو ملحق بالثاني قطعا لامتناع الحاقه بالاول وهذه الصورة لم يذكرها المص ولا عذر في
تركها لان الغرض يتعلق بكل من الوطئين بل حكم الثاني اخفى وكان التنبيه عليه اولى الثالث ان تلده لاقل من ستة اشهر من وطي الثاني ولاكثر من
اقصى الحمل من وطي الاول فهو منتف عنهما شرعا قطعا لفقد شرط اللحوق بواحد منهما الرابع ان تلده لستة اشهر فصاعدا الى ما دون الاقصى
من وطي الثاني ولاقصى مدة الحمل فما دون من وطي الاول فولده من كل واحد منهما ممكن وقد اختلف في حكمه فاختار الشيخ في المبسوط القرعة في الحاقه
لهما لانه امر مشكل من حيث انهما فراش لكل واحد منهما امكن فلا ترجيح واختار المص والاكثر الحكم به للثاني لان فراش الاول قد زال وفراش الثاني
ثابت فهو اولى من الزائل ولان صدق المشتق على من وجد فيه المعنى المشتق منه حالته اولى من سبق مع التعارض للخلاف المشهور وانه مع سبقه
يكون مجازا لا حقيقة وهذا اقوى اذا تقرر ذلك فاعلم ان كل من حكم بالحاق الولد به ينسب اليه اللبن فيترتب عليه احكام الرضاع وغيره قوله لو انكر
الولد اه لا اشكال في انتفاء الولد عنه باللعان ولا في تحريمه ان كان بنتا على الملاعن مع دخوله بامها لانها ربيبة امرأة مدخول بها ولو لم يكن
دخل بامها ففي تحريمها عليه وجهان لم يتعرض اليهما المص وان كان اطلاق عبارته بانتفائه يقتضي عدم التحريم ووجه انتفائها عنه شرعا كابنة الزنا
بها ويزيد هنا انها لا تنسب اليه لغة ووجه التحريم انها غير منتفية عنه قطعا ولهذا لو اعترف بها بعد اللعان ورثته وقيل ان ذلك غير كاف في التحريم
فان البنت المجهولة النسب التي يمكن تولدها منه لو ادعى كونها ابنته قبل مع انها لا تحرم عليه قبل ذلك ويتفرع عليه وجوب القصاص بقتلها والحد
بقذفها والقطع بسرقة مالها وقبول شهادتها عليه ان منعنا من قبول شهادة الولد واستقرب في كره ثبوت هذه الاحكام لانه نفى نسبها باللعان
فانتفت توابعه واعترافه بعد ذلك لا يسقط ما ثبت عليه ولهذا كان الولد يرثه وهو لا يرث الولد وذلك دليل على عدم عود النسب مطلقا وانما
عاد ارثه من الملاعن خاصة وذلك امر اخر ويحتمل ان يعود على حد عود الولد بمعنى انه يؤثر في الحكم بالنسبة الى الملاعن لا غير فلو ارتضع من هذا اللبن
مرتضع دفعة الرضاع المحرم ثم ملكه الملاعن مع اعترافه بالولد المنفي عتق عليه المرتضع اخذا له باقراره ويحتمل عدم عود اللبن مطلقا لان ارث الولد منه
فرع النسب وجاز ان يكون عدم ارث الملاعن منه مؤاخذة له على فعله فيعد ذلك من جملة موانع الارث للنسب فلا يتعدى حكمه الى غيره
قوله السبب الثاني الرضاع اه اجمع علماؤنا على انه يشترط في اللبن المحرم في الرضاع ان يكون من امرأة عن نكاح والمراد به هنا الوطي الصحيح فيدخل
فيه الوطي بالعقد دائما ومتعة وملك يمين وما في معناه والشبهة داخلة فيه وانما خصها بالذكر للتنبيه على الخلاف فيها والحاقها بالنكاح
الصحيح في غيرها هو الاشهر بين الاصحاب لانه كالصحيح في النسب واللبن تابع له ولعموم قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم خرج منه ما اجمع على خروجه
او دل على حكمه دليل من خارج فيبقى الباقي وقوله ص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقال ابن ادريس ان الشبهة لا تنشر حرمة ثم قال بعد ذلك بلا
فصل قوي التحريم ثم قال الخ ذلك نظر وتامل وحاصله يرجع الى تردده فيه وانما ينشر لبن الشبهة في حق من اختصت به فان وقعت من الرجل
والمرأة تعلق بهما حكمه تبعا للحوق الولد بهما وان اختصت الشبهة باحدهما اختص بحكم اللبن لانه تابع للولد ولا خلاف في ان اللبن الحادث من الزنا
لا ينشر لان الزنا لا حرمة له ولا يلحق به النسب وفي صحيحة عبد الله بن سنان عن الص قال سألته عن لبن الفحل فقال هو ما ارضعت امرأتك من لبنك ولبن
ولدك امرأة اخرى فهو حرام خص لبن الفحل بما يحصل من امرأته فلا يكون ذلك الا مع النكاح الصحيح ولبن النكاح لشبهة ان كان خارجا من ذلك
فقد جاء من دليل اخر بخلاف الزنا لان اللبن لو درّ عن غير نكاح لم يعتد به ونكاح الزنا ساقط الاعتبار شرعا فاللبن الحاصل عنه في حكم الصادر عن غير
نكاح اذا تقرر ذلك فلا بد مع كونه صادرا عن نكاح ان يحصل من النكاح ولد فلا يكفي مجرد الوطي الصحيح في اعتبار اللبن لو فرض دروه من غير ولد
وقد نبه عليه في الخبر السابق وهل يشترط انفصال الولد ام يكفي كونه حملا اختلف كلام العلامة في ذلك ففي عد اكتفى بالحمل وقطع بعدم اشتراط
الولادة وفي ير اعتبر الولادة ولعله نظر الى ظاهر رواية عبد الله بن سنان السابقة حيث قال ولبن ولدك فانه لا يطلق عليه اسم الولد الا مع الوضع وفيه
نظر ولعل الاكتفاء بالحمل اجود وقد استفيد من قوله ان يكون اللبن صادرا عن نكاح انه لا حكم للبن البهيمة ولا للبن الرجل ولا للخنثى المشكل امره
ولا تحريم بنكاحه وكل ذلك عندنا موضع وفاق وانما خالف فيه بعض العامة فحكم بنشر الحرمة لجميع ذلك على اختلاف بينهم فيه وقد روى الاصحاب
عن الباقر ع انه قال لا يحرم من الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة وفيه دلالة على نفي جميع ما اخرجناه وقرب
منه الخبر السابق واعلم ان قوله في وطي الشبهة تردد اشبهه تنزيله على النكاح الصحيح لا يخ من تكلف لان النكاح الصحيح ما كان جائزا بالمعنى الاعم ونكاح
الشبهة من جملة افراده فلا وجه لتنزيله عليه وايض فان المص شرط اولا كونه من نكاح وهو شامل للشبهة وان اريد به الصحيح وكانه اراد بالنكاح الصحيح
ما كان عن عقد او ملك ولا يجوز ان يراد بالنكاح في اول كلامه العقد كما هو معناه الحقيقي لان العقد غير كاف بل لا بد معه من الوطي ولانه يخرج منه
النكاح بالملك والتحليل مع الحاقه به اجماعا ويبقى التردد في وطي الشبهة بعده مستهجنا ايض بل المراد بالنكاح المطلق الصحيح وهو يشمل الشبهة
وخص الشبهة من جملة افراده لينبه على الخلاف فيها وكان حقه ان يقول اشبهه انه ينشر او نحوه قوله ولو طلق الزوج اه قوله كان ما قبل الوضع
للاول وما بعده للثاني لما كان حكم اللبن تابعا للنكاح الصحيح فان اتحد فلا كلام في تبعيته له وان تعدد بان طلق الزوج الاول او مات عنها
ولم ينقطع منها اللبن او كانت حاملا منه فوضعت فصارت ذات لبن فقد يلحق بالاول حتما وقد يلحق بالثاني وقد يحتمل الامرين وتوضيحه بذكر صور الاولى
ان يكون ارضاعها بهذا اللبن قبل ان تنكح زوجا غيره فاللبن للاول قطعا كما لو كانت في حباله فيصير الولد منسوبا بالرضاعة الى المطلق او الميت

كما هو ان

كامر ابن المرضعة ولا فرق بين ان ترضع في العدة وبعدها ولا بين طول المدة وقصرها ولا بين ان ينقطع اللبن ثم يعود وعدمه مع حصول باقي الشرائط
لانه لم يحدث ما يحال اللبن عليه فهو على استمراره منسوب اليه لكن ان شرطنا كون الرضاع وولد المرضعة في الحولين اعتبر كون الرضاع قبل الحولين
من حين الولادة والا فلا الثانية ان يكون الارضاع بعد ان تزوجت باخر ولم تحمل منه فهو كما لو لم تتزوج سواء زاد ام نقص ام انقطع ثم عاد الثالثة
ان يكون بعد الحمل من الثاني وقبل الولادة واللبن بحاله لم ينقطع ولم يحدث فيه زيادة فهو للاول ايضا عملا بالاستصحاب بحيث لم يتجدد ما يحال
قال في كره ولا نعلم فيه خلافا وعلله مع ذلك بان اللبن كان للاول ولم يتجدد ما يجعله للثاني فيبقى للاول وهذا التعليل انما يتم لو شرطنا في
اللبن كونه عن ولادة اما لو اكتفينا فيه بالحمل وان لم تضعه كما تقدم من مذهبه لم يتم التعليل لتجدد ما يمكن معه جعله للثاني نعم ما ذكرناه من
التعليل اسلم من حيث الشك في كون ذلك ناقلا للماحقة ثابت بالاستصحاب فيبقى الاول على حكمه الى ان يعلم المزيل وانما يلحق اللبن مع الحمل بصاحب
الحمل حيث لا يكون معارض هناك اسبق منه الرابعة ان يكون بعد الحمل من الثاني وقبل الوضع ولكن تجدد في اللبن زيادة يمكن استنادها الى الحمل من
الثاني فاللبن للاول ايض قطع به في كره استصحابا لما كان والحمل لا يزيل ما علم استناده اليه والزيادة قد تحدث من غير احبال ونقل عن الشافعي
في ذلك قولين احدهما مثل قوله والاخر انه ان زاد بعد اربعين يوما من الحمل الثاني فهو لهما عملا بالظاهر من ان الزيادة بسبب الحمل الثاني
فيكون اللبن للزوجين وهذا قول موجه على القول بالاكتفاء بالحمل وان كان العمل على الاول الخامسة ان ينقطع اللبن عن الاول انقطاعا
بينا ثم يعود في وقت يمكن ان يكون للثاني فقد قطع المص والاصحاب بانه يكون للثاني لانه لما انقطع ثم عاد كان بسبب الحمل فاشبه ما اذا
نزل بعد الولادة وللشافعي قول بانه للاول ما لم تلد من الثاني مط لان الحمل لا يقتضي اللبن وانما يخلقه الله للولد عند وجوده لحاجته اليه
وهو غذاء الولد لا غذاء الحمل وقول اخر انه يكون لهما مع انتهائه الى حال ينزل معه اللبن واقله اربعين يوما لان اللبن كان للاول فلما عاد بحدوث
الحمل فالظاهر ان الاول رجع بسبب الحمل الثاني فكان مضافا اليهما كما لو لم ينقطع السادسة ان يكون بعد الوضع فهو للثاني خاصة نقل فيه في كره
الاجماع عن الكل سواء زاد ام لم يزد انقطع ام اتصل لان لبن الاول انقطع بولادة الثاني فان حاجة المولود الى اللبن تمنع كونه لغيره واعلم انه على
تقدير الحكم بكون اللبن للثاني في صورة من هذه الصور يعتبر في نشر الحرمة به ما يعتبر في اصل الشرائط فاذا كان للثاني حمل لم ينفصل وحكم بكون
اللبن له يبنى على ان لبن الحمل هل يعتبر في نشر الحرمة ام لا وقد تقدم الكلام فيه فالمذكور هنا مجرد نسبة اللبن الى الاول والى الثاني ثم يعتبر حكمه
ما تقدم من الشرائط واعلم ايض ان عبارة الكتاب متضمنة بحسب اطلاقها حكم الصور الست لان العبارة تضمنت اربع صور اولها الاولى
والثانية تشمل التي بعدها الاخريان منها بالمنطوق والاولى بالمفهوم فانه اذا حكم بكون اللبن للاول وان حملت من الثاني فكونه للاول اذا
لم تحمل بطريق اولى وهو مفهوم الموافقة والخامسة والسادسة مذكورتان في العبارة صريحا قوله وهو ما انبت اللحم اه اتفق اصحابنا على ان مطلق
الرضاع ومسماه غير كاف في نشر الحرمة بل لا بد له من مقدار معين زائد على المسمى وهو قول جماعة من العامة ثم قدروه بثلث تقديرات احدها بالاثر
وهو ما انبت اللحم وشد العظم والثانية بالزمان وهو يوم وليلة والثالثة بالمقدار وسيأتي الكلام فيهما ولا خلاف في النشر بالاول ولقول الص
لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وشد العظم وعن النبي ص انه قال الرضاع ما انبت اللحم وشد العظم والمرجع في هذا الاثر الى قول اهل الخبرة
كطبيبين عارفين ويعتبر العدالة والعدد لانها شهادة والاصل استصحاب الحل السابق الى ان يثبت المحرم ويمكن جعله من باب الخبر فيكفي الواحد
ومقتضى النصوص والفتاوى اعتبار اجتماع الوصفين وهما اشتداد العظم وانبات اللحم فلا يكفي احدهما وفي بعض عبارات الشهيد ما يدل على
الاجتزاء باحدهما وهو شاذ بل لا دليل عليه والبناء في ذلك على تلازمهما غير معلوم قوله ولا حكم لما دون العشر اه هذا هو التقدير الثالث وهو
اعتبار عدد الرضعات وقد اختلف الاصحاب فيه بسبب اختلاف الروايات فذهب ابن الجنيد الى الاكتفاء برضعة واحدة تملأ جوف الولد
اما بالمص او بالوجور لعموم قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وهو يصدق بالقليل والكثير ولصحيحة علي بن مهزيار عن ابي
الحسن ع انه كتب اليه يسأله عما يحرم من الرضاع فكتب قليله وكثيره حرام وعن زيد بن علي عن ابيه عن ابائه عن علي ع انه قال الرضعة الواحدة كالمائة
رضعة لا تحل له ابدا وروى العامة عن علي ع ان النبي ص قال يحرم من الرضعة ما يحرم الحولان والى هذا اشار المص بقوله لا حكم لما دون العشر الا في رواية
شاذة وكانه اراد بشذوذها من حيث العمل بمضمونها والا فهي اصح ما في الباب مع رواية اخرى تاتي كما ستقف عليه وذهب اكثر المتقدمين كا
لمفيد وسلار وابن البراج وابي الصلاح وابن حمزة ومن المتأخرين العلامة في لف وولده فخر المحققين والشهيد في اللمعة الى ان المعتبر عشر رضعات
وذهب الشيخ والمص واكثر المتأخرين الى اعتبار خمس عشرة وكلا القولين لا يرد دليل اولهما اولا وثانيهما ثانيا حجة الاولين عموم الاية خرج
ما دون العشر بالاجماع نظرا الى عدم الاعتداد بمخالفة معلوم النسب فيبقى الباقي وقوله ص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والتقريب كما
ذكر وصحيحة الفضيل بن يسار عن الباقر ع قال لا يحرم من الرضاع الا المجبور قال قلت وما المجبور قال ام تربي او ظئر تستأجر او امة تشترى ثم
ترضع عشر رضعات يروى الصبي وينام وحسنة حماد بن عثمان عن الص قال لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم والدم ونحوه عن عبد الله
بن سنان عنه ع ثم يقول الذي ينبت اللحم والدم عشر رضعات لصحيحة عبيد بن زرارة عن الص الى ان قال فقلت وما الذي ينبت اللحم والدم
فقال كان يقال عشر رضعات وروى عمر بن يزيد في الموثق قال سألت الص عن الغلام يرضع الرضعة والثنتين فقال لا يحرم فعددت
عليه حتى اكمل عشر رضعات قال اذا كانت متفرقة فلا وهو يدل بمفهومه على التحريم مع عدم التفرق وما رواه هرون بن مسلم عن ابي
عبد الله ع قال لا يحرم من الرضاع الا ما شد العظم وانبت اللحم فاما الرضعة والرضعتان والثلث حتى بلغ عشرا اذا كن متفرقات

التفرقة

466 فلانه ابين وانه احوط وقول الاكثر فيكون راجحا لامتناع العمل بالمرجوح حجة الشيخ والمصنف ومن تبعهما من المتاخرين رواية زياد بن سوقة قال قلت لابي جعفر ع هل للرضاع حد يؤخذ به فقال لا يحرم من الرضاع اقل من يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها ولو ان امرأة ارضعت غلاما او جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وارضعتهما امرأة اخرى من لبن فحل اخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما وهذه ناصة على المط ونافية للقول الاخر وبتأكيد ما في تعقيبه صحيحة علي بن رئاب عن الصادق ع قال قلت ما يحرم من الرضاع قال ما انبت اللحم وشد العظم قلت فيحرم عشر رضعات قال لا انها لا تنبت اللحم ولا تشد العظم وموثقة عبيد بن زرارة عنه ع قال سمعته يقول عشر رضعات لا يحرم شيئا ولعموم اصالة الاباحة واستصحابها هذا افضى حجج الفريقين وفي كل منهما نظر اما حجة الاول فالاية كما خصصت فيما دون العشر بروايتكم كذلك خصصت فيما دون الخمس عشرة بروايات الاخرين ومعهم المرجح بما سنبينه ومثله القول في الخبر وتخصيصهما بالاجماع ممنوع لتحقق الخلاف من الفقهاء والحديث ومعلومية النسب قد كررنا الكلام عليه فيما سلف واما رواية الفضيل بن يسار فلا نسلم صحتها لان في طريقها محمد بن سنان وقد ضعفه الشيخ والنجاشي وابن الغضائري وقال انه غال لا يلتفت اليه وروى الكشي فيه قدحا عظيما وقال الفضل بن شاذان من الكذابين المشهورين ابن سنان وفيه من القدح غير ذلك وحكى قول عند العلامة في قوله في لسانه تبين رجحان قوله في كتاب الرجال واي رجحان يحصل مع قدح هؤلاء والاكابر الذين هم عمدة الطائفة في نقد الرجال مع انه ذكر في الخلاصة ما نقلناه وزيادة ونقل عن المفيد انه ثقة ثم اختار التوقف في امره ولا وجه للتوقف لان الجارح مقدم مع التساوي فمع ذلك فالرواية مختلفة الالفاظ فاسدة الحصر وكذا الظاهر اما الاختلاف فرويها كما تقدم ورواها الشيخ بصيغة قال لا يحرم من الرضاع الا ما ... او خادم او ظئر ثم يرضع عشر رضعات يروي الصبي وينام والصدوق رواها بحذف قوله ثم يرضع عشر رضعات اه واما فساد الحصر فللاجماع على ان المرضعة التي يتشرد رضاعها المحرم لا ينحصر فيمن ذكر حصره فيهن لان المتبرعة خارجة عن الحصر في الاول مع ان رضاعها نشر اجماعا وفي الرواية الاخرى جعل المجبور صفة للرضاع ثم فسره بالحكاية الثلث وفي الثانية جعله صفة لامرأة مغايرة للخادم والظئر فيكون هي الام ولم يشترط في الظئر الاستيجار فيشمل المتبرعة وفي الاول قيدها بالمستاجرة فخرجت المتبرعة واما كونها مترددة وكذا الظاهر فيظهر مما قررناه من الحصر الذي لا يراد على ظاهره مع اختلاله في نفسه مضافا الى قوله يروي الصبي وينام فان نوم الصبي لم يشترط اجماعا وكانه جعله كناية عن شبعه واما استنادهم الى الروايات التي دلت على اعتبار انبات اللحم وشد العظم فهي مسلمة مع ما فيها من الحصر الذي لا يراد ظاهره ويبقى عليهم اثبات ان العشر يفيد ذلك واقوى ما يردهم عليه ما ذكروه من صحيح عبيد بن زرارة وفي دلالته نظر من حيث السند والمتن اما السند فان في طريقه علي بن الحكم وهو مشترك بين الثقة وغيره فاطلاق الصحة عليه في محل المنع كما اسلفناه مرارا واما المتن فغايته انه نسب كون العشر يفيد ذلك الى غيره مؤذنا بعدم اختياره ونفي اخيه ما يدل عليه فان السائل لما فهم منه عدم ارادته قال له فهل يحرم عشر رضعات فقال دع ذا وقال ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع فلو كان حكم العشر حقا لما نسبه الى غيره بل كان يحكم به من غير نسبة ومع ذلك اعرض عنه ثانيا والى بجواب لا دخل له في المط ولعل هذا يؤذن بتقية وبعدم التحريم بالعشر رضعات عكس ما قالوه ثم هي معارضة بما رواه عبيد بن زرارة هذا عن ابي عبد الله ع قال سمعته يقول عشر رضعات لا تحرم شيئا وبرواية عبد الله بن بكير عنه ع قال سمعته يقول عشر رضعات لا تحرم وكلاهما من الموثق وبصحيحة علي بن رئاب المصرحة بان العشر رضعات لا تنبت اللحم ولا تشد العظم وهي اجود ما في الباب واما رواية عمر بن يزيد فمع قطع النظر عن سندها انما تدل من حيث المفهوم وهو ضعيف عند الجماعة وغيرهم من المحققين ومثل الكلام في رواية هرون بن مسلم وزيادتها مضطربة الاسناد فان هرون بن مسلم مع كونه من اهل الجبر والتشبيه كما نصوا عليه تارة رواها عن ابي عبد الله ع بلا واسطة واخرى رواها عنه بواسطة سعد بن زياد العبدي ومثل هذا يسقط اعتبار الرواية لو كان لها دلالة واما الاستدلال عليه بالاحتياط فمع تسليم كونه مرجحا عند تعارض الادلة لا ينضبط بل قد يكون الاحتياط في الجانب الاخر كما لو عقد على صغيرة بهذا الوصف او ورثها او نحو ذلك فان الاحتياط القول بعدم التحريم من جهة استحقاقها المهر ونحوه من حقوق الزوجية واما دعوى كونه قول الاكثر فذكره في لف وعكسه في كره فجعل المشهور هو القول الاول ووجه ذلك ان الشهرة والكثرة اضافية فانها من المتقدمين على الاول ومن المتاخرين على الثاني واما حجة القول الاخر ففيها ضعف رواية زياد بن سوقة التي ليس في الباب غيرها دالا على اعتبار الخمس عشرة لان في طريقها عمار بن موسى وحاله في الفطحية معلوم ثم هي معارضة عمر بن يزيد قال سمعت ابا عبد الله ع يقول خمس عشرة رضعة لا تحرم وحملها الشيخ على ما لو كن متفرقات والحق ان مثل هذه الاخبار المختلفة الواهية الاسناد لا يلتفت اليها من الجانبين ومتى اعتبرنا ذلك فليس معنا في ذلك كله اصح سندا من رواية علي بن رئاب الدالة على ان العشر لا تحرم وفيها مع صحة السند التعليل بان العشر لا تنبت اللحم ولا تشد العظم والخبر المعلل مرجح على غيره عند التعارض فيسقط بها اعتبار كل ما دل على الاكتفاء بالعشر ويتعين القول بالخمس عشرة وان لم يعتبر ادلته اذ لا قائل بما فوقه ولا ما بينه وبين العشر ويبقى ما دل على الخمس عشرة شاهدا وان لم يكن اصلا ويبقى في الباب من الصحيح رواية ابن الجنيد الدالة على التحريم بقليله وكثيره ويجب تخصيصها بما فوق العشر جمعا بينها وبين هذه الرواية التي فيها انها ليس فوق العشر ما يجوز التعويل عليه غير الخمس عشرة بالاجماع وهذا افضى ما ينبغي تحقيقه في هذا المحل وبقي في الباب اخبار شاذة تدل على اعتبار الرضاع سنة وسنتين لا يعول عليها بالاجماع قوله او رضع يوما وليلة هذا هو التقدير الثالث وهو اعتباره من غير نظر الى العدد ولا الى الاثر وهو اضبط من الاخرين وقد تقدم في رواية زياد بن سوقة ما يدل عليه لكن قد عرفت حالها ويظهر من المصنف والاكثر ان هذه الثلاثة اصول برأسها لا يتقيد احدها بالاخر بل ايها حصل كفى في الحكم فان رضع يوما وليلة بحيث يكون رويا في جميع الوقت كفى وان لم يتم العدد وهو يختلف باختلاف الاولاد كثيرا فمنهم من لا يبلغ في اليوم والليلة مقدار

467 العدد المعتبر ومنهم من يحتاج الى ازيد منه بما كان المتوسط باقي اهل العدد تقريبا وقد ظهر من الروايات ان نبات اللحم وشد العظم يحصل بمثل ذلك ايضا والاصول الثلثة متقاربة ولهذا جعلها الشارع مناطا من غير ان يتقيد احدها بالاخر وقال الشيخ في ط ان الاصل هو العدد والباقيان انما يعتبران عند عدم انضباطه وفي كره ان اليوم والليلة لمن لا ينضبط العدد ومع ذلك كله لا يستلزم الاستغناء باحدهما عن الاخر مطلقا بل قد يتحقق حصوله فيهما في المدة بدون العدد كما اذا اكتفى بما دون العدد فيها وقد يتقدم هما الى العدد كما اذا اطعم بين الرضعات طعاما فان اعتبار اليوم والليلة يسقط دون العدد لما سيأتي من ان الفصل بالطعام لا يقدح في العدد واما اعتبار اشتداد العظم ونبات اللحم فانفكاكه عنهما ظاهر لجواز حصوله بدون كل منهما لكن ظهوره للخمس عشرة والاطلاع عليه مختص بالواحد من اهل الخبرة بعد الواحد فلذا كانت فائدته قليلة وان كان دليله اقوى من اخويه ومع الشك يتعارض الاصل والاحتياط كتعارضهما في العدد وتمام الاحتياط المخرج من خلاف جميع اصحابنا ان لا يشبع الولد من رضاع الاجنبية ان اريد السلامة من التحريم ولو مرة واحدة ليخرج من خلاف ابن الجنيد وروايته ومع ذلك لا يسلم من خلاف جميع مذاهب المسلمين فقد ذهب جمع من العامة الى الاكتفاء منه بمسماه وقدره بعضهم بمقدار ما يفطر الصائم وادعى عليه اجماع اهل العلم قوله ويعتبر في الرضعات اه هذه القيود الثلثة انما تعتبر في الرضعات بالنسبة الى العدد اما غيره من التقديرين فمنها ما يعتبر فيه مط وهو الارتضاع من الثدي ومنها ما يعتبر في التقدير الزماني دون النشوى وهو توالي الرضعات فان المعتبر في رضاع اليوم والليلة كون مجموع غذاء الولد في ذلك الوقت من اللبن بحيث كلما احتاج اليه يجده وهل المعتبر مع ذلك حصول العدد بشرائطه كيف اتفق ام يعتبر معه صحة مزاج الولد وجهان وتظهر الفائدة لو كان مريضا ورضاعه قليل الكمية وحصل العدد المعتبر منه بحيث كان مرويا في جميعها بحسب حاله فعلى الاول يكون ذلك في نشر الحرمة عملا باطلاق النص الشامل له وعلى الثاني يعتبر في الكمية مقدار ما يغتذي الصحيح المزاج حملا على المعهود والوجهان آتيان في التقدير الزماني وما وقفت فيه على شيء يعتد به قوله ويرجع في تقدير الرضعة اه وجه الاول ورود الرضعة مطلقة في كلام الشارع فيرجع فيها الى العرف كما هو المرجع في كل لفظ لم يعين له الشارع حدا مضبوطا وقيل حدها ان يروى الصبي والمراد الولد مط ويصدر اي ينصرف من قبل نفسه والقولان للشيخ وهما في الحقيقة قول واحد لان ما ذكره ثانيا مما يدل عليه العرف ولا يدل على غيره وانما الاختلاف في العبارة وقد جمع بينهما في كره فقال ان المرجع في الكمالية الى العرف ثم قال اذا ارتضع الصبي وروى وقطع قطعا بينا باختياره واعرض اعراض ممتل باللبن كان ذلك رضعة فجعل العبارتين معا حدا واحدا وقد فصل المص بينهما بقيل وكذا العلامة في عد نظرا الى الشك في تنافيهما مفهوما وكلام الشيخ في ط ليس فيه ما ينافي اتحادهما لانه قال والمرجع في ذلك الى العرف لان ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه الى العرف غير ان اصحابنا قيدوا الرضعة بما يروى الصبي منه ويمسك وهذه العبارة هي مستند الجماعة في جعلهما قولين وليست بدالة على ذلك وربما نزلت الحكاية بقيل على التنبيه على اختلاف العبارة في ضبطها لا انه قول مستقل قوله ولو التقم الثدي اه هذا متفرع على الضابط في كمالية الرضعة فان الولد اذا قطع باختياره واعرض اعراض ممتل تحققت الكمالية على التقديرين وان قطع لا بنية الاعراض بل للتنفس او الالتفات الى ملاعب او للانتقال من ثدي الى اخر او قطعت عليه المرضعة او لفظ الثدي ثم عاد في الحال الى الالتقام او تخلل نوم خفيف ونحو ذلك كان الكل رضعة واحدة واذا منع قبل استكمال الرضعة لم يعتبر في العدد لفقد الكمالية بمعنييها وللشافعية وجه فيما اذا قطعت عليه المرضعة ان تتعدد الرضعات بتعدده نظرا الى انه لو حلف لا اكلت اليوم الا اكلة واحدة فاستدام الاكل من اول النهار الى اخره لم يحنث وان اكل وقطع قطعا بينا ثم عاد اليه حنث ولما كان المرجع في كمالية الرضعة الى احد الامرين سقط هذا التفصيل وما ذكروه من المثال في الحالف فالمرجع في وحدة الاكلة وتعددها الى العرف ايضا فلا فرق بين الامرين قوله ولا بد من توالي الرضعات اه لا شبهة في اعتبار التوالي في الرضعات المعتبرة في النشر ولاعتباره جهتان احديهما ما اشار اليه المص بقوله بمعنى ان المرضعة الواحدة تنفرد باكمالها فلو رضع بعض العدد من امرأة واكمله من اخرى لم ينشر الحرمة مط نسبه في كره الى علمائنا اجمع واستدل له بقول الباقر ع في الحديث السابق لا يحرم الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها ولو ان امرأة ارضعت غلاما او جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وارضعتهما امرأة اخرى من لبن فحل اخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما وهذه الرواية ناصة على المط الا انك قد عرفت ما في سندها من الاشكال ولعل التعويل على الاجماع المدعى اولى على ما فيه وقد خالف في ذلك العامة كافة فلم يعتبروا اتحاد المرضعة بل اتحاد الفحل والاصل وعموم ادلة الرضاع يقتضيه وتخصيصها باشتراط اتحاد المرضعة يحتاج الى دليل صالح والرواية ليست حجة مط اما على المخالف فظ واما علينا فلضعف السند ومن ثم لم يعتبرها الاكثر في اشتراط كون العدد خمس عشرة نظرا الى ذلك فيبقى الاحتياج الى تحقق الاجماع وحجيته ويتفرع على ذلك ما لو كان له عدة نساء لفحل واحد حتى اكملن العدد المعتبر فانه لا ينشر الحرمة بين الرضيع والفحول ولا بينه وبين صاحب اللبن ما لم يكمل من واحدة تمام العدد فلا يصير صاحب اللبن ابا ولا ابوه جدا ولا المرضعة اما ولو لم يعتبر اتحاد المرضعة فارضعته جماعة من نسوة رجل واحد واما ثم العدد بمجموعهن لا يكمل بعدد لم تصر واحدة منهن اما له لعدم ارضاع واحدة منهن ما ينشر بينها وبينه وفي صيرورة صاحب اللبن ابا قولان احدهما عدم تحقق الابوة كما اختاره علماؤنا لان الابوة فرع الامومة وحيث انتفت انتفت الثاني صيرورته ابا لان جميع اللبن له فكان كما لو اتحدت المرضعة والزوجات ظروف ويمنع من فرعية الابوة للامومة بل ملازمتها لها بل يمكن تحقق الامومة خاصة والابوة خاصة في الرضاع كالنسب على هذا فلو فرض كون المرتضع زوجة صغيرة لصاحب اللبن انفسخ نكاحها دونهن ولكن يحرمن عليه لو كان ذكرا لانهن موطوءات ابيه والجهة الثانية للتوالي ان يقع العدد المعتبر من المرضعة متواليا بحيث لا يفصل بينه برضاع امرأة اخرى وان اكملت الاولى العدد واليه الاشارة بقوله فلو رضع من واحدة بعض العدد ثم رضع من اخرى

 بطل حكم الاول فانه شامل لها لوازم العدد من الاولى ومن الباقيات الا ان نفرعه على قوله بمعنى ان المرضعة الواحدة تنفرد باكمالها الا بمن ضوء لانه مع تخلل ارضاع غيرها واكمالها العدد فقد صدق انفراد الواحدة باكمالها هو وبولى لهذا المعنى لا بالمعنى الثانى الذى نحن بصدده وبالجملة فعبارة المص قاصرة عن تادية المعنيين معا اذا عرفت ذلك فلا خلاف فى اعتبار التوالى بهذا المعنى ايض فى تحقق العدد وانما الخلاف فى معناه مع الاتفاق على انه ليس المراد به ان لا يفصل بينهما بشئ البتة اذ لو فصل بينهما بماكول او مشروب لم يقدح فى التوالى قطعا وكذا لا يقدح فيه شرب اللبن بغير رضاع وانما يقطع التوالى ارضاع غيرها العوراء فى الرواية السابقة لم يفصل بينهما برضعة امرأة اخرى فتقبل مطلق الارتضاع من غيرها قادح فيه وهو الذى صرح به العلامة فى عد فقال لا يشترط عدم تخلل الماكول والمشروب بين الرضعات بل عدم تخلل رضاع وان كان اقل من رضعة وجعل الفرق بين بذلك وقيل لا يتحقق الفصل الا برضعة تامة وبه قطع فى كرة فقال فى تفسير التوالى ان لا يفصل برضاع امرأة اخرى رضاعا تاما فلو ارتضع من واحدة رضعة تامة ثم اغتذى بماكول او مشروب او برضعة غير تامة من امرأة اخرى ثم ارضعت الاولى رضعة تامة ثم اغتذى او ارتضع من اخرى اما التامة او غيرها رضعة غير تامة وهكذا خمس عشرة مرة نشر الحرمة بين المرضعة الاولى وبين المرتضع دون المرضعة الثانية لفقد الشرط فيها وفى قولهء فى الرواية المتقدمة لم يفصل بينهما رضعة امرأة غيرها ما يرشد الى هذا فان ظ اطلاق الرضعة محمول على الكاملة ولهذا احمل قولهم عشر رضعات وخمس عشرة رضعة على الكاملة مع احتمال ان يراد بها مسماها لغة فيكون دليلا على القول الاول وقول المص ثم رضع من اخرى بطل حكم الاولى يميل الى القول الاول لان اصل الفعل يتحقق بالقليل دون الرضعة المطلقة وعبارة الشيخ فى ط مثل عبارة المص وينبغى ان يكون العمل على ذلك وكما يقدح هذا فى توالى العدد المعتبر فكذا يقدح فيما يعتبر من الرضاع فى اليوم والليلة بل يقدح هنا تناول الماكول ايض بخلاف العدد واما التقدير بانبات اللحم وشد العظم فالمعتبر اسنادهما الى الرضاع وان تخلله غيره اذا لم يحكم اهل الخبرة بانتسابهما اليه قوله ولا بد من ارتضاع من الثدى اه لا نعلم خلافا لاحد من اصحابنا غير ابن الجنيد فى اشتراط الارتضاع من الثدى فى تحقق حكمه لان المفهوم من الرضاع المستفاد من الكتاب والسنة هو ذلك فيقبل لمن التقم الثدى وتناول منه اللبن انه ارتضع ولا يقول لمن شرب من غيره ارتضع وهذا امر شايع ذايع واقع فى الناس شرب الالبان دائما ولا يقولون انهم ارتضعوا البهائم ونحو فلا يتناوله ادلة الرضاع من قوله وامهاتكم اللاتى ارضعنكم ونحوه ويدخل المتناول للبن بغيره فى عموم واحل لكم ما وراء ذلكم وفى رواية زرارة عن الصادق انه قال لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدى واحد وهو نص فى الباب وان كان ظاهره غير مراد وقد تقدم النقل عن ابن الجنيد انه اعتبره بالوجور ونقله فى لف وجماعة عن الشيخ فى ط والموجود فيه فى ازيد من عشرة مواضع انه لا اعتبار به ووافق ابن الجنيد على ذلك جماعة من العامة اسنادا الى الغاية المطلوبة من الرضاع وهو نبات اللحم واشتداد العظم وهى حاصلة بالوجور بحصولها بالرضاعة ولانه يصل الى الجوف كما يصل بالارتضاع فيجب ان يساويه فى التحريم وبالجملة فمرجع استدلالهم الى قياس الوجور على الامتصاص من الثدى لاشتراكهما فى العلة المستنبطة او المومى اليها فى قول النبى لا رضاع الا ما شد العظم وانبت اللحم ونحو فمرجع النزاع معهم الى منع القياس منه والخلاف فى المتنازع لا الى منع صدق الرضاعة والارتضاع بهذا الفعل كما هو المشهور فى جوابهم وحال العامة فى القياس معلوم وابن الجنيد يوافقهم عليه واما ما احتج به لابن الجنيد فى لف من قول الصادق فى صحيحة جميل بن دراج اذا رضع الرجل من لبن امرأة حرم عليه كل شئ من ولدها ودعوى انه لا يصدق مع الوجور ضعيف سديد للقطع بان الرضاع لا يتحقق بذلك وافتى ابن الجنيد بالمسئلة ولم يذكر الدليل عليه بالرواية المذكورة فقال فى كتابه الاحمدى وقد اختلفت الرواية من الوجهين جميعا فى قدر الرضاع المحرم وعنى بالوجهين طريق العامة والخاصة وهو كثيرا ما يستدل فى كتابه بالوجهين قال الا ان الذى اوجبه الفقه عندى واحتياط المرء لنفسه ان كل ما وقع عليه اسم رضعة وهو ما ملأت بطن الصبى اما بالمص او بالوجور محرم للنكاح هذه عبارته خالية عن الاستدلال بالرواية المذكورة وانما احتج له العلامة بما راه مناسبا له كما هو شانه فى الاحتجاج لاكثر الاقوال فانه ينظر ما يناسبها عنده من الروايات وان لم يكن القائل ذكر تلك الروايات فى استدلاله واعلم ان نسبة المص اشتراط الارتضاع من الثدى الى قول مشهور يشعر بتردده فيه او انه لم يجد عليه دليلا كما هو المنقول عنه فى اصطلاحه وهو يدل على الميل الى قول ابن الجنيد ويجب قراءة وجر مبنيا للمفعول مخفف الجيم وهو ان يصب فى الحلق حتى يصل الى الجوف والحقنة ان يوصل الى البطن من الدبر والمراد بما شاكله ايصاله الى البطن من شئ من المنافذ العارضة او بالسعوط ولو الى الدماغ كما يقوله بعض العامة من ان الدماغ جوف للتغذى كالمعدة ولهذا يسعطون بالادهان الطيبة الى الدماغ فينفذ الى العروق ويتغذى بها كالاطعمة فى المعدة بل قيل ان الحاصل فى الدماغ ينحدر الى المعدة فى عروق متصلة فلذلك ذهب جمع منهم الى انه ينشر الحرمة واجماعنا على خلافه واما انتفاء الحكم اذا جبن اللبن فاولى لخروجه عن اسم اللبن المفسد للقياس على تقدير صحته فى تناول اللبن بغير الارضاع وبعض من خالفنا فى الموجور من اللبن وافقنا فى الجبن والباقون على ابقاء حكمه نظرا الى العلة قوله وكذا يجب ان يكون اللبن اه لانه مع المزج لا يتحقق كون تمام الرضعة من اللبن ولا نبات اللحم واشتداد العظم به بل به وبالخليط ولا فرق بين كون اللبن غالبا ومغلوبا ولا بين مزجه بجامد كالدقيق وفتيت السكر ومايع كالماء واللبن ولا بين ان يكون مستهلكا وغير مستهلك لاشتراك الجميع فى المعنى وخالف فيه جميع العامة وان اختلفوا فى التفصيل قوله ولو ارتضع من ثدى الميتة اه المشهور بين الاصحاب حتى لم ينقل احد فيه خلافا انه يشترط فى نشر الحرمة بالرضاع كون المرضعة حية فلو ارتضع الصبى من ثدى ميتة ولو فى بعض الرضعات كما لو رضع ما دون العدد بواحدة وهى حية ثم اكملها ميتة لم ينشر لقوله وامهاتكم اللاتى ارضعنكم والظ من الاية كونها مباشرة للرضاع والميتة ليست كذلك فيدخل فى عموم قوله واحل لكم ما وراء ذلكم ولان الاصل الاباحة الى ان يثبت المزيل واما استدلال المص بخروجها بالموت عن الاحكام فهو كالبهيمة فوجهه ان الرضاع

 المقتضى لنشر الحرمة متعلق حكمه بالمرضعة لكونها اما وبالمرتضع وبالفحل والمخرج الميتة عن التحاق الاحكام بها كان لبنها غير مؤثر لانه لو اثر لاثرها الحرمة لان احكامه متلازمة فلما تخلف فيها دل انتفاء اللازم على انتفاء الملزوم فكانت كالبهيمة ولا يخ من نظر لان الحكم المترتب على الحرمة لا يشترط تعلقه بجميع ما ذكر بل الرضاع سبب لنشر الحرمة وجاز تخلف السبب عن مسببه لفقد شرط او وجود مانع وهو هنا موجود فى الام فلا يقدح ذلك فى سببية السبب كما يتخلف فى جانب الفحل لو فرض موته قبل الرضاع او تمامه فان الحكم لا يتعلق به بموته لفقد شرط التكليف وهو الحيوة والفرق بينها وبين البهيمة ظ لانه يصدق عليها اسم الامومة فيدخل فى امهاتكم اللاتى ارضعنكم بخلاف البهيمة وبقى ما ذكره فى الاستدلال بالاية من اقتضائها استناد الفعل اليها فى كونها مباشرة وهو منتف عن الميتة فان ذلك وان كان ظاهر الاية الا ان القصد الى الارضاع وفعله من المرضعة غير شرط اجماعا بل لو سعى اليها الولد وهى نائمة او التقم ثديها وهى غافلة فقد يتحقق الحكم وسيأتى فى ارضاع الزوجة الصغيرة من الكبيرة ما ينبه عليه ثم لو سلم عدم صدق الارضاع فقد يتحقق الرضاع لانه عبارة عن مص اللبن من الثدى فيدخل فى عموم قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ومن هنا يظهر وجه تردد المص واستدل ايض بان المتفاهم من الالفاظ الواردة بتحريم الرضاع هو الرضاع من المرأة الحية وفى كون ذلك هو المتبادر مط نظر وبان اللبن يحكم قبل انفصاله لانه فى وعاء نجس وبانه لبن ميتة فى محل الولادة فلم يتعلق به الحكم كلبن الرجل وبانه لبن حرام قبل انفصاله فلا يتعلق به الاحكام كالمنفصل من الرجل وفى الكل نظر واضح اذ لا دليل على اعتبار طهارته حتى لو عرض له النجاسة قبل وصوله الى فم الصبى لم يؤثر للعموم والفرق بينه وبين لبن الرجل من اختصاصه بالامهات فى الاية وبالمرأة فى الاخبار قوله ان يكون فى الحولين لا خلاف بين اصحابنا فى انه يشترط فى الولد المرتضع ان يكون له دون الحولين وان يكمل عدد الرضعات باسرها فيهما لقوله والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة جعل تمام الرضاعة فى الحولين وقوله وفصاله فى عامين وعن النبى انه قال لا رضاع الا ما كان فى الحولين وقال ايض لا رضاع بعد فصال ولقول الصادق لا رضاع بعد فطام قلت جعلت فداك وما الفطام قال الحولين اللذين قال الله نعم وهذا هو الحديث الذى ذكره المص شاهدا وان كان الاصطلاح على ان قوله عند الاطلاق محمول على النبى لكن المخصص هنا لفظ الحديث فانه لم يرد بهذا اللفظ الا عن الصادق ولا فرق بين ان يفطم قبل الرضاع فى الحولين وعدمه عندنا فلو فطم ثم ارتضع حصل التحريم كما انه لو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم والمعتبر فى الحولين الاهلة ولو انكسر الشهر الاول اعتبر ثلاثة وعشرون بالاهلة واكمل المنكسر بالعدد من الشهر الخامس والعشرين كغيره من الاجال على الاقوى ويحتسب ابتداء الحولين من حين انفصال مجموع الولد وهذا كله فى المرتضع واما ولد المرضعة وهو الذى حصل اللبن من ولادته فهل يشترط كونه ايض فى الحولين حين ارتضاع الولد الاخر بحيث لا يقع شئ من الرضعات فيما بعدهما قولان احدهما الاشتراط لظ قوله لا رضاع بعد فطام فانه نكرة فى سياق النفى فيتناول بعمومه ولد المرضعة والثانى عدمه لعموم قوله وامهاتكم اللاتى ارضعنكم خرج منه ما اجمع على اعتباره فيبقى الباقى ولان المتبادر من قوله لا رضاع بعد فطام المرتضع المبحوث عنه لا فطام ولد المرضعة لعدم مدخليته فى البحث فيكون الكلام فيه وعدم الاشتراط اقوى تمسكا بالعمومات ولاصالة عدم الاشتراط حيث وقع الشك وتفريع ما ذكره المص واضح قوله ان يكون اللبن لفحل واحد اه المشهور بين اصحابنا انه يشترط فى الرضاع ان يكون اللبن لفحل واحد بل ادعى عليه فى كرة الاجماع وهذا الشرط يشمل امرين احدهما اتحاد الفحل فى اللبن الذى ينتشر به الحرمة بين المرتضع والمرضعة وصاحب اللبن بمعنى ان رضاع العدد المعتبر لا بد ان يكون لبنه لفحل واحد فلو كان لاثنين بان ارضعت بلبن واحد بعض الرضعات ثم فارقها الاول وتزوجت بغيره واكملت العدد بلبنه لم ينتشر الحرمة بين المرضعة والولد فضلا عن صاحبى اللبن ويتصور فرض ما ذكر من المثال بان يعتاض الولد بالماكول فى المدة المتخللة بين الرضاعين بحيث لا يفصل بينهما برضاع اجنبية ثم يكمل العدد وان طال الزمان فان ذلك لا يخل بالتوالى المعتبر فيما سبق وعلى هذا الفرض فالشرط على نهج الشروط السابقة بمعنى ان التحريم لا يثبت فى حال من الاحوال بفقد واحد من هذه الشروط والثانى اشتراط اتحاد الفحل فى التحريم بين رضيعين فصاعدا بمعنى انه لا يكفى فى تحريم احد الرضيعين على الاخر مع اجتماع الشرائط السابقة من كون الفحل وهو صاحب اللبن الذى رضعا منه جميعا واحدا فلو رضع كل منهما بلبن واحد لم يحرم احدهما على الاخر وان كان تم العدد فى كل واحد بلبن فحل واحد وحصل التحريم بين المرتضع وبين المرضعة والفحل وعلى هذا التفسير فليس هذا الشرط على نهج ما قبله لان اصل التحريم هنا ثابت بدون الشرط وانما اعتبر هذا الشرط لثبوت التحريم بين المرتضعين لا مط وحاصل هذا الشرط انه اذا ارتضع ذكر وانثى من لبن فحل واحد سواء كان رضاعهما دفعة او على التعاقب وسواء كان رضاعهما بلبن [illegible] ولد من امرأة واحدة فانه يحرم احدهما على الاخر ولو ارضعت مائة بلبن فحل واحد كلهم حرم بعضهم على بعض ولا فرق مع اتحاد الفحل بين ان تتحد المرضعة كما ذكرناه او يتعدد بحيث يرتضع احدهم من احديهن كمال العدد المعتبر والاخر من الاخرى كذلك وان بلغن مائة كالمنكوحات بملك اليمين ولو فرض فى الاولاد المتعددين رضاع ذكر وانثى من واحدة بلبن واحد ثم رضاع اخرين بلبن اخر وهكذا حرمت كل انثى رضعت مع ذكرها من لبن الفحل الواحد عليه ولا تحرم على الاخر وعلى هذا فتكفى الاخوة فى الرضاع من جهة الاب وحده ولا تكفى من جهة الام وحدها وهو معنى قولهم اللبن للفحل وخالفنا الجمهور فى الامرين معا العدد المدلول على اعتبارهما مع عموم الادلة المتناولة لمحل النزاع واستند اصحابنا فى الشرطين معا الى رواياتهم مثل قول الباقر لا يحرم من الرضاع الا ما ارضع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينهما رضعة امرأة غيرها ورواية عمار الساباطى انه سأل الص عن غلام رضع من امرأة ايحل له ان يتزوج اختها لابيها من الرضاعة قال فقال لا فقد رضعا جميعا من لبن فحل واحد من امرأة واحدة قال قلت فيتزوج اختها لامها من الرضاعة قال لا بأس بذلك ان اختها التى لم ترضعه كان فحلها غير فحل التى ارضعت الغلام فاختلف الفحلان فلا بأس ولا يخفى عليك ضعف هذين الخبرين لكن الحكم بهما مشهور بين الاصحاب حتى ادعى فيه الاجماع مع انه قد عارضهما ما يدل على عدم اعتبار الفحل وهى رواية

٣٧٠ محمد بن عبيد الهمدانى قال قال الرضا عليه السلام ما يقول اصحابك فى الرضاع قال قلت كانوا يقولون اللبن للفحل حتى جائتهم الرواية عنك انك تحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب فرجعوا الى قولك قال فقال لى وذلك ان امير المؤمنين سئلنى عن هذا فقال لى اشرح لى اللبن للفحل وانا اكره الكلام فقال
لى كما انت حتى اسئلك عنها ما قلت رجل كانت له امهات اولاد شتى فارضعت واحدة منهن بلبنها غلاما غريبا اليس كل شىء من ولد ذلك الرجل
من امهات الاولاد الشتى محرم على ذلك الغلام قال قلت بلى قال فقال لى ابو الحسن عليه السلام فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الامهات
وانما حرم الله الرضاع من قبل الامهات وان كان لبن الفحل ايضا يحرم وهذه هى الرواية التى جعلها المصنف مهجورة هذا وقد ذهب ابو على الطبرسى صاحب
التفسير فيه الى عدم اشتراط اتحاد الفحل بل يكفى اتحاد المرضعة لانه يكون بينهم اخوة الام وان تعدد الفحل فيدخل فى عموم قوله تعالى واخواتكم من الرضاعة
ولان الاخوة من الام يحرم التناكح بالنسب والرضاع يحرم منه ما يحرم بالنسب وهذا القول فى غاية الجودة بشرط اطراح الخبر المتقدم اما لضعف
السند او للمعارضة والرجوع الى عموم الادلة وهى ظاهرة معه وروى الشيخ فى الصحيح عن الحلبى قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة
بجليه وهو غلام فيحل له ان يتزوج اختها لامها من الرضاعة فقال ان كانت المرئتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل وان كانت المرئتان
رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا بأس بذلك وهذه الرواية تؤيد تلك الرواية مع صحتها وان لم يكن عين المتنازع ولم يذكرها فى
الاستدلال وهى اولى به وينبغى ان يكون الاعتماد عليها لصحتها وتكون هى المخصصة لعموم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قوله ويحرم اولاد
هذه المرضعة الخ لما كان تحريم الرضاع تابعا لتحريم النسب وكانت الاخوة من الام كافية فى التحريم النسبى فالرضاع كذلك الا انه خرج من هذه القاعدة
الاخوة من الام من جهة الرضاع خاصة بتلك الروايات فيبقى الباقى على العموم فيحرم اولاد المرضعة بالنسب على المرتضع وان كانوا اخوة من الام خاصة
بان لم يكونوا اولاد الفحل عملا بالعموم مع عدم وجود المخرج عنه كما يحرم على هذا المرتضع اولاد الفحل من النسب وان لم يكونوا اخوة من الام لتحقق
الاخوة بينهما فى الجملة قوله ويستحب ان يختار للرضاع الخ لان الرضاع يؤثر فى الطباع والصورة قال النبى صلى الله عليه وآله انا افصح العرب بيد انى من قريش ونشأت
فى بنى سعد وارتضعت من بنى زهرة وكانت هذه القبائل افصح العرب فتفخر بالرضاع كما افتخر بالنسب وقال صلى الله عليه وآله لا تسترضعوا الحمقاء فان الولد
يشب عليه وقال امير المؤمنين عليه السلام انظروا من يرضع اولادكم فان الولد يشب عليه وقال الباقر عليه السلام لا تسترضعوا الحمقاء فان اللبن يعدى وان الغلام ينزع
الى اللبن يعنى الى الظئر فى الرعونة والحمق وقال عليه السلام عليكم بالوضاء من الظؤرة فان اللبن يعدى وقال محمد بن مروان استرضع لولدك بلبن الحسان
واياك والقباح فان اللبن يعدى قوله ولا تسترضع الكافرة الخ هذا النهى على وجه الكراهة لا التحريم بقرينة قوله وتتأكد الكراهة فى ارضاع
المجوسية لان التأكيد يقتضى كراهة فى غيرها ولم يستفد منه الحكم باصل الكراهة فى الذمية بخصوصها حتى يكون فى المجوسية آكد كما صنع غيره
فينبغى حاصل العبارة كراهة الكافرة مطلقا والمجوسية اشد كراهة ويدل على الجواز مطلقا مضافا الى الاصالة رواية عبد الرحمن بن ابى عبد الله
قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام هل يصلح للرجل ان ترضع له اليهودية والنصرانية والمشركة قال لا بأس وقال امنعوهن من شرب الخمر وهو شامل لجميع اصناف
الكفار وعلى الكراهة مطلقا ما تقدم من الاخبار الدالة على ان للبن تأثيرا فى الولد مطلقا وعلى تأكد الكراهة فى المجوسية ورود النهى عنها فى بعض
الاخبار المحمول على الكراهة جمعا ففى صحيحة سعيد بن يسار عن ابى عبد الله عليه السلام قال لا تسترضع للصبى المجوسية وتسترضع له اليهودية والنصرانية
ولا يشربن الخمر يمنعن من ذلك وروى عبد الله بن هلال عنه عليه السلام قال سئلته عن مظائرة المجوس فقال لا ولكن اهل الكتاب وقال اذا ارضعوا لكم
فامنعوهن من شرب الخمر وهذا المنع على وجه الاستحقاق ان كانت المرضعة امة او مستأجرة شرط عليها ذلك فى العقد والا توصل اليه بالرفق
استحبابا لانه يؤثر فى الطباع تأثيرا خبيثا فيتعدى الى اللبن ويمكن ان يكون وجه كراهة تسليمه اليها لتحمله الى منزلها حذرا من ان تسقيه شيئا من ذلك
مضافا الى النهى عن الركون الى الذين ظلموا وهى منهم وانما البنت مأمونة عليه قوله ويكره ان يسترضع الخ المراد بها من زنت فولدت من زناها المولود الذى
الذى يرضع بلبنه فانه يكره استرضاعها والداعية سواء كانت حرة او امة وسواء كان المسترضع مولاها ام غيره وسواء سامحها مولاها فيما وقع
من الزنا ام لا وقد ان الاسترضاع ام لا لرواية عبيد الله الحلبى فى الموثق قال قلت لابى عبد الله عليه السلام امرأة ولدت من الزنا اتخذها ظئرا فقال لا تسترضعها
ولا ابنتها وفى معناها رواية على بن جعفر عن اخيه وروى محمد بن مسلم فى الحسن عن ابى جعفر عليه السلام قال ان اليهودية والنصرانية والمجوسية احب الى من ولد
الزنا والرواية التى اشار اليها المصنف بطيب لبنها اذا احلها مولاها فعلت هى رواية اسحق بن عمار قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن غلام لى وثب على جارية لى
فاحبلها فولدت واحتجنا الى لبنها فان احللت لهما ما صنعا ايطيب لبنها قال نعم وفى معناها حسنة جميل بن دراج عن ابى عبد الله عليه السلام فى المرأة يكون
لها الجارية فتجرت بمناج الى ابنها فالمرها فلتحللها يطيب اللبن ونبه المصنف الى الشك من حيث اعراض الاصحاب عن العمل بمضمونها لان احلال
ما مضى من الزنا لا يرفع اثمه ولا يدفع حكمه فكيف يطيب لبنها وهذا فى الحقيقة استبعاد محض مع ورود النصوص الكثيرة به التى لا معارض لها وكذا
يكره استرضاع المرأة التى ولادتها نفسها من زنا بان تكون مخلوقة منه وقد تقدم فى الخبر الاول ما يدل عليه وفى تعدى الحكم المذكور اليها لكن
انه فاحل مولاها ما وقع وجه ما اخذه المشارك فى المعنى بل يمكن دخوله فى اطلاق بعض الاخبار كقول الصادق عليه السلام فى حسنة محمد بن مسلم السابقة وكان لا يرى
باسا بولد الزنا اذا احل مولى الجارية الذى فجر بالمرأة فى حل قوله اذا حصل الرضاع المحرم الخ هذه هى القاعدة التى يتفرع منها مسائل من يحرم من
الرضاع وحاصل الامر ان المرضعة تصير اما للمرتضع وهو اجماع وهى المراد من قوله تعالى وامهاتكم اللاتى ارضعنكم ويتبعها فى ذلك اباؤها وان علوا
وامهاتها فيصيرن اجدادا للمرتضع وجدات واخوتها واخواتها يصيرون له اخوالا وخالات واولادها اخوة واخوات لان ذلك هو لازم الامومة
وكذا حكم الرضيع بالنسبة الى هؤلاء لانه لازم البنوة فيصير ولدا لها ولاولاده وان نزلوا من ذكر وانثى لذكر وانثى احفادا لها ولابائها وامهاتها وهذا

كله مستفاد

كله مستفاد من الاية ولا خلاف فيه بين المسلمين واما انتشار التحريم من الفحل اليه ومنه اليه على وجه يصير له كالاب ويتعدى التحريم الى ابائه وان علوا ٣٧١
والى اخوته واخواته فيصيرون اعماما وعمات له ومن الرضيع واولاده وان نزلوا فيصيرون احفادا للفحل ومن ذكر فالامر فيه كذلك عندنا وعند اكثر
اهل العلم والنصوص به من الجانبين كثيرة وذهب جماعة من العامة الى عدم تعدى النشر الى الفحل نظرا الى ظاهر قوله تعالى وامهاتكم اللاتى ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة فان مقتضاها تعلق التحريم بالام والمرتضع ومن لزم من جانب الامومة والاخوة ولان اللبن للمرأة لا يشاركها الزوج فيه وحجتنا
ان انتشار التحريم الى الفحل وتوابعه جاء من قبل الاخبار وان لم تدل الاية عليه فمن طرقهم قول النبى صلى الله عليه وآله لعائشة لما استاذن عليها افلح اخو ابى القعيس وكانت
زوجته قد ارضعتها وقالت انا الرجل ليس هو ارضعنى ولكن ارضعتنى امرأته ائذنى له فانه عمك ثم قال النبى صلى الله عليه وآله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والحكم فيه
عندنا اجماعى واخبارنا كثيرة متفقة اذا تقرر ذلك فنقول المستفاد من المرضعة اما المرتضع وصاحب اللبن ابا له وقد قال عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب فقد حرم الله تعالى بالنسب سبع نساء وهى الام وان علت فكل ام ولدتك او ولدت من ولدك او ارضعتها او ارضعت من ولدها
بواسطة او وسايط فهى بمنزلة امك وكذا كل امرأة ولدت اباك من الرضاعة او ارضعته او ولدت من ولده ولو بواسطة او وسايط فهى بمنزلة امك و
البنت وان سفلت وهى من الرضاعة كل بنت ارضعت بلبنك او بلبن من ولدته او ارضعتها امرأة ولدتها وبنات بناتها من النسب والرضاع
فكلهن بمنزلة بنتك والاخت وهى من الرضاعة كل امرأة ارضعتها امك او ارضعت بلبن ابيك وكذا كل بنت ولدتها المرضعة او الفحل
والعمات والخالات وهى من الرضاع اخوات الفحل والمرضعة واخوات من ولدهما من النسب والرضاع وكذا كل امرأة ارضعتها واحدة من جداتك
او ارضعت بلبن واحد من اجدادك من النسب والرضاع وبنات الاخ وبنات الاخت وهن من الرضاعة بنات اولاد المرضعة والفحل من الرضاع والنسب
وكذا كل انثى ارضعتها اختك او بناتها وبنات اولادها من الرضاع والنسب وبنات كل ذكر ارضعته امك او ارضع بلبن ابيك وبنات اولاده من
الرضاع والنسب فكلهن بنات اختك او اخيك فهذه جملة المحرمات بالنسب فى الرضاع ترتب عليه ما يرد عليك من المسائل فان
وجدته داخلا فى احد من ذكر فهو محرم والا فلا الا ان يأتى دليل من خارج على التحريم كما سيأتى ان شاء الله وقد وقع الالتباس فى حكم صور كثيرة فى باب الرضاع
ومن راعى القاعدة حق المراعاة ظهر عليه الحكم ولنذكر منها صورا للتدريب منها الاربعة المشهورة التى استثناها فى كره من قاعدة يحرم بالرضاع ما
يحرم من النسب الاولى قال ام الاخ والاخت فى النسب حرام لانها اما ام او زوجة اب واما فى الرضاع فان كانت كذلك حرمت ايضا وان لم يكن كذلك
لم تحرم كما لو ارضعت اجنبية اخاك او اختك لم تحرم وانت اذا راعيت القاعدة علمت وجه عدم تحريم هذه وان استثناءها من القاعدة غير
صحيح لانها لم تدخل فيها اصلا والاستثناء اخراج ما لولاه لدخل وبيان ذلك ان المحرمات من النسب السبع المذكورة وام الاخ والاخت
ليست احدها مطلقا لانها ان كانت اما فهى داخلة من حيث هى ام لا من حيث انها ام الاخ والاخت ولهذا كانت الام محرمة سواء كانت ام اخ او اخت
لا ابنها ام لم تكن فكونها ام اخ او اخت امر خارج عن حكم الامومة وان لزمها فى بعض الاحيان الا ان اللزوم منفك من الجانبين فقد توجد الام
من دون ان تكون ام اخ او اخت وقد توجد ام الاخ او الاخت ولا تكون اما فلا يدل تحريم ام الاخ والاخت مطابقة ولا تضمنا وهو واضح و
لا التزاما لعدم اللزوم الذهنى بمعنييه وح فاذا ارضعت اجنبية اخاك او اختك لم تحرم عليك لانها ليست من احدى المحرمات المذكورات
التى هى مدار تحريم الرضاع ولا يصح استثناؤها من القاعدة الا على وجه الاستثناء المنقطع كما يستثنى الحمار من الناس وايضا فان تحريم المذكورة
ليس من جهة النسب مطلقا بل قد يكون من جهة النسب كما اذا كانت اما وقد يكون من جهة المصاهرة كما لو كانت زوجة الاب فتحريمها من حيث هى ام
اخ اعم من تحريمها من جهة النسب فلا يدل عليه القاعدة انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لا ما يحرم من المصاهرة وهذه المصاهرة ليست مؤثرة فى
التحريم ايضا لانها ملازمة لما يحرم بالمصاهرة لا عينه فان ام الاخ من حيث انها ام الاخ ليست احدى النسوة الاربع المحرمات بالمصاهرة وانما المحرم منكوحة
الاب وهى لا تستلزم كونها ام الاخ كما حققناه فى الام النسبية وستجئ تحقيقه الثانية ام ولد الولد حرام لانها اما بنتك او زوجة ابنك وفى الرضاع
قد لا يكون احدهما مثل ان ترضع الاجنبية ابن الابن فانها ام ولد الولد وليست حراما والكلام فى تحريم هذه واستثنائها من القاعدة كالسابقة
فان ام ولد الولد ليست من المحرمات السبع بالنسب من حيث انها ام ولد الولد بل على تقدير كونها بنتا من حيث انها بنت ويظهر لك اعتبار الحيثية
من انفكاك البنت عن الوصف بامية ولد الولد كما لو لم يكن لها ولد وانفكاك امية ولد الولد عن الوصف بكونها بنتا كما اذا كانت زوجة ابن
وايضا فان تحريمها مطلقا غير منحصر فى النسب بل قد يكون بالمصاهرة وهو واضح والكلام فى المصاهرة كما مر فان المحرم منها حليلة الابن لا ام
ولد الولد لعدم الملازمة كما مر الثالثة جدة الولد فى النسب حرام لانها اما امك او ام زوجتك وفى الرضاع قد لا يكون كذلك كما اذا ارضعت
اجنبية ولدك فان امها جدته وليست بامك ولا ام زوجتك والكلام فى استثناء هذه ايضا كالسابقة فان جدة الولد ليست من المحرمات
السبع وان اتفق كونها اما فتحريمها من تلك الحيثية لا من حيث كونها جدة الولد ولعدم انحصارها فى النسب مع قطع النظر عن الحيثية لاشتراكها
بين الام وام الزوجة المحرمة بالمصاهرة بتقريب ما تقدم ومن هذه الصورة يظهر ايضا حكم ما لو ارضعت زوجتك ولد ولدها ذكرا كان الولد
ام انثى فان هذا الرضيع يصير ولدك بالرضاع بعد ان كان ولد ولدك بالنسب فتصير زوجتك المرضعة جدة ولدك وجدة الولد قد تكون
محرمة عليك كما مر لكن هنا لا تحرم الزوجة لان تحريم جدة الولد ليس منحصرا فى النسب لا من حيث انها جدة كما عرفت وكذا القول لو ارضعت زوجتك ولد ولدها
من غيرك فان الرضيع يصير ولدك بالرضاع وان لم يكن له اليك انتساب قبله ويصير زوجتك جدة ولدك ولا يحرم بذلك كما قررناه الرابعة
اخت ولدك فى النسب حرام عليك لانها اما ابنتك او ربيبتك واذا ارضعت اجنبية ولدك فبنتها اخت ولدك وليست بنتك ولا ربيبتك

والكلام في استثناء هذه ايضا كامر فان اخت الولد ليست احدى المحرمات بالنسب مشتركة بين المحرمة بالنسب والمصاهرة مع قطع النظر عن الحيثية وفي هذه الصورة بحث ابن فاتحه في كرة وهذه الصور الاربع مستثناة من قولنا يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اذا تدبرت ما حققناه يظهر لك فساد هذا الاستثناء او كونه مجوزا في المنقطع لكن هذا المعنى الثاني غير مرادهم والتحقيق ان هذه الاربع نسوة ليست محرمات بالنسب ولا بالمصاهرة وانما هن ملازمات للمحرمات وسيأتيه البحث في ذلك فتدبر هذه الجملة تظفر بتحقيق مسائل كثيرة ضل فيها افهام اقوام قوله كل من ينتسب الى الفحل اه هذه المسئلة متفرعة على ما حققناه في القاعدة السابقة فان الفحل لما صار ابا للمرتضع كان اولاده اخوة له من الاب واخوات فان كان المرتضع ذكرا حرم عليه بنات الفحل ولادة ورضاعا لانهن اخواته من الرضاعة وان كان انثى حرمت على اولاد الفحل ولادة ورضاعا لذلك ولما صارت المرضعة اما كان اولادها اخوة للمرتضع من الام والاخوة من الام حرام بالنسب فكذا بالرضاع ولو كان اولادها من الفحل كانوا اخوة للمرتضع من ابيه وامه وكذا لو كان المرتضع الاخر منها بلبن الفحل كان اخا للمرتضع الاخر لابيه وامه وان اختصوا بالام فهم اخوة للام خاصة ولكن استثنى اصحابنا من هذه الصورة ما لو كان اولاد المرضعة من الرضاع خاصة ولم يكونوا اولادا للفحل من الرضاع والا لدخلوا في جملة اولاده المحكوم بتحريمهم مط وذلك بان تكون قد ارضعت ولدا بلبن غير هذا الفحل الذي ارتضع المبحوث عنه من لبنه فان احد الولدين لا يحرم على الاخر وان كان بينهما اخوة الام من الرضاعة لما قد سبق من اعتبار اتحاد الفحل في تحريم احد المرتضعين على الاخر على القول المشهور وهذه هي السابقة بعينها وانما اعادها لاقتضاء هذا التقسيم ذكرها حيث ذكر جميع الاخوة للمرتضع من طرفي الفحل والام بالنسب والرضاع وعلى قول الطبرسي ره يحرم الجميع قوله ولا ينكح ابو المرتضع اه هذه المسئلة خارجة عن حكم القاعدة السابقة فان اولاد المرضعة واولاد صاحب اللبن انما صاروا اخوة لولده واخوة الولد قد يحرمون بالنسب وقد لا يحرمون كما ذكر في المسئلة الرابعة من المسائل المستثناة ومقتضى ذلك ان لا يحرم اولاد صاحب اللبن ولا اولاد المرضعة مط على ابي المرتضع مضافا الى قوله ص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واخوة الولد من حيث هم اخوته لا يحرمون بالنسب مط وانما يحرمون من حيث البنوة وهي منتفية هنا ولكن المص جزم بالتحريم في هذه المسئلة تبعا للشيخ في ف وابن ادريس لورود نصوص صحيحة دالة على التحريم فكانت مستثناة لذلك وهي التي اشرنا الى خروجها بدليل خارج فيما سلف والروايات منها صحيحة علي بن مهزيار قال سئل عيسى بن جعفر ابا جعفر الثاني ع عن امرأة ارضعت لي صبيا فهل يحل لي ان اتزوج بنت زوجها فقال لي ما اجود ما سألت من هيهنا يؤتى ان يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل لا غيره فقلت له ان الجارية ليست بنت المرأة التي ارضعت لي انما هي بنت غيرها فقال لو كن عشرا متفرقات ما حل لك منهن شيء وكن في موضع بناتك الحديث واما الكليني في الصحيح عن عبد الله بن جعفر قال كتبت الى ابي محمد ع ان امرأة ارضعت ولدا لرجل هل يحل لذلك الرجل ان يتزوج ابنة هذه المرضعة ام لا فوقع لا يحل له ومثلها رواية ايوب بن نوح في الصحيح قال كتب علي بن شعيب الى ابي الحسن ع امرأة ارضعت بعض ولدي هل يجوز لي ان اتزوج بعض ولدها فكتب لا يجوز ذلك لان ولدها صارت بمنزلة ولدك فهذه الروايات الصحيحة هي المخرجة للمسئلة من اصل تلك القاعدة ومع ورود هذه الروايات في موضع النزاع ذهب جماعة من الاصحاب منهم الشيخ في ط الى عدم التحريم محتجا بما اشرنا اليه من ان اخت الابن من النسب انما حرمت لكونها بنتا لزوجة المدخول بها فتحريمها بسبب الدخول بامها وهذا المعنى منتف هيهنا والنبي ص قال انما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولم يقل يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة قال في لف وقول الشيخ في غاية القوة ولولا الروايات الصحيحة لاعتمدت عليه وقد تقدم من كلامه في كرة الجزم بعدم التحريم هنا ايضا كقول الشيخ من غير التفات الى ما يخالفه ولا نقل الخلاف ثم في موضع اخر منها نقل كلام الشيخ في ط وعارضه بالروايات الصحيحة وقال لولا هذه الروايات لكان الوجه ما قاله الشيخ في ط ولكن الرواية صحيحة السند وتعليل المص التحريم بانهم صاروا في حكم ولده تبع فيه الرواية والا فكونهم بحكم ولده محل النظر لولاها وتقييده اولاد المرضعة بالولادة تفريع على القول المتقدم من ان اولاد المرضعة مع تعدد الفحل لا يحرم بعضهم على بعض فلا يحرم لاخوة المرتضع كذلك على ابيه لانهم ليسوا بمنزلة ولده لان حكم الاب متفرع من حكم الولد وعلى قول الطبرسي يحرم عليه الجميع ان عمل بالرواية واعلم ان مما يتفرع على الخلاف في المسئلة ما لو ارضعت جدة ولد الانسان او احدى نساء جده الرضاع المعتبر فان ام الرضيع تحرم على زوجها ابي المرتضع لانها من جملة اولاد صاحب اللبن ان قلنا ان اب المرتضع لا يجوز له ان ينكح في اولاد صاحب اللبن وسيأتي ان الرضاع كما يحرم سابقا يحرم لاحقا ويوجب انفساخ عقد من يحكم بتحريمها فينبغي التفطن لهذا فانه مما يغفل عنه قوله وهل ينكح اولاده اه هذا متفرع على ما قبله فان قلنا ان اولاد صاحب اللبن واولاد المرضعة لا يحرمون على ابي المرتضع فكذا لا يحرمون على اخوته بطريق اولى ووجه الاولوية ان الاولاد بالنسبة الى ابيه بمنزلة الاولاد او الربائب وكلاهما محرم في الجملة بخلاف حالهم مع اخوته فان اخوة الاخ من حيث هم اخوة الاخ لا يحرمون على الاخ وانما يحرمون من حيث هم اخوة لان الانسان لو كان له اخ من ابيه واخت من امه جاز لاخيه المذكور نكاح اخته اذ لا نسب بينهما محرم وانما يحرم اخت الاخ من امه اذا كانت اختا له يحرم عليه من الاب او من الام وهنا ليس كذلك اذ لا نسب بين الاخوة الرضيع من النسب واخوته من الرضاع وان قلنا بتحريمهم على ابيه كما اختاره المص ففي تحريمهم على اخوته الذين لم يرتضعوا قولان احدهما العدم لما ذكرناه من العلة فانها حاصلة سواء حكمنا بتحريمهم على الاب ام لا وهذا هو الاشهر والثاني تعدي التحريم اليهم ذهب اليه الشيخ في ف ويه استنادا الى ظ التعليل المذكور في الروايات فانهم اذا كانوا بمنزلة ولد الاب حرموا على اولاده والعلة منصوصة فتتعدى واجيب بان تعديتها مشروط بوجودها في المتعدى اليه وهيهنا ليس كذلك لان كونهم بمنزلة ولد الاب ليس موجودا في محل النزاع اذ ليس المراد بحجية منصوص العلة انه حيث ثبتت العلة وما يجري مجريها ثبت الحكم قوله اما لو ارضعت امرأة ابناه اه عدم التحريم هنا واضح لان نسبة احد المرتضعين بالنسبة الى اخوة الاخر لا رابطة بينهم بالمحرمية اصلا فانهم ليسوا بمنزلة اخوة الاخوة الذين يحتمل فيهم التحريم

وانما

وانما هم اخوة الاخوة ولا فرق في ذلك بين ان يتحد الفحل بالنسبة الى المرتضعين ويتعدد واحترز بقوله القوم اخر عما لو اتحد ابو الاخوة فان التحريم واضح من حيث النسب قوله الرضاع المحرم اه لا اشكال في ان الرضاع الذي يحرم النكاح على تقدير سبقه عليه يبطله على تقدير لحوقه فكما ان امه اذا ارضعت بنتا صارت اخته من الرضاعة فيحرم عليه نكاحها ابتداء كذلك يحرم عليه لو كان قد عقد عليها قبل الرضاع وكذا اذا ارضعتها جدته لان الجدة ان كانت من قبل الاب صارت الرضيعة عمته وان كانت من قبل الام صارت خالته واذا ارضعتها اخته صارت بنت اخته وكذا اذا ارضعتها زوجة الاخ بلبنه صارت بنت اخيه او زوجة الاب بلبنه صارت اخته فيبطل نكاح الصغيرة في جميع هذه المواضع كما يحرم ابتداء لتحقق المعنى الموجب للتحريم في الحالين المنافي لصلاحية الرضيعة لنكاحه واحترز في زوجة الاب والاخ بكون اللبن منهما عما لو كان من غيرهما بعد مفارقتهما او في زمان زوجيتهما كما اذا تزوجا بامرأة مرضعة فان اللبن ليس للاول على ما مر تفصيله فتصير ربيبة الاب والاخ وهما غير محرمتين على الرجل والضابط ان كل امرأة يحرم عليه ان ينكح بنتها فاذا ارضعت تلك المرأة زوجته الصغيرة العدد المعتبر ثبت الحرمة المؤبدة وانفسخ النكاح اذا تقرر ذلك فنقول اذا ارضعت الزوجة الصغيرة على وجه ينفسخ نكاحها فلا يخ اما ان يكون بسبب مختص بها بان سعت الى الكبيرة وهي نائمة وارتضعت الرضاع المحرم او بسبب من الكبيرة بان تولت ارضاعها او بسبب مشترك بان سعت الصغيرة اليها وارتضعت منها فلم تمنعها منه ولم تعنها عليه وعلى تقدير مباشرة الكبيرة اما ان تكون مختارة في ذلك غير مامورة به شرعا او مامورة به او مكرهة عليه وعلى التقادير الخمسة اما ان يكون للصغيرة مهر مسمى او تكون مفوضة فالصور عشر نذكر حكمها في خمسة اقسام الاول ان يكون الرضاع بسبب مختص بالصغيرة فلا شيء لها على الزوج ولا على المرضعة لان الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول فكان كالردة من قبلها كذلك ولا فرق بين كونها مفوضة ومهورة وهذا هو الذي جزم به المص وجعله في كرة اولى وهو يوذن باحتمال وجه بعدم السقوط ووجه العدم ان المهر وجب بالعقد والاصل يقتضي استمراره الى ان يدل دليل على خلافه ولا نص هنا عليه والرضيعة لا قصد لها فكان فعلها بمنزلة عدمه فيحتمل ان يثبت لها نصف المهر لانها فرقة قبل الدخول كالطلاق وهو احد وجهي الشافعية ويضعف بانه قياس لا نقول به فاما ان يثبت الجميع لما ذكر او يسقط الجميع من حيث استناده اليها وكيف كان فالمذهب السقوط الثاني ان يكون الرضاع بفعل الكبيرة بان تولته بنفسها من غير ضرورة اليه وقد اختلف في حكم المهر لانه فسخ قبل الدخول من غير جهة الزوجة فجرى مجرى الطلاق وهذا مذهب الشيخ في ط وتبعه عليه جماعة وقيل يجب عليه جميع المهر لان المهر يجب جميعه بالعقد كاملا ولا ينتصف الا بالطلاق وهذا ليس بطلاق والحاقه به قياس فيستصحب وجوبه الى ان يثبت المزيل وهذا هو الوجه هذا اذا كان قد سمى لها مهرا ولو كانت مفوضة البضع قيل وجبت المتعة الحاقا لهذا الفسخ بالطلاق ويضعف ببطلان القياس مع وجود الفارق فان الفسخ بالطلاق جاء من قبل الزوج وهيهنا ليس من قبله ويحتمل السقوط اصلا كما لو مات احدهما لان عقد النكاح بالتفويض لا يوجب مهرا لانه لم يذكر وانما اوجبه الطلاق بالاية فلا يتعدى مورده وليس هذا بقياس على الموت كما قاسه الاول على الطلاق بل مستند الى اصل البراءة ويحتمل وجوب مهر المثل او نصفه على ما تقدم من الوجهين لانه عوض البضع حيث لا يكون هناك مسمى لامتناع ان يخلو البضع عن عوض ثم الزوج اذا غرم شيئا في هذه الفروض هل يرجع به على المرضعة قولان منشأهما ان البضع هل يضمن بالتفويت ام لا والقول بالرجوع للشيخ في ط وتبعه عليه جماعة لان البضع مضمون كالاموال لانه يقابل بمال في النكاح والخلع ولا يحتسب على المريض المهر لو نكح بمهر المثل فما دون وكذا المريضة المختلعة بمهر المثل ويضمن للمسلمة المهر مع كفر زوجها وبالشهادة بالطلاق ثم الرجوع عنها هذا اذا قصدت بالارضاع الافساد فلو لم تقصده فلا شيء عليها على ما يقتضيه تقييد المص وجماعة لانها على تقدير عدم القصد غير متعدية كالحافر في ملكه بئرا فتردى فيها متردد ولانها محسنة الى الرضيعة وما على المحسنين من سبيل وبهذا صرح الشيخ في ط بعد ان نقل الخلاف في الفرق بين الامرين وعدمه والوجه عدم الفرق في الضمان وعدمه لان اتلاف الاموال يوجب الضمان على كل حال فان كان البضع ملحقا بها ضمن في الحالين والا فلا والفرق بين موضع النزاع وبين حفر البئر في الملك واضح اذ لا اتلاف من الحافر اصلا بخلاف المرضعة وقال الشيخ في ف لا تضمن المرضعة مط سواء قصدت الفسخ ام لم تقصد لان منفعة البضع لا تضمن بالتفويت بدليل ما لو قتلت الزوجة نفسها او قتلها قاتل او ارتدت او ارضعت من ينفسخ نكاحها بارضاعه فانه لا يلزم للزوج شيئا وبالجملة فالبضع ليس كالمال مط والحاقه به في بعض المواضع لا يوجب الحاقه مط ومما يخرجه عن الالحاق بالمال جواز تفويض البضع وعدم لزوم شيء على تقدير عدم الطلاق والمال ليس كذلك واجيب بانا وان لم نلحقه بالاموال لكن نقول ان سببيتها في لزوم المهر او نصفه للزوج يوجب ضمان ما يغرمه وان لم يوجب ضمان البضع من حيث تفويته فاذا اوجبنا ضمانه لا اوجبنا عليها مهر المثل مط لانه قيمة المتلف من الاموال بقيمته ولا ينظر الى ما ملكه من العوض وفيه نظر لان ما يجب على الزوج مسبب عن العقد لا عن الفسخ الطارئ ولا عن سببيتها له الثالث ان يكون الرضاع بفعل الصغيرة والكبيرة عالمة لكن لم تمنعها منه ولم تعنها عليه وفي الحاقه بالسابقة او عدم الضمان وجهان من انها لم تباشر الاتلاف ومجرد قدرتها على منعها لا يوجب الضمان كما لو لم يمنعها من مباشرة اتلاف مال الغير مع قدرتها على المنع ويظهر من المص واكثر الجماعة ان تمكينها بمنزلة المباشرة وبه صرح في كرة لان تمكينها من الرضاع بمنزلة الفعل حيث ان المرتضعة ليست مميزة ولا يخ من نظر ولو قيل هنا باشتراك الصغيرة والكبيرة في الفعل فيكون السبب بينهما ولا يرجع الزوج على المرضعة الا بنصف ما يغرمه لكان اوجه من ضمانها مط وظ الاصحاب القطع بالحاق التمكين بالمباشرة الرابع ان تتولى الكبيرة الارضاع ولكن كان ذلك في موضع الحاجة بان لا تجد مرضعة غيرها واضطرت الصغيرة الى الارضاع ووجب على الكبيرة الفعل وفي ضمانها حينئذ وجهان من كونها مامورة بالفعل شرعا فكان كالاذن في الاتلاف فلا يتعقبه الضمان وانها محسنة وما على المحسنين من سبيل وهو الذي اختاره الشيخ في ط ومن تحقق

٢٧٦ المباشرة للإتلاف لان غرامته لا تختلف بهذه الاسباب وظاهر المص وصريح بعضهم عدم الفرق واقتصر في كره على نقل القولين عن الشافعية والاولى
لابخ من مذهب الخامس ان تكون الكبيرة مكرهة على الارضاع بان حملها عليه القادر على فعل ما توعدها به مع ظنها انه يفعل واستولى امر ضررا لا يحتمل مثلها
عادة وان لم يبلغ الاكراه حد الالجاء ولا ضمان هنا على المرضعة لان الاكراه يسقط ضمان المال المحقق وغاية البضع الحاقه بالمال واما ضمان الزوج للصغيرة
فثابت على كل حال وحكى في كره فيه عن الشافعية وجهين في انه على المكرهة او المخوف ولم يرجح شيئا والمص تردد في ضمان المرضعة في جميع الاقسام نظرا
الى تردده في ان البضع هل يضمن بالتفويت ام لا وقد ظهر ما قربناه وجه تردده قوله ولو كان له زوجتان اه هذه المسئلة وما بعدها متفرعة على الضابط
الذي اسلفناه في المسئلة السابقة وعلى اصل اخر وهو ان المصاهرة تتعلق بالرضاع كما تتعلق بالنسب فمن نكح صغيرة او كبيرة حرم عليه مرضعتها
لانها ام زوجته من الرضاع محرمة كما تحرم امها من النسب وكذا تحرم عليه بنتها من الرضاع واختها جمعا وعمتها وخالتها وبنت اختها وبنت اخيها
بدون رضا الكبيرة وكذا لو كان تحته كبيرة فطلقها فنكحت صغيرا فارضعته بلبن المطلق حرمت عليهما ابدا اما على المطلق فلان الصغير صار ابنا له
وهي امرأة الصغير فيكون حليلة ابنه واما على الصغير فلانها امه وامرأة زوجة ابيه واشباه ذلك كثيرة ولا ينافي هذا قولهم ان الرضاع يحرم منه ما

[illegible]

ولم يجدد العقد على من شاء من الاختين وان ارضعتها على التعاقب انفسخ نكاح الكبيرة والاولى خاصة لتحقق الجمع المحرم فيهما وبقي نكاح الثانية لان
الكبيرة لم يضر لها ام الحي انفسخ عقدها ولم يتحقق الجمع المحرم ويبقى حل الصغيرة الاولى موقوفا على مفارقة الثانية كما في كل اخت للزوجة غير معقود
عليها وقس على هذا ما لو ارضعت له زوجة ثالثة ورابعة وازيد دفعة وعلى التعاقب واعلم ان المص اعتبر في هذه المسئلة وما بعدها في تحريم الجمع
الدخول بالكبيرة ولم يعتبر كون اللبن منه او من غيره وقد اعتبره كما ذكرنا العلامة وجماعة ولعل تركه اجود لان الحكم بكون اللبن للزوج يستلزم الدخول با
لكبيرة لما تقدم من اشتراط كونه صادرا عن نكاح بل عن ولد منه ومع الدخول يتحقق تحريم الكبيرة وان لم يكن اللبن له وبدون الدخول ينتفي عنه اللبن
فلا وجه للتفصيل بكون اللبن منه او من غيره بالنسبة الى تحريم الكبيرة واما الصغيرة فتحرم على التقديرين وانما يحتاج الى هذا التفصيل من لا يعتبر
في اللبن المنسوب الى الزوج الوطي بل يكتفي بالزوجية كالعامة وهم اصل هذا التفصيل فجرى عليه بعض الاصحاب ويمكن ان يفرض عندنا كون اللبن للزو
من غير دخول على تقدير كونه قد وطئها قبل الزوجية بشبهة فحملت منه فان اللبن يلحق به كالولد لكن لا نقول بان وطي الشبهة ينشر الحرمة مط فاذا
تزوجها حالة اللبن فتولد وهي قبل دخوله بعد العقد غير مدخول بها مع كون اللبن له فيأتي التفصيل قوله ولو كان له زوجتان اه لا اشكال في تحريم
المرضعة الاولى مط لانها صارت ام زوجته وتحريمها غير مشروط بشيء واما تحريم الصغيرة فمشروط باحد امرين اما كون اللبن للزوج لتصير ابنته او

[illegible]

بحيث يعلم انها لا يمكن ارتضاعها من لبنه في الحولين او لا يمكن رضاعه من لبنها كان علوا ولا يمكن رضاعهما من امراة واحدة او لبن رجل واحد لم يلتفت الى دعواه
وحل لهان يتزوجها ولم تحرم وان كانت زوجته وان امكن صحة دعواه فلا يخلو اما ان يكون قبل ان يعقد عليها نكاحا او بعده وعلى التقديرين اما ان يصدقه
في دعواه او تكذبه او لا و لا بان لا يعلم الحال وعلى تقدير كونه قد تزوجها اما ان يكون قبل الدخول او بعده ثم اما ان يكون قد سمى لها مهرا ام لا وعلى تقدير
التسمية اما ان يكون بقدر مهر المثل او ازيد او اقل وبسبب اختلاف هذه الصور تختلف الاحكام وجملة حكمها ان دعواه الممكنة ان كانت قبل العقد
حكم عليه بالتحريم ظاهرا سواء صدقته ام كذبته فليس له التزويج بها بعد ذلك وان اكذب نفسه نعم لو اظهر لدعواه تاويلا محتملا بان قال انى اعتمدت
في الاقرار على قول من اخبرني ثم تبين لي ان مثل ذلك لا يثبت به الرضاع وامكن في حقه ذلك احتمل القبول لامكانه واطلق الاصحاب عدم قبوله مطلقا
لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز وعليه العمل وان كانت الدعوى بعد العقد وصدقته الزوجة فالعقد باطل فان كان قبل الدخول فلا شيء
لها لانتفاء النكاح وان كان بعده واعترفت بالعلم قبل الدخول فلا شيء لها ايضا لانها بغي بالدخول وان ادعت تجدد العلم لها بعده قبل قولها وكان
لها المسمى على قول الشيخ بناء على ان العقد هو سبب ثبوت المهر لانه مناط الشبهة فكان كالصحيح المقتضي لتضمين البضع بما وقع عليه التراضي
في العقد ويحتمل وجوب مهر المثل لبطلان العقد فيبطل ما تضمنه من المهر والموجب له هو وطء الشبهة وعوضه مهر المثل لانه المعتبر في المتلفات
المالية وما في حكمها هو قيمة المثل وقيمة منافع البضع هو مهر المثل وهذا هو الاقوى هذا اذا كان مهر المثل اقل من المسمى او مساويا اما لو كان ازيد
منه احتمل ان لا يكون لها سوى المسمى لقدومها على الرضا عن البضع بالاقل فلا يلزمه الزائد وثبوت مهر المثل مطلقا لان ذلك هو المعتبر في قيمته شرعا
ورضاها بدون وجه شرعي لا عبرة به وهذا هو المعتمد وان كذبته الزوجة لم يقبل دعواه في حقها الا ببينة فان اقامها حكم بالبطلان ايضا كما
الحكم كما لو صدقته وان عدم البينة وكان ذلك قبل الدخول حكم بتحريمها عليه عملا بمقتضى اقراره ولكن لا يقبل في حقها بل يلزمه لها نصف المهر على القول
المشهور لانها فرقة قبل الدخول كالطلاق والاقوى الجميع لوجوبه بالعقد وتشطيره بالطلاق لا يقتضي الحاق غيره به لبطلان القياس لكن له
احلافها ان ادعى عليها العلم فان نكلت حلف هو فالحكم كما لو صدقته ولو كان ذلك بعد الدخول لزمه جميع المهر مطلقا ثم على تقدير تصديقها
يبطل العقد ظاهرا ويصح لكل منهما التزويج كما لو لم يكن العقد واقعا وعلى تقدير تكذيبها له لا يصح لها التزويج بغيره وان حكم عليه بالتحريم او
اقام بينة بدعواه لان البينة لا تثبت الحكم في نفس الامر فاذا كذبتها لزمها حكم التكذيب يجوز له ان يتزوج بغيرها ولا يجوز لها التزويج بغيره ولا غيره
مما يتوقف على اذن الزوج بدونه وان لم تكذبه ولم تصدقه بل هي احتملت الامرين حكم عليها بما يقتضيه ظاهر الشرع من التحريم باقراره قوله ولو قالت المراة
ذلك اه لو كان المدعي للرضاع المحرم هو المراة فان كان قبل التزويج حكم عليها بظاهر الاقرار وحكم بتحريم نكاحه وهو واضح وان كان بعده فلا يخلو ايضا
اما ان يكون قبل الدخول او بعده ثم اما ان يصادقها الزوج او لا ثم اما ان يكون لها بينة او لا فان كان قبل الدخول وصادقها انفسخ العقد ولا
شيء عليه وان كذبها لم يقبل دعواها في حقه وله المطالبة بحقوق الزوجية وليس لها الامتناع ولكن ليس لها ابتداؤه بالاستمتاع لانه محرم
بزعمها ولا مهر لها لانه فاسد بزعمها ويجب عليها ان تفدي نفسها منه بما امكنها والتخلص من الاستمتاع بكل ممكن وان كان بعد الدخول وصدقها
الزوج انفسخ العقد ايضا ثم ان ادعت سبق العلم على الوطء فلا شيء لها لانها بغي وان ادعت تجدده او الجهل بالحكم فالقول قولها فلها المسمى او مهر المثل على الخلاف
السابق والاقوى اقل الامرين لان المسمى ان كان اقل فلا تستحق ظاهرا غيره ولا يقبل قولها في استحقاق الزائد وان كان مهر المثل اقل فلا تستحق غيره لدعواها
غيره لدعواها ان الوطء لشبهة لا بعقد ولو كذبها فالحكم في المهر كذلك وفي العقد لا يقبل منها الا بالبينة لكن لها احلافه على نفي العلم ان ادعته
عليه فان حلف اندفعت دعواها ظاهرا وبقي النكاح وعليها فيما بينها وبين الله التخلص بحسب الامكان كما مر وان نكل ردت اليمين عليها فتحلف
على البت لانه حلف على اثبات فعل فاذا حلفت حكم بالفرقة ووجب لها مع الدخول ما مر ولو نكلت او نكل ابقي النكاح ظاهرا او حيث يبقى لها المطالبة
بحقوق الزوجية ط اما الاستمتاع فلتحريمه بزعمها واما النفقة فلعدم استحقاقها لها بدعواها وان جاز لها اخذها لو بذلها وحبسها لاجله
لا يقتضي ايجاب النفقة مع عدم الزوجية التي تزعمها قوله لا تقبل الشهادة اه قد عرفت ان الخلاف واقع في العدد المعتبر من الرضاع في التحريم وكميته
وكيفيته فان منهم من يحرم بقليله وكثيره ومنهم من يعتبر عشر رضعات ومنهم من يعتبر خمس عشرة ومن غير اصحابنا من يعتبر خمسا وثلثا وواحدة
وما يفطر الصائم ومن اصحابنا من لا يعتبر الحولين ومنهم من لا يعتبر الولادة ومنهم من يكتفي بوجود اللبن في حلقه من غير رضاع وكذا الخلاف فيها عند
غيرنا الى غير ذلك من الخلاف الواقع فيه واذا كان كذلك لم يكف شهادة الشاهد انه بين فلان وفلانة رضاعا محرما او ان فلانا رضع من فلانة
رضاعا محرما ونحو ذلك لجواز ان يستند الشاهد الى ما يعتقده انه محرم وهو عند الحاكم غير محرم فلا بد من التفصيل بان يشهد ان فلانا ارتضع من
ثدي فلانة من لبن الولادة او الحمل المستند الى النكاح الصحيح خمس عشرة رضعة تامات في الحولين من غير ان يفصل بينها برضاع اخرى وبالجملة لا بد
من التعرض لجميع الشرائط المعتبرة عند الحاكم الذي يشهدان عنده ليعمل باجتهاده وهل يشترط ان يضيفا الى ما ذكر وصول اللبن الى جوفه قولان
اجودهما العدم لان الشهادة بالرضاع تقتضي ذلك ولا خلاف بين العلماء في كيفية الوصول الى الجوف بعد ان يكون الرضاع من الثدي مكتفى
فيه اطلاق الشهادة نعم لا يكفي حكاية القرائن بان يقول رايته قد التقم الثدي وحلقه يتحرك لان حكاية ذلك لا تعد شهادة بل اذا علم الشاهد
العلم العادي بوصول اللبن الى جوفه بالقرائن المفيدة له شهد بحصوله على الوجه المفصل واعلم ان ما ذكر من اعتبار التفصيل فيه مع اختلاف
مذهب الشاهد لمذهب الحاكم في الشرائط او احتمال الاختلاف اما مع العلم باتفاقهما على الشرائط او احتمال الاختلاف اما مع العلم باتفاقهما
على الشرائط كما لو كان الشاهد مقلدا للحاكم فيها موثوقا بمراعاة مذهبه فالوجه عدم الافتقار الى التفصيل وان كان احوط خروجا من خلاف

الاصحاب اطلقوا اشتراطه ومثل هذا ما لو شهد الشاهدان بنجاسة الماء مع الاختلاف الواقع بين الفقهاء فيما يحصل به نجاسته هذا كله اذا
كانت الشهادة على نفس الارضاع اما لو كانت على اقرار المقر به لم يعتبر التفصيل على الاقوى لعموم اقرار العقلاء على انفسهم وكذا نفس الاقرار الا
ان يعلم استناده الى مذهب يخالف مذهب السامع او الحاكم قوله واما اخبار الشاهد اه لما كان المعتبر في الشهادة وغيرها العلم بوقوع المشهود به وكان
وصول اللبن الى الجوف امرا باطنا لا يدرك بالحس نبه على بيان ما به يصير معلوما عنده لتصح شهادته به وذلك بان يشاهده ملتقما حلمة ثدي المراة
ماصا له على العادة المفيدة لخروج اللبن من الثدي الى الفم الى ان يصل ولا بد مع ذلك من العلم بكون المراة ذات لبن فلو لم يعلم ذلك لم يصر شاهدا
بالامتصاص المذكور لاصالة العدم واكتفى المصنف عن اعتباره بقوله ماصا له على العادة حتى يصل لاستلزام كونها ذات لبن وانما اعتبر مع الامتصاص
مشاهدته ملتقما الحلمة الثدي لاحتمال امتصاصه غيرها كاصبعها ولذا لا يكفي التقام الثدي من غير امتصاص لامكان ان يلتقمه ولا يرتضع قوله اذا تزوج
كبيرة بصغيرة اه اذا تزوجت الكبيرة بالصغير بان عقد له عليها وليه الاجباري ثم فارقته بالفسخ لعيب او لعتقها او لكون وليه نسبه الى قبيلة فبان
من غيرها او بكون وليه وجه انه وكان عبدا او جوزنا نكاح الامة للحر بدون الشرطين ثم تزوجت حرة جاهلة بالامة ثم علمت الحرة ففسخت عقدها او غير
ذلك ثم تزوجت الكبيرة وارضعت الاول بلبن الثاني حرمت عليهما اما على الصغير فلانها امه ومنكوحة ابيه ولم يعلل المص بالبنوة وهي اقرب
واما على الكبير فلانها حليلة ابنه من الرضاع ولو تزوجت بالكبير اولا ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم ارضعته بلبن الاول فالحكم كذلك والفرض فيه
اسهل والكلام في المهر هنا على ما سبق قوله لو زوج ابنه الصغير اه اذا زوج ابنه الصغير بابنة اخيه الصغيرة فارضعت جدتهما احدهما صار المرتضع
ولد الجدة بعد ان كان ولد ولدها فينتشر التحريم بينه وبين الاخر لعلوه بدرجة او جهة العمومة او الخؤولة ووجه ذلك ان الجدة ان كانت جدتهما
لابيهما كما هو مقتضى العمومة وكان المرتضع الذكر صار عما لزوجته لانه صار اخا ابيها لامه من الرضاع بعد ان كان ابن عمها فحرمت عليه وان كان المرتضع
الانثى صارت عمة لزوجها لانها اخت ابيه لامه وان كانت الجدة المرضعة جدتهما لامهما بان كانا ولدي خالة ايضا مضافا الى كونهما ولدي عم فان
ارضعت الجدة الذكر صار خالا لزوجته لانه صار اخا امها من الام وان ارضعت الانثى صارت خالة لزوجها لانها اخت امه من الرضاع فهذه
صور المسئلة في فرض واحد وهي كون الولدين ولدا عم وولدا خالة والجدة قد تكون لابيهما وقد تكون لامهما ومن ثم اطلقها المص لتشمل الامرين
فانه وان اقتصر على فرض كونهما ولدي عم الا ان فرض الجدة مطلقة بحيث تشمل كونها من ابيهما وامهما يجوز كونهما ولدي خالة فيكون جدتهما المرضعة
لامهما وهذا اخصر مما فرضه الشيخ وطرحت جعل فرض العم والعمة فيما لو زوج بنت عمه والمرضعة جدتهما لابيهما وفرض الخال والخالة فيما اذا زوج ابنه
عمته او بنت خالته لانه في صورة العمة ان ارضعت جدتهما الذكر صار خال زوجته لانه اخو امها وان ارضعت الصغيرة الانثى صارت عمته لانها اخت ابيه
وفي الثانية بالعكس ان كان المرتضع هو الذكر فهو خال لانه اخو امها وان ارضعت الانثى صارت خالته لانها اخت امه وكذا لو كانا ولدي خال واشهد
طوى في بعض فوائده عبارة الكتاب على فرض المبسوط فجعل الضمير المذكر المستتر في قوله زوج ابنه عائدا الى الانسان الشامل للذكر والانثى
وجعل لفظ الابناء اعم من الذكر والانثى ايضا بتكلف ارادة الشخص فلذا جعله الخاتم الولدان اما ذكران فهما اما عم او عمة او انثيان لاخ فهو خال او خالة
او ابو الصبي ذكر وولد الصبية انثى او بالعكس فيحصل في احدهما العمومة وفي الاخر الخؤولة قال وهذه الصور الاربع مذكورة هنا بالفعل كما افصح به
في ط والحامل له على هذا التكلف ان يطابق عبارة الكتاب لغرض المبسوط وهو حسن وان كان ما ذكرناه اوفق بالعبارة واظهر في المثال ومحصلا للمقصد
المبسوط من كون المرتضع عما او عمة او خالا او خالة وان لم يكن المثال واحدا وما ذكره يفتقر الى تكلف لا يقتضيه العبارة والامر سهل قوله المصاهرة
هي علاقة تحدث بين الزوجين واقرباء كل منهما بسبب النكاح توجب الحرمة ويلحق بالنكاح النظر والوطء واللمس على وجه مخصوص هذا هو المعروف من
معناها لغة وعرفا ولا يحتاج الى اضافة وطء الامة والشبهة والزنا ونحوه اليها وان اوجب حرمة على بعض الوجوه فان ذلك ليس من باب المصاهرة
بل من جهة ذلك الفعل وان جرت العادة بالحاقه بالمصاهرة في بابها فانه من باب الاستطراد وذلك خير من جعل المصاهرة منقولة عن معناها اللغوي
الى معنى اعم مراعاة لادراج هذه الامور الموجبة للتحريم قوله وهي تتحقق مع الوطء الصحيح وتشكل مع الزنا والوطء بالشبهة في هذا اشارة الى ان الزنا و
الوطء بالشبهة ملحقان بالمصاهرة حيث يوجب بها حرمة واستشكاله من حيث ايجابهما الحرمة وعدمها لا من حيث الحاقهما بها والاولى في ادخالهما في الباب
ان يكون على وجه التكميل لاقسام المحرمات وسيأتي الكلام فيما يشكل من امرهما قوله وبناتها وان سفلن اه نبه بذلك على خلاف ما يتوهم من ظاهر الاية
حيث وصف الربائب المحرمات بكونهن في الحجر وقد اجمع علماء الاسلام الا من شذ منهم على ان هذا الوصف غير معتبر وانما جرى على الغالب من كون
بنات الزوجة في حجر الزوج ايضا فمفهوم الوصف ضعيف على ما بين في الاصول والاخبار متظافرة من الجانبين على تحريمهن سواء كن في الحجر ام لم يكن وان
الوصف للتعريف لا للتخصيص قوله ولو تجرد اه اما تحريمها على ابيه بمجرد العقد فلعموم قوله تعالى وحلائل ابنائكم الشامل للمدخول بهن وغيرهن وقوله ولا
تنكحوا ما نكح اباؤكم والنكاح حقيقة في العقد كما تقدم ولو قيل انه حقيقة في الوطء او مشترك فالاية الاولى كافية اذ لا قائل بالفرق واما عدم تحريم
بنت الزوجة بدون الدخول بالام فلقوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم
وموضع الباب قوله وهل تحرم امها اه اكثر علماء الاسلام على ان تحريم امهات النساء ليس مشروطا بالدخول بالنساء لقوله تعالى وامهات
نسائكم الشامل للمدخول بهن وغيره قال ابن عباس في هذه الاية ابهموا ما ابهم الله يعني عمموا حيث عمم بخلاف الربائب فانه قيدهن بالدخول بامهن
فتقيدن والاخبار الواردة في ذلك كثيرة ايضا وقال ابن ابي عقيل منا وبعض العامة لا تحرم الامهات الا بعد الدخول ببناتهن كالبنات و
جعلوا الدخول المعتبر في الاية متعلقا بالمعطوف والمعطوف عليه جميعا ولصحيحة جميل بن دراج وحماد بن عثمان عن الصادق قال الام والبنت سواء

اذا لم يدخل بها ايضا اذا تزوج المراة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فانه ان شاء تزوج امها وان شاء ابنتها وفي معناها اخبار اخر واجيب عن الاحتجاج بالاية بانها لا تدل على مطلوبهم من وجهين احدهما ان الوصف والشرط والاستثناء المتعقب للجمل يعود الى الاخيرة خاصة كما حقق في الاصول الا مع القرينة الدالة على عوده الى الجميع وهي هنا منتفية بل هي على الرجوع الى الاخيرة زيادة عما يدل عليه الاطلاق فانه قال من نسائكم اللاتي دخلتم بهن والربائب من النساء يصح ان يرجع اليهن لانه شرط ان يكن من النساء وامهات نسائنا لسن من نسائنا بل نساؤنا امهن الثاني ان رجوع من نسائكم اليهما لا يستقيم لانك ان علقت من في قوله من نسائكم بنسائكم في قوله وامهات نسائكم كانت لبيان الجنس وتمييز المدخول بهن من غير المدخول بهن والمتقدم وامهات نسائكم ومن نسائكم اللاتي دخلتم بهن وان علقتها بربائبكم من قوله وربائبكم اللاتي في حجوركم كانت من لابتداء الغاية كما تقول بنات رسول الله من خديجة ويمتنع ان تعني الكلمة الواحدة في خطاب واحد معنيان مختلفان فان قيل نعلق الجار بهما ونجعل معناه مجردا الاتصال عليحد قوله المنافقون والمنافقات بعضهم من بعض ولا ريب ان امهات النساء متصلات بالنساء لانهن امهاتهن كما ان الربائب متصلات بامهاتهن لانهن بناتهن قلنا في ذلك ارتكاب خلاف الظاهر من غير ضرورة ولنرد المناقضين لا يحتمل غير ذلك هذا خلاصة ما حققه في الكشاف واما الاخبار فقد اجاب الشيخ عنها بانها مخالفة لكتاب الله كما بيناه والاخبار المخالفة لها موافقة له فيكون ارجح وايضا فان الخبر الصحيح المذكور مضطرب الاسناد لان الاصل فيه جميل وحماد بن عثمان وهما تارة يرويانه عن الصادق بلا واسطة واخرى يرويانه عن الحلبي عنه وتارة يرويه جميل مرسلا عن بعض اصحابه عن احدهما واضطراب السند يضعف الحديث الصحيح بالضعف كما حقق في دراية الحديث وكيف كان فالمذهب القول بالتحريم مطلقا قوله ولا تحرم مملوكة الاب اه اما عدم التحريم بمجرد الملك فظاهر لان المحرمات معدودات وليست احديهن مملوكة احدهما واما مع الدخول فلدخولها في عموم قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء ان جعلناه حقيقة في الوطي وقوله وحلائل ابنائكم فان الحليلة فعيلة بمعنى المفعول والمراد بها المحللة له وهي شاملة للزوجة والمملوكة ومع تحريمها بالوطي لا يمنع ذلك من تملك الاخر لها اذ لا منافاة بين تحريم الوطي وثبوت الملك فينتفع بها في غير الوطي قوله ولا يجوز لاحدهما اه اما تحريم تصرف كل منهما في ملك الاخر بغير اذنه فلقبحه عقلا وعموم المسلم على المسلم حرام ماله وعرضه الشامل للاب والابن وهو يتناول وطي المملوكة وغيره من التصرفات وقوله الا بعقد او ملك شامل للتحليل لانه مختص باحدهما على ما سبق ومرجع بينه وبينها فلو فرع الخلاف في كونه من ايهما قربا لم ينتقل الذهن منها اليه وهو نكتة عطف الخاص على العام المرغب بذلك ويجوز للاب ان يقوم امة الصغير على نفسه بان يتملكها بعقد شرعي مملك لا بمجرد التقويم اذ لا ينتقل الملك به وبدون الانتقال لا يباح الوطي ولا يشترط وجود المصلحة في ذلك للابن للعموم المستفاد من روايات كثيرة منها صحيحة ابي الصباح عن ابي عبد الله في الرجل يكون لبعض ولده جارية وولده صغار هل يصلح ان يطأها فقال يقومها قيمة عدل ثم ياخذها ويكون لولده عليه ثمنها وفي تعدي الحكم الى الجد وجهان اجودهما ذلك لاشتراكهما في المعنى ولا فرق بين كون الاب مليا وعدمه قوله ولو بادر احدهما اه لا خلاف في تحقق الزنا من الجانبين لكونه وطئا محرما بالاصل وانما الكلام في تحريمها بذلك على الاخر ولم يتعرض له المص ولعله اكتفى بذكره في مطلق الزنا فيما سبق وانما يثبت الحد على الولد مع عدم الشبهة والا سقط عنه الحد ايضا والفرق بين الاب والابن بعد النص ان الاب اصل له فلا يناسبه اثبات العقوبة عليه بخلاف العكس قوله ولو حملت مملوكة الاب اه انما عتق الاول لان ولد المملوكة وان لحق بابيه لكن ملكه جده مالك الجارية ولهذا يقوم ويدفع اليه القيمة لو لم يعتق وولد الولد يعتق على الجد ولا قيمة على الابن لان العتق ثبت على الاب من حين الولادة بخلاف ما لو حملت مملوكة الابن من الاب لان المالك الابن وهو اخوه والاخ لا يعتق على الاخ وعلى الاب فكه بقيمته نعم لو كان انثى عتقت على اخيها ولا قيمة على الاب قوله ولو وطي الاب زوجة ابنه اه سيأتي ان المختار ان وطي الشبهة لا يحرم لاحقا وهذا منه والحكم في الاية مختص بالعقد او مشترك فلا حجة فيها وعلى هذا فلا تحرم على الابن ويتفرع على الخلاف ما لو وطئها الابن ثانيا فان قلنا بتحريمها عليه وكانا عالمين فهو زان ولا مهر لها سوى الاول وان كانا جاهلين بالتحريم او هي جاهلة فلها بهذا الوطي مهر المثل كغيره من وطي الشبهة فيجتمع لها على الولد مهران المسمى الاول ومهر المثل ولها ايضا على ابيه مهر المثل لوطي الشبهة قوله تحريم اخت الزوجة اه ودليل تحريم الجمع بين الاختين اجماع المسلمين والكتاب صريح فيه والسنة به واردة ولا فرق بين كون الجمع بنكاح دائم ومنقطع ولا بين كونه قد دخل بالاولى وعدمه ولا بين كون الاخت لاب وام او لاحدهما ولا يلحق بالاخت اخت الاخت حيث لا تكون اختا كما لو كانت اخت الام اختها للاب وبالعكس قوله وبنت اخت اه اجمع علماء الاسلام غير الامامية على تحريم الجمع بين العمة والخالة وبين بنت اخيها واختها في النكاح مطلقا لقوله ص لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها والضابط عندهم تحريم الجمع بين كل امرأتين لو كانت احداهما ذكرا لحرم عليه نكاح الاخرى وهذا ضابط حسن لانه يدخل فيه الجمع بين الاختين وبين البنت وامها وان علت وبنتها وان سفلت وبقي الكلام في الجمع بين العمة مع بنت الاخ او الخالة مع بنت الاخت واما اصحابنا فقد اختلفوا فيه بسبب اختلاف الروايات ظاهرا والمشهور بينهم حتى كاد يكون اجماعا بل ادعى في كره جوازه لكن بشرط رضا العمة والخالة اما الجواز في الجملة فلعموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم بعد ان عدد المحرمات جمعا وعينا ولم يذكرها بينها ورواية علي بن جعفر قال سألت اخي موسى عن الرجل يتزوج المرأة على عمتها او خالتها قال لا باس لان الله قال واحل لكم ما وراء ذلكم واما اشتراط رضا العمة والخالة فلصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر قال لا يتزوج ابنة الاخت على خالتها الا باذنها ويتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنها وعن محمد بن مسلم عنه قال لا يتزوج ابنة الاخ ولا ابنة الاخت على العمة ولا على الخالة بغير اذنهما ويتزوج الخالة والعمة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير اذنهما والتقييد بعدم الاذن يعطي التسويغ معه وفي حديث علي بن جعفر السابق وقال تزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضا منهما فمن فعل فنكاحه باطل وفي مقابلة المشهور قولان نادران للاصحاب احدهما جواز الجمع مطلقا ذهب اليه ابن ابي عقيل وابن الجنيد على الظن من كلامهما لا التصريح لكن الاصحاب فهموا منهما ذلك وعندي في فهمه نظر لانهما اطلقا القول بالجواز واسنداه بالاية وهو مذهب

الاصحاب وانما الكلام في امر اخر وهو غير مناف لما اطلقاه مع ان ابن الجنيد قال عقيب ذلك وقد روى جوازه اذا تراضيا عن ابي جعفر وموسى بن جعفر وعادته في كتابه ان يعتقد الامة مكان مع اعتباره له وحجتهما الاية والخبر السابق عن الكاظم الدالان على الحل وجوابه انهما مطلقان والاخبار الاخر مقيدة فيجب الجمع بحمل المطلق على المقيد لكن هذا الجواب انما يتم على القول بجواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد وفيه خلاف في الاصول والمعتمد جوازه وتكون الثاني للصدوق في المقنع منع مط وحجته الاخبار المطلقة كك وقد سبق منه الخبر النبوي وروى ابو الصباح الكناني في الصحيح عن الصادق قال لا يحل ان يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها وفي الصحيح عن ابي عبيدة الحذاء قال سمعت ابا عبد الله يقول لا ينكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على اختها من الرضاعة وروى السكوني عنه ان عليا اتي برجل تزوج امرأة على خالتها فجلده وفرق بينهما واجيب بانها مطلقة وتلك مقيدة فيجب الجمع بحمل المطلق على المقيد وجلد علي الرجل جاز ان يكون لادخال الصغيرة بغير اذن الكبيرة كما هو الغالب اذا تقرر ذلك فنقول اذا ادخل العمة والخالة على بنت الاخ والاخت صح وان لم ترض المدخول عليها وقد علم ذلك ولكن يشترط علم الداخلة بكون المدخول عليها زوجته والا لم يصح ولم اطلق الجواز وهو محمول على رضا الداخلة ثم على تقدير جهلها بالحال هل يقع العقد باطلا ام يتوقف عقد الداخلة على رضاها ام عقدها وعقد المدخول عليها اوجه اوجهها الوسط لان جواز عقد الداخلة مشروط برضاها فلا وجه لابطاله بدونه وعقد السابقة قد حكم بصحته ولزومه قبل العقد الثاني فيستصحب والحق في ذلك في الداخلة فتتخير في عقد نفسها بين فسخه والرضا بمصاحبتها للمدخول عليها وكون رضاها شرطا في صحة جواز الجمع لا يدل على ازيد من ذلك لان العقد لا يقصر عن عقد الفضولي وسيأتي تحقيقه واعلم ان قوله بنت اخت الزوجة الخ يقتضي كون الحكم مختصا بالجمع بينهما بالعقد فلا يحرم الجمع في الوطي بملك اليمين واكثر الاخبار السابقة حيث عبر بالتزويج وفي بعضها التعبير بالنكاح وهو محمول على العقد لما تقدم من انه حقيقة فيه وعلى تقدير الاشتراك فقرينة العقد ظاهرة لان المملوكة ليست اهلا للاذن ولا للسلطنة في النكاح وهذا هو الاقوى وفي حكمه ما لو كانت العمة والخالة امتين وادخل عليهما بنت الاخ او الاخت حرتين بل هنا اولى بالجواز ولو انعكس الفرض فكك ولو كانت الكبيرة حرة وادخل عليها الصغيرة بالملك ففي التحريم نظر يعلم مما سبق واولى بالمنع هنا لان توقف ادخال الحرة بالعقد على السابقة يقتضي توقفها لو كانت امة بطريق اولى لما فيه من زيادة امتهان الكبيرة بالامة عادة ويمكن منع الاولوية من حيث عدم استحقاق الامة للاستمتاع وللتوقف مجال وهل يفرق في العمة والخالة بين الدنيا والعليا وجهان من اطلاقهما عليهما فتدخل في العموم ومن الشك في كونه بطريق الحقيقة لصحة السلب والاول اولى لان الاحتياط بالعموم انسب لاشتراكهما في العلة الموجبة للحكم قوله ولو تزوج بنت الاخ او بنت الاخت اه اذا تزوج العمة او الخالة ثم عقد على بنت الاخ او الاخت فان كان باذن الاولتين فلا بحث وان كان بغير اذنهما ففيه اقوال احدها بطلان عقد الداخلة من غير ان يتاثر عقد الاولى وهذا هو الذي اختاره المص اما بقاء عقدها على حاله في اللزوم فلانعقاده لازما فيستصحب اذ لم يقع ما يوجب تاثره واما انه عقد هو الطاري فيكون البحث فيه واما بطلان عقد الداخلة فللنهي عنه في الاخبار السابقة المقتضي للفساد وللتصريح به في رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى حيث قال فمن فعل فنكاحه باطل ولان رضا العمة والخالة شرط في صحة العقد لان قوله لا تتزوج ابنة الاخ والاخت على خالتها الا باذنها يقتضي النهي عنه الا مع مصاحبته للاذن او التصاقه به فيجب حصوله وقت التزويج وفيه نظر لان النهي لا يدل على الفساد في المعاملات كما حقق في الاصول والخبر المصرح بالبطلان فيه اولا منع صحة السند لان في طريقه بنان بن محمد وحاله مجهول ودعوى صحته غير مسلمة ومع تسليمه يمكن حمله على البطلان مع كراهتهما لذلك جمعا بين الادلة ويمنع شرطية الرضا في صحة العقد والاخبار لا تدل عليه لما عرفت من ان النهي لا يدل على الفساد ودلالتها على اعتبار مصاحبته للاذن في وقوعه لازما او غير منهي عنه لا مط فان قيل النهي في المعاملات وان لم يدل على الفساد بنفسه لكنه اذا دل على عدم صلاحية المعقود عليها للنكاح فهو دال على الفساد من هذه الجهة كالنهي عن نكاح الاخت والعمة والخالة وكما في النهي عن بيع الغرر والنهي في محل النزاع من هذا القبيل قلنا لا نم دلالته هنا على عدم صلاحية المعقود عليها للنكاح فانها عند الخصم صالحة ولهذا اصلحت مع الاذن بخلاف الاخت وبيع الغرر فانهما لا يصلحان اصلا وصلاحية الاخت في بعض الوجوه كما لو فارق الاخت لا يقدح لانها حينئذ ليست اختا للزوجة بخلاف بنت الاخت ونحوها فانها صالحة للزوجية مع كونها بنت اخت للزوجة والاخبار دلت على النهي عن تزويجها وقد عرفت انه لا يدل على الفساد فضلا النهي عن هذا التزويج من قبيل ما حرم لعارض كالبيع وقت النداء لا لذاته والعارض هو عدم رضاء الكبيرة فاذا لحقه الرضا زال النهي الثاني تزلزل العقدين السابق والطاري وهذا هو الذي حكاه المص قولا واقتصر عليه وهو مذهب الشيخين واتباعهما لوقوع العقدين صحيحين اما الاول فظ واما الثاني فلانه صدر من اهله في محله جامعا للشرائط فلا يؤثر تجدد البطلان بفسخ العمة والخالة في صحته الاصلية كغيره من العقود الموقوفة على الغير واذا وقع صحيحا كانت نسبة العقدين الى العمة والخالة على السواء ولما كان الجمع موقوفا على رضاهما تخيرتا في رفع الجمع بما شاءتا من فسخ عقدهما وعقد الداخلة وفيه نظر لان العقد الاول لازم بالاصل ولا اصل يقتضي بقاءه على اللزوم الى ان يثبت المزيل وما ذكر لا يصلح له لان رفع الجمع يحصل بفسخ العقد الطاري وهو متعلق الرضا ورفع الجمع وان كان يحصل بفسخ احد العقدين الا ان فسخ السابق قد منع منه مانع شرعي وهو [illegible] على فسخ الثاني خاصة الثالث تزلزل العقد الطاري خاصة بحيث يقع موقوفا على رضا العمة والخالة مع كون عقدهما لازما اختاره جملة المتاخرين ونقله عن المص والموجود في كتابه ومختصره اختيار القول الاول خاصة الا ان يريد بالبطلان وقوفه على الاجازة وارادة ذلك غير معلوم من اطلاق اللفظ والدليل السابق على البطلان ينافيه وبه صرح ابن ادريس لكن مع مخالفة ما ذكر من لزوم عقدهما فقد علم واما تزلزل الطاري من غير ان يكون باطلا فلعموم اوفوا بالعقود فان المتنازع فيه اذا تعقبه رضاهما يعتبر رضا اندرج في هذا العموم فوجب الحكم بصحته قبل الرضا الا يكون فاسدا والا لم ينقلب صحيحا

٣٨٠ ولانه في الموقوف الا ذلك ولانه عقد صدر بدون رضا من يعتبر رضاه في صحته فكان كالفضولي وقد تقدم صحة الفضولي في النكاح وهنا اولى لان المدخول عليها ليس لها اولوية مباشرة العقد بل الرضا به بخلاف الزوجة في عقد الفضولي فان بيدها مباشرته والرضا به فاذا صح في الاقوى لزم مثله في الاضعف بطريق اولى والنهي السابق في الاخبار قد عرفت انه لا يدل على الفساد بل على المنع منه بدون الاذن وهو اعم من السابق واللاحق وعلى تقدير ارادة الثاني لا يلزم الفساد وهذا هو الاقوى الرابع بطلان العقد الثاني من راس وتزلزل عقد المدخول عليها فلها ان تفسخ عقد نفسها وهو قول ابن ادريس واحتج على البطلان بالنهي السابق الدال على الفساد واما تزلزل عقد المدخول عليها فلم يتعرض لدليله بل جزم بحكمه وكان الاصل في ذلك نقله عن الشيخ تزلزل العقدين وهو موجبه بما ذكر فاعترضه بالنهي الدال على فساد الثاني وابقى الاول على حاله فاضطربت الفتوى لانه اذا وقع العقد الطاري فاسدا لم يكن لتخييرها في فسخ عقد نفسها وجه لان المقتضي للفسخ الجمع ومع وقوع العقد فاسدا لا جمع قوله واما الزنا فان كان الخ اتفق الاصحاب على ان الزنا اللاحق للعقد الصحيح لا ينشر حرمة المصاهرة سواء في ذلك الزنا بالعمة والخالة وغيرهما لاصالة بقاء الحكم الحاصل بالعقد وقوله لا يفسد الحرام الحلال ولرواية زرارة عن ابي جعفر ومحمد بن مسلم عن ابي عبد الله ع وفيها انه ما حرم حرام حلالا قط وانه لا يحرم الحلال الحرام وقد اختلفوا فيما اذا تقدم الزنا على العقد هل ينشر حرمة المصاهرة كالصحيح بمعنى تحريم ما حرمه الصحيح من الام والبنت وعلى الاب والابن ونحو ذلك فالاكثرون ومنهم الشيخ واتباعه واكثر المتاخرين على التحريم للاخبار الصحيحة الدالة عليه كصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما انه سئل عن رجل يفجر بالمراة ايتزوج ابنتها قال لا ولكن ان كانت عنده امراة ثم فجر بامها واختها لم يحرم عليه التي عنده وصحيحة منصور بن حازم عن الصادق ع قال في رجل كان بينه وبين امراة فجور هل يتزوج بابنتها قال ان كان قبلة وشبهها فليتزوج ابنتها وان كان جماعا فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها هي وفي معناها صحيحة العيص عنه ع ولان ام المزني بها وبنتها من الرضاعة يحرم بذلك فمن النسب اولى ويدل على الاولى صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما ع في رجل فجر بامراة ايتزوج امها من الرضاعة او ابنتها قال لا وعلى الثانية ان النسب اصل في التحريم بالرضاع فمن ثم قال ع يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقال الرضاع لحمة كلحمة النسب واذا ثبت الحكم في الفرع ثبت في الاصل واستدل بقوله تع وامهات نسائكم وهو شامل للمزني بها لان الاضافة يكفي فيها ادنى ملابسة ككوكب الخرقاء وشهادة الله وهو بعيد وذهب المفيد والمرتضى وتبعهما ابن ادريس الى عدم التحريم لعموم قوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم وقول النبي ص وقد سئل عن الرجل يزني بالمراة ثم يريد ان يتزوج بابنتها لا يحرم الحرام الحلال وانما يحرم ما كان بنكاح ورواية هشام بن المثنى قال كنت عند ابي عبد الله ع جالسا فدخل عليه رجل فسئله عن الرجل ياتي المراة حراما ايتزوجها قال نعم وامها وبنتها وفي رواية الخزري عنه بالسند وفي جوابها نعم ان الحرام لا يفسد الحلال ورواية حنان بن سدير قال كنت عند ابي عبد الله ع اذ سئله سعيد عن رجل تزوج امراة سفاحا ايحل له ابنتها قال نعم ان الحرام لا يحرم الحلال وللاصل واجيب بان عموم الاية مخصوص باخبار التحريم واخباره اوضح سندا فان الاولى عامية وهشام مجهول الحال وسدير واقفي مع امكان حملها على زنا وتجوز ولا يبلغ حد الوطي جمعا واثبات اعم من الجماع وحل البنت في الرواية الاخيرة لا ينافي كونها زوجة قبل الفعل فنحن نقول بموجبه وبالجملة فالادلة الاولى اوضح واصرح واعلم ان من حكم بعدم التحريم بالزنا استثنى منه الزنا بالعمة والخالة فانه يحرم ابنتيهما على تقدير سبقه صرح بذلك المفيد والمرتضى القائلان بعدم التحريم بالزنا بغيرهما ووجه استثنائهما رواية ابي ايوب عن ابي عبد الله ع قال سئله محمد بن مسلم وانا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع ايتزوج ابنتها قال لا قال انه لم يكن افضى اليها وانما كان شيء دون ذلك قال كذب والرواية وردت في الخالة ولكنهم الحقوا العمة بها وما وقفت على وجهه والمرتضى الذي لا يعمل بخبر الواحد الصحيح استند في مثل هذا الحكم الى الاجماع الذي حكاه ونازع ابن ادريس في الحكم وفي الاجماع معا لكنه لم يجسر على المخالفة بل قال ان كان في المسئلة اجماع فهو الدليل على التحريم والا فلا دليل عليه والمصنف نسب القول فيهما الى الشهرة نظرا الى ضعف مستنده لان الرواية ضعيفة السند دون المتن فان السائل لم يصرح بوقوع الوطي اولا وصرح بعدمه ثانيا وكذبه الامام في ذلك وهذا غير لائق بمقامه وهو قرينة الفساد ومع ذلك فهي مخصوصة بالخالة فالحاق العمة بها قياس والاجماع غير متحقق بمثل ذلك لانه لا يكون حجة بعدم العلم بالمخالف بل مع العلم بدخول الامام ع وهو منتف في هذا واشباهه قطعا والعلامة توقف في حكمهما في لف نظرا الى ذلك والاولى الرجوع في حكمهما الى الادلة السابقة المتناولة لهما فان حكمنا بالتحريم في مطلق الزنا السابق فالحكم فيهما اولى وان قلنا بعدم التحريم فالحكم فيهما كذلك من حيث لا دليل صالحا على استثنائهما والعجب ان العلامة حكم بالتحريم في لف في مطلق الزنا ثم توقف فيه بالنسبة الى العمة والخالة وكانه اراده من حيث دليلهما الخاص لا من حيث العام فانهما داخلتان فيه بطريق اولى وعلى هذا فيسقط التفريع بكون الحكم هل يتعدى اليهما وان علتا والى بنتيهما وان سفلتا ام لا والى امهما من الرضاع وغير ذلك من التفريعات قوله واما الوطي بالشبهة الخ قد تقدم ان المراد بوطي الشبهة ما ليس بمستحق منه مع عدم العلم بتحريمه كالوطي في نكاح فاسد او شراء فاسد لم يعلم فسادهما او لامراة ظنها زوجته او امته او انها مشتركة بينه وبين غيره فظن اباحة الشريك له وقد اختلف في نشر الحرمة بذلك فالشيخ الحقها بالصحيح في ذلك ونسبه المص الى تخريج الشيخ ووجه التخريج مساواته للصحيح في لحوق النسب وسقوط المهر به والعدة وسقوط الحد وهي معلولة للوطي الصحيح كما ان الحرمة معلولة له فالحرمة معلولة الاخر وثبوت احد المعلولين يستلزم ثبوت الاخر والمص منع من ذلك لعدم النص واصالة بقاء الحل وضعف هذا التخريج فانه لا يلزم من ثبوت حكم لدليل ثبوت اخر يناسبه كما ان الحرمة منتفية عن وطي الشبهة بالاجماع مع انها من جملة معلولات الوطي الصحيح وقد سبق ابن ادريس الى ذلك والاقوى نشر الحرمة به مع سبقه لثبوته في الزنا بالنص الصحيح مع تحريمه فيكون في الشبهة اولى لانه وطي محترم شرعا فيكون الحاقه بالوطي الصحيح في ثبوت حرمة المصاهرة اولى من الزنا كما ثبت به اكثر احكام الصحيح ولا يقدح تخلف المحرمية لانها تابعة لمحل النظر بسببه فجاز اشتراطها بكمال حرمة الوطي والموطوءة بالشبهة لا يباح النظر اليها للواطي فلا قاربها اولى واما الاستدلال في المسئلة بالاجماع فلا يخ من مجازفة

٣٨١ ثم موقوف لمفهوم قوله ما لو نظر ولمس ما يسوغ لغير المالك المراد بالمالك هنا حقيقة بعموم مالك الامة فلان بخلاف المشهور والروايات المختلفة انما هي في الامة اذا حصل ذلك من مالكها ويحتمل على بعد ان يريد به مالك النكاح بعقد او ملك ليشمل الزوجة فيه فيتعدى الحكم اليها وتحرير المسئلة في مباحث ثلثة الاول اذا ملك الرجل امة ولمسها او نظر منها الى ما يحرم على غيره النظر اليه كنظر ما عدا الوجه والكفين وما يبدو غالبا فهل يحرم بذلك على ابيه وابنه فيه اقوال احدها عدم التحريم مطلقا لكنه يكره وهو اختيار المص ونقله العلامة وهو كره للاصل وعموم واحل لكم ما وراء ذلكم وما ملكت ايمانكم وموثقة علي بن يقطين عن الكاظم ع في الرجل يقبل الجارية ويباشرها من غير جماع داخل او خارج اتحل لابنه او لابيه قال لا باس وثانيها التحريم عليهما اختاره الشيخ واتباعه ومن قبله وجماعة لان المملوكة حليلة فتدخل في عموم وحلائل ابنائكم خرج منه ما اذا لم ينظر اليها ويلمس على الوجه المذكور فيبقى الباقي داخلا في العموم ولصحيحة محمد بن اسمعيل بن بزيع عن ابي الحسن ع وقد سئله عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده فقال بشهوة قلت نعم قال ما ترك شيئا اذا قبلها بشهوة ثم قال ابتداء منه ان جردها فنظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه ونحوه روى الصدوق عن عبد الله بن سنان عن الصادق ع وثالثها ان النظر واللمس يحرمان منظورة الاب وملموسته على ابنه دون العكس وهو قول المفيد لصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق ع اذا جرد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحل لابنه والقول الوسط هو الاوسط لان تحريمها على الابن لا يدل على اختصاصه به فيمكن استفادة تحريمها على الاب من الخبرين السابقين فلا منافاة بين اخبار التحريم غاية ما في الباب استفادة حكم الاب من الخبرين فسقط القول الاخير وبقي الكلام في الاولين فان الاخبار فيهما متعارضة ظاهرا ويمكن ترجيح اخبار التحريم بوجوه الاول انها اوضح سندا فانها صحيحة وما دل على الحل من الموثق والصحيح مقدم عليه عند التعارض مط الثاني انها مقيدة بكونها بشهوة وتلك مطلقة تحمل على وقوعهما بغير شهوة حذرا من المنافات وخبر محمد بن مسلم وان كان مطلقا لكنه محمول على كونه بشهوة لوجوب حمل المطلق على المقيد الثالث انه على تقدير تسليم التعارض فما دل على الاباحة وهذه على الحظر والثاني مقدم على الاول عند التعارض مط لانه دافع للضرر وهو اولى من الجالب للنفع وحيث ثبت التحريم كانت ادلته مخصصة لعموم الاية كما خصصت بغيرها من المحرمات التي لم تذكر في الاية ومخرجة عن حكم الاصل الذي استندوا اليه واعترض على الاستدلال للتحريم بعموم ابنائكم الحلائل بان الظاهر ان المراد بالحليلة الزوجة فلا يدل على حكم الامة وفيه منع اختصاصها بالزوجة فان الحليلة فعيلة اما بمعنى مفعولة من الاحلال المقابل للتحريم اي يحل له وطيها او من الحل ضد العقد لانه يحل ازارها عند الجماع او بمعنى فاعلة من الحلول لانها تحل معه في فراشه وعلى جميع المعاني فهي شاملة للامة وقد استدل العلماء على تحريم موطوءة الابن بالملك بقوله تع وحلائل ابنائكم وهو دال على فهمهم دخولها فيها وما يوجب تحريمها عليهما بمجرد ذلك بشهوة ان العقد المجرد يحرم الزوجة على الاب والابن حيث كان المقصود الاغلب من التزويج ارادة الوطي ولما كان شراء الامة اعم من قصد الوطي والخدمة لم يحرم بمجرد الشراء فاذا فعل بها مقدمات الجماع كان ذلك اولى في تحريمها عليهما من العقد المجرد فانه لا يقتضي ارادة الوطي كالشراء فلما كانت الاماء ابعد عن قصد الجماع من الحراير اشترط زيادة على شرائهن تقييد ارادة الوطي وهو مقدماته الثاني على تقدير القول بتحريمها على الاب والابن بذلك هل يحرم امها وان علت وبناتها وان سفلت على المولى قولان احدهما التحريم ذهب اليه ابن الجنيد والشيخ في ف محتجا باجماع الفرقة واخبارهم والاحتياط مع انه في موضع اخر منه خص الحرمة بالنظر الى فرجها لقول النبي ص لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امراة وابنتها وعنى بالاخبار ذلك وما روي عنه ع من كشف قناع امراة حرم عليه امها وبنتها وصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما قال سئلته عن رجل تزوج بامراة فنظر الى راسها والى بعض جسدها ايتزوج ابنتها قال لا اذا راى منها ما يحرم على غيره فليس له ان يتزوج ابنتها والثاني الجواز على كراهة ما لم يطأ البنت لقوله تع فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وما ذكر ليس بدخول ولصحيحة العيص بن القسم قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل باشر امراته وقبل غير انه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها قال ان لم يكن افضى اليها فلا باس وان كان افضى فلا يتزوج وهذا هو الاقوى ويمكن حمل الاخبار السابقة على الكراهة جمعا مع ان الاول عامي وقد انكره المحدثون منهم والاخير غير المدعى لانه مختص بالزوجة والقائل عمم الحكم فيها وفي الامة وهي لا تفيد ذلك فان قالوا لا قائل بالفرق قلنا مثله في الامة فلا بد من الجمع الثالث اختلف القائلون بان الزنا ينشر حرمة المصاهرة في ان النظر المحرم الى الاجنبية واللمس هل ينشر الحرمة فيحرم بها الام وان علت والبنت وان نزلت ام لا هكذا نقله فخر الدين في شرحه ولم نقف على القائل بالتحريم وعلى القول به لا تحرم المنظورة والملموسة على الفاعل وانما نقل الخلاف في امها وبنتها وكيف كان فهو قول ضعيف جدا لا دليل عليه وكذا اختلفوا فيما لو وقعا بشبهة هل يحرمان كالمباحين فذهب الشيخ في ف الى التحريم بهما للام والبنت وهو ضعيف وبقي تنقيح العبارة ويتوقف على بيان امور الاول يفهم من قوله فما يسوغ لغير المالك لا ينشر الحرمة ان الامة يصح نظر غير المالك اليها في الجملة وذلك في الوجه والكفين كما تقدم مع انه لم يصرح به ثم وانما صرح ثم بحكم الحرة نعم قد يستفاد من قوله سابقا في جواز النظر الى اهل الذمة لانهن بمنزلة الاماء الثاني يستفاد منه ايضا ان لمسها جائز في الجملة ولم يذكر جوازه بل القائلون بجواز النظر قصروه عليه عملا بظاهر قوله تع ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها فانه يقتضي اباحة نظر محل ذلك فاللمس باق على اصل التحريم وصرح بعض الاصحاب بتحريم اللمس مط وفصل في هذا المحل جوز لمس كف الامة للاجنبي وجعله المراد مما يحل لغير المالك لمسه ويمكن حمل عبارة المص عليه الثالث يستفاد من قوله وما لا يسوغ لغير المالك الى قوله ولمس باطن الجسد بشهوة ان النظر الى ما استثني ولمسه لا يفيد جوازه بعدم الشهوة مع الاجماع على ان نظرها بشهوة محرم مط واولى منه اللمس وانما الكلام مع عدم الشهوة والريبة والاولى ان يريد بقيد الشهوة فيما ذكر الاحتراز عن مثل نظر ذلك لغيرها كنظر الطبيب ولمس العضو ليعلم حاله فيكون الغرض تقسيم النظر واللمس الى ما يحرم لغير المالك نظره ولمسه الى ما يفيد التحريم على الخلاف وهو وقوعهما بالشهوة وما لا يفيده اجماعا وهو وقوعهما بغير شهوة لا ان يجعل ذلك في مقابلة المحل ليفيد جواز ما استثني بشهوة وغيرها وهذا حسن

الرابع بعضهم من قوله ومن نشر الحرة هنا فصل التحريم على ابنا للاصل وابنه دون نام المنظورة والملموسة وبينهما انه لاخلاف في عدم تحريمها وبينهما وكان اهمله استضعافا له والا فقد عرفت الخلاف فيه ووجود الروايات به وان كان دون الخلاف في تحريمها على الاب والابن الخامس قال الشهيد في شرح الارشاد على نظام العبارة الاولى ان يريد بالمالك في قوله فما لا يسوغ لغير المالك الاعم من مالك الرقبة او مالك البضع وحده لتدخل فيه الزوجة فان الخلاف في نظرها ولمسها كذلك وانه في اثبات هل يعتبر التحريم بالنسبة الى ابيه وابنه ام لا وهو حسن من حيث افادة الخلاف فيهما لكنه يقتضي جواز نظر غير الوجه والكفين وانه مقيد بقيود منها عدم كونه لشهوة ولا ريبة وعدم المباشرة به في المجلس وبدونها يحرم فيلزم تنوع الخلاف مع وقوعه بشهوة في نشر الحرمة لانه يحرم على غير المالك وهم لا يقولون به ومثل هذا الامر في الامة لانهم لا يجوزون نظرها بالشهوة لغير المالك فيلزم ان ينشر الحرمة لو وقع من المالك كذلك والروايات دالة على خلافه لاشتراط التجريد والنظر الى باطن الجسد والكلام في اللمس كما مر والاولى بالمنع هنا اذ لا يذكر احد جواز مس الحرة لغير ضرورة مطلقا ولاجل هذا الاشكال حملنا المالك على مالك الرقبة ليسلم من ذلك ورود جواز النظر الى الحرة واما فان الخلاف في الامة اظهر والروايات فيها اشهر كما عرفته قوله وحكم الرضاع في جميع ذلك الخ اي جميع المذكور في باب المصاهرة من المحرم بالنكاح الصحيح وما الحق به من الزنا والشبهة والنظر واللمس فكل من حرم فيهما على رجل بنسب كالاب والابن او امراة كالام والبنت يحرم عليه لو كان بالرضاع فتحرم الموطوءة بالعقد على ابا الواطي بالرضاع وان علا وابنه وان نزل ويحرم على الواطي امها من الرضاعة وان علت وبنتها منها وان سفلت وهكذا العموم قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لا يرد ان هذا يحرم بالمصاهرة لا بالنسب فلا يدخل في عموم الخبر لانا قد بينا ان هذا ايضا راجع الى النسب لان الاب من الرضاعة كالاب من النسب بمقتضى الخبر والام منها كالام من النسب وبنت الزوجة من الرضاع كبنتها من النسب واختها وبنت اختها وبنت اخيها وعمتها وخالتها وغيرها ممن يحرم بالنسب فالمصاهرة اللاحقة للانساب كالمصاهرة اللاحقة لمثلهم من الرضاعة وبالعكس ولا يقدح فيه قوله الرضاع لحمة كلحمة النسب وقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى ابو عبيدة الحذاء في الصحيح عن الصادق قال سمعته يقول لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على اختها من الرضاعة وبالجملة فكلما يحرم بالمصاهرة على الانسان بواسطة النسب يحرم بواسطة الرضاع وانما لم يقولوا يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة كما قالوا في النسب لان الذي يحرم بالمصاهرة راجع الى النسب فاكتفى به والمستثنى من اقسام المصاهرة في باب الرضاع هو ملابسات المحرم بالمصاهرة كما استثنى من المحرم بالنسب ايضا ملابساته كما حققناه سابقا فالامر فيهما على السوية قوله لو تزوج اختين الخ القول بالبطلان لابن ادريس وتبعه المص واكثر المتاخرين لان العقد على كل واحدة منهما محرم للعقد على الاخرى ونسبته اليهما على السوية فلا يمكن الحكم بصحته فيهما المحذور الجمع ولا في احدهما على التعيين لانه ترجيح من غير مرجح ولا لغير معينة لان الحكم بالاباحة عرض معين فلا بد له من محل جوهري معين يقوم به لان غير المعين في حد انه لا وجود له واذا بطلت هذه الاقسام لزم الحكم بالبطلان فيهما ولان العقد عليهما معا منهي عنه لما عرفت من عدم صلاحيته المعقود عليها على الوجه المخصوص للنكاح وان كانت صالحة لغير هذه الجهة والنهي على هذا الوجه يقتضي بطلان العقد وان لم يكن مطلق النهي موجبا للبطلان العقود والقول بالتخيير للشيخ واتباعه استنادا الى مرسلة جميل بن دراج عن احدهما في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال هو بالخيار ان يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى ولان نسبة العقد على احدهما الى العقد على الاخرى لا توجب بطلان العقد كما لو جمع في العقد بين محللة ومحرمة وبضعف ما ان ارسال الرواية يمنع من العمل بمقتضاها مع مخالفته للاصول الممهدة وفي طريقها علي بن السندي وهو مجهول مع امكان حملها على امساك ايتهما شاء بعقد جديد ويخلي الاخرى لبطلان والفرق بين المتنازع والجمع بين المحللة والمحرمة في عقد واحد ان المقتضي للصحة في المحللة موجود وهي معينة فلا مانع من صحة عقدها بخلاف الاختين اللتين لا يمكن ترجيح احدهما بغير مرجح واعلم ان رواية جميل اوردها الشيخ في يب والكليني مرسلة وفي طريقهما جهالة كما ذكرنا ولكن الصدوق في الفقيه رواها بسند صحيح عن محمد بن الحسن عن الحسن عن ايوب بن نوح وابرهيم بن هاشم ومحمد بن عبد الجبار عن محمد بن ابي عمير عن جميل عن ابي عبد الله في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى وقال في رجل تزوج خمسا في عقد واحد يخلي سبيل ايتهن شاء وعلى هذا فيتجه العمل بمضمونها لصحتها في المسئلتين بعد تحقيق الحال من الكتاب فتمسك فيه شبهة ينبغي الوقف على المراجعة قوله لو وطئ امة بالملك الخ القول بصحة التزويج للشيخ ره لعموم واحل لكم ما وراء ذلكم وليس مطلق الجمع بين الاختين محرما فان جمعهما في الملك ليس محرما قطعا وان كان الملك يجوز الوطي ولان النكاح اقوى من الوطي بملك اليمين فاذا اجتمعا قدم الاقوى وانما كان اقوى لكثرة ما يتعلق به من الاحكام التي لا تلحق الوطي بالملك مضافا الى ان الغرض الاصلي من الملك المالية فلا ينافي النكاح فعلى هذا تحرم الموطوءة بالملك ما دامت الثانية زوجة والمص لم يرجح هذا القول مؤذنا بالتردد فيه ووجهه من ان الوطي يصير الامة فراشا لحوق الولد به فلم يجز ان يرد النكاح على فراش الاخت كما لا يرد نكاح الاخت على نكاح اختها ولانه يفعل في الامة ما ينافي اباحة اختها المفترشة فلم يجز كالوطي واجيب ببطلان القياس مع وجود الفارق فان النكاح اقوى من الوطي بملك اليمين ولو انعكس الغرض بان تزوج الامة ثم ملك اختها ووطئها فعل حراما ولم يقدح ذلك في صحة النكاح ولا يجب اخراج الموطوءة عن ملكه للاصل ولان الاقوى يدفع الاضعف قوله ولو كان لم امتان لا خلاف في انه لا يجوز الجمع بينهما في النكاح لعموم وان تجمعوا بين الاختين المتناول للجمع بينهما عقدا او وطيا في الحرائر ووطيا في ملك اليمين والمراد بالجمع بينهما في الوطي استباحتهما ولو على التعاقب كان جمع النبي بين الصلوتين ولان الجمع الحقيقي يمكن بالاستمتاع بما دون الوطي واذا حرم ذلك حرم الوطي لعدم القائل بالفصل ولقول النبي ملعون من جمع ماءه في رحم اختين ولا خلاف ايضا في جواز الجمع بينهما في الملك وان تناوله النهي ظاهرا لان المراد به ما ذكرناه من العقد او الوطي او هما فاذا ملك اختين دفعة او على التعاقب صح الشراء لهما عاولة نكاح ايتهما شاء فاذا وطئ

احدهما حرم عليه وطي الاخرى حتى تخرج الاولى عن ملكه فان وطئها فعل حراما ولا حد عليه للملك وكونه استباحهما لكن يعزر كما في فاعل المحرم لكن اذا وطي الثانية فهل تحريم الاولى او الثانية او تحريمهما باسره على بعض الوجوه اقوال الاول وهو الذي اختاره المص واكثر المتاخرين وقبله الشيخ في ط وابن ادريس ان الاولى تبقى على الحل والثانية تبقى على التحريم سواء اخرج الثانية عن ملكه ام لا وسواء كان جاهلا بتحريم وطي الثانية ام عالما وحتى اخرج الاولى عن ملكه حلت الثانية سواء اخرجها لاجل العود الى الثانية ام لا اما الاولى فلان التحريم انما تعلق بوطي الثانية لانه حصل الجمع بين الاختين فيستصحب والحرام لا يحرم الحلال وللاصالة بقاء الحل وتحريم الثانية واما الثانية فلانه متى اخرج احدهما عن ملكه لم يبق جامعا بين الاختين لانتفاء سببه الثاني قول الشيخ في النهاية وهو انه ان وطي الثانية عالما بتحريم ذلك عليه حرمت الاولى عليه حتى تموت الثانية فان اخرج الثانية عن ملكه ليرجع الى الاولى لم يجز له الرجوع اليها وان اخرجها عن ملكه لا لذلك جاز له الرجوع الى الاولى وان لم يعلم بتحريم ذلك عليه جاز له الرجوع الى الاولى على كل حال اذا اخرج الثانية عن ملكه هذا لفظ الشيخ في به واستند في هذا التفصيل الى اخبار كثيرة مضطربة الالفاظ مختلفة المعاني فجمع الشيخ بينها بما ذكره فمن الاخبار صحيحة ابي الصباح الكناني عن ابي عبد الله قال سئلته عن رجل عنده اختان مملوكتان فوطي احدهما ثم وطي الاخرى قال حرمت الاولى حتى تموت الاخرى قلت ارايت ان باعها فقال ان كان انما يبيعها لحاجة ولا يخطر على باله من الاخرى شيء فلا ارى بذلك باسا وان كان انما يبيع ليرجع اليه الاولى فلا وهذه الرواية وان كانت صحيحة السند لكنها متهافتة المتن لان الحكم فيها بتحريم الاولى الى ان تموت الاخرى مقطوع من كلام الراوي والامام وظاهره انه قد سقط من جملته كلام وهذا بعض الجواب ولم يفرق فيها بين العالم والجاهل ومنها حسنة الحلبي عن ابي عبد الله قال سئل عن رجل كانت عنده اختان مملوكتان فوطي احدهما ثم وطي الاخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى قلت ارايت ان باعها اتحل له الاولى قال ان كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الاخرى شيء فلا ارى بذلك باسا وان كان انما يبيعها ليرجع الى الاولى فلا ولا كرامة وهذه اجود متنا من الاولى والاولى اصح سندا وفي معناها رواية ابي بصير عنه وتهافت رواية الحلبي عنه قال قلت له الرجل يشتري الاختين فيطا احدهما ثم يطا الاخرى بجهالة قال اذا وطي الاخرى بجهالة لم تحرم عليه الاولى وان وطي الاخيرة وهو يعلم انها عليه حرام حرمتا عليه جميعا وتهافت رواية عبد الغفار الطائي عنه في رجل كانت عنده اختان الى قوله قلت فان جهل ذلك حتى وطئها بعني الثانية قال حرمتا عليه كلتيهما فهذه جملة ما استند اليه الشيخ من الاخبار فاستفاد تحريم الاولى على تقدير العلم من الروايات كلها واستفاد تحريم الثانية مع العلم من رواية الحلبي واخرج عدم تحريم الاولى مع الجهل بها وحمل عدم تحريمها على تقدير اخراج الثانية عن ملكه للجمع بين الحكم بعدم تحريمها مع عدم الجهل في رواية الحلبي وبين الحكم بتحريمهما معا على تقدير الجهل في الرواية الاخيرة بحمل تحريمهما معا على بقائهما في ملكه واما اذا زال ملكه عن احدهما حلت له الاخرى وكذا فرق في الحل في بيعه فيكون تفصيلا في الجمع بين الاخبار كلها وتبعه على هذا القول العلامة في لف وولده في الشرح والشهيد في شرح الارشاد والشيخ علي في شرحه مراعاة لهذه الاخبار التي لا معارض لها المشتركة في الحكم بتحريم الاولى على تقدير العلم وذلك بخالف ما اقتضاه القول الاول ويبطل دليله لانا الاستصحاب ونحوه لا يصار اليه مع وجود النص وعندي في هذا الحكم نظر لان الرواية الصحيحة لا تدل على الحكم بتحريم الاولى من قبل الامام كما ذكرناه والثانية من الحسن وهو ادون من الصحيح وان نزلنا الى العمل بها فمدلولها تحريم الاولى مطلقا الى ان تموت الاخرى او يبيعها لا لغرض العود الى الاولى وليس فيها تعرض لتحريم الثانية ومثلها في الدلالة رواية ابي بصير على ضعف في سندها ورواية الحلبي الدالة على تحريم الاولى على الجاهل في طريقها ضعف بمحمد بن زياد والحسن بن سماعة فيشكل مع ذلك تقييد السابقة بغير الجاهل والاستناد في تحريم الثانية مع العلم اليها لان الروايات الثلث الاولى لا تدل على تحريم الثانية فالاستناد الى هذه الرواية الضعيفة مشكل ثم حمله حل الاولى مع الجهالة على اخراج الثانية للجمع بينها وبين الرواية الدالة على تحريمهما معا مع الجهل مشكل ايضا ومع ذلك فالرواية الاخيرة اضعف سندا من رواية الحلبي والعمل بتفصيل الشيخ يوجب تقييد جميع ما ذكر في الروايات بها مع وضوح سند تلك المطلق ومع ذلك فاطراح جميع هذه الاخبار والرجوع الى الحكم الاصل كالقول الاول مشكل ايضا والاستناد الى الرواية الصحيحة وحدها لا يحصل له معنى لما عرفت من تهافت متنها الثالث ما نقله المص من القول بالتفصيل كتفصيل الشيخ الا ان عدم تحريم الاولى مع الجهل في هذا التفصيل غير مقيد باخراج الثانية عن ملكه وهذا فيه مراعاة الجمع بين حسنة الحلبي ورواية الاخرى المفصلة بالجهل وعدمه وهو لجودة اعتبار امر السابق لشدة بعد ما بين الروايتين المتضمنة لعدم تحريم الاولى مع الجهل كما ان رواية الحلبي بحيث كانتا عن رجل واحد وليس بينهما الا اطلاق احدهما وتقييد الاخرى فالجمع بينهما بحمل المطلق على المقيد اسهل ولكن لا يعلم القائل بذلك بخصوصه بل جملة القول المشهور بين نقلة الخلاف القولان الاولان ويمكن على هذا ان يكون المص اراد به ذكره قول الشيخ ولكنه اجمل بعض ما فيه من التفصيل فقد وقع لغيره اختلاف كثير في نقل كلام الشيخ وانما عبر في حكايته بلفظ النهاية لاجل ذلك الرابع ما نقله المص من القول المحكي اولا وهو ان الدخول بالثانية يحرم الاولى حتى يخرج الثانية عن ملكه وهذا القول عكس الاول ولا نعلم قائله ولا نقله غير المص ويمكن الاحتجاج له برواية معاوية بن عمار قال سئلت ابا عبد الله عن رجل كانت عنده جاريتان اختان فوطي احدهما ثم بدا له في الاخرى قال يعتزل هذه ويطا الاخرى قال قلت له فانه تنبعث نفسه الى الاولى قال لا يقربها حتى يخرج تلك عن ملكه وهذه الرواية اوضح دلالة على هذا القول من الروايات السابقة على القول المشهور وفيه انه لا يحرم وطي الثانية اذا نوى اعتزال الاولى وتوجيهه من حيث الاعتبار ان مجرد الملك للامة لا يمنع من الجمع بينها وبين اختها كما مر وانما يمنع الجمع بالوطي بخلاف الحرة فان الممتنع الجمع بالعقد وان لم يطا فالوطي في الاماء منزل منزلة العقد في الحراير فكما ان الحرة تحل اختها ببطلان عقدها المزيل للعقد المحرم فالامة تحل اختها بترك وطئها المنزل منزلة العقد فانه مع ترك الوطي تصير مملوكة غير فراش والملك لا يمنع الجمع وانما توقف حل الاولى بعد وطي الثانية على اخراجها عن ملكه لئلا يلزم من عوده اليها

ويجوعه عنها بالاعراض بعد الجمع في الوطي بخلاف الاعراض عنها بالمرة الخامس ان ما نه وطي الثانية عالما بالتحريم حرمت عليه الاولى حتى تخرج الاخيرة عن ملكه ومع
الجهل لا تحرم عليه الاولى هذا القول نقله الشيخ في المبسوط شرحها بالاخبار المتقدمة كما هي عادته في الكتاب وهو مغاير للتفصيل فيه وللتفصيل الذي نقله المص
واستفادته من تلك الاخبار التي ذكرها الشيخ بعيد لانه لم يكتف فيها بنقل الثانية عن ملكه في حل الاولى كيف اتفق بل مع عدم نية العود الى الاولى في
هذا التفصيل اطلق الاكتفاء بالخروج عن ملكه نعم يمكن استفادته من الجمع بين رواية معاوية بن عمار الدالة على الاكتفاء بخروج الثانية عن ملكه مط
ورواية الحلبي الدالة على ان الوطي يحرم الاولى ولكن الشيخ لم يذكر رواية معوية بن عمار في هذا الباب واعلم ان هذه الاخبار على كثرتها قد
اشتركت في الحكم بتحريم الاولى مع علم الواطي بالتحريم فالقول ببقائها على الحل واطراح جملة هذه الاخبار وان ضعف طريقها مشكل واشتركت ايضا
ان اخراج الثانية لا بنية العود الى الاولى يحللها وهذا ايضا لا شبهة فيه ويبقى ما لو اخرج عن ملكه الاولى مط فانه يحلل الثانية قطعا لزوال المقتضي للتحريم
ومع ذلك ينفي الاشكال في حل ايهما كان مع بقائهما على ملكه وينبغي التوقف فيه الى ان يظهر المرجع وطريق الاحتياط لا يخفى قوله قيل لا يجوز له
لا خلاف في جواز نكاح الامة بالعقد للحر مع فقد الطول وخشي العنت والقران ناطق بجوازه كك ومع ذلك فالصبر عنه افضل لقوله تع وان تصبروا
خير لكم واما مع فقد احدهما ففيه اقوال احدها وهو الذي اختاره المص وجعله اشهر الجواز على كراهة للاصل وعموم قوله تع وانكحوا الايامى منكم والصالحين
من عبادكم وامائكم وقوله تع ولامة مؤمنة خير من مشركة واحل لكم ما وراء ذلكم ويؤيده مرسلة ابن بكير عن الص ع لا ينبغي ان يتزوج الحر المملوكة اليوم
وهو ظاهر في الكراهة وثانيها المنع ذهب اليه الشيخ في احد قوليه وكثير من المتقدمين والمتاخرين لدلالة مفهوم الشرط عليه في قوله تع ومن لم يستطع
منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ذلك لمن خشي العنت منكم شرط في صحة نكاح الامة عدم الطول
لانه من للشرط وشرط خوف العنت منكم فالمفهوم الثاني وان لم يكن مفهوم شرط الا انه في معناه ولا قائل بالفرق ولا قائل بالفرق ويؤيده روا
محمد بن مسلم قال سالت ابا جعفر ع عن الرجل يتزوج المملوكة قال اذا اضطر اليها فلا باس والمراد بالباس المنفي التحريم وعلقه على ثبوته مع انتفا
الضرر والمراد بالاضطرار ما تضمنته الاية من خوف العنت وان كان اعم مراعاة للجمع واذا ثبت اشتراط الجواز بذلك كان مخصصا للعمومات التي لا
التي استدل بها المجوزون ووافقنا لاسلهم وجزمهم ليس بحجة للضعف والارسال مع امكان حمله على التحريم جمعا واجاب الاولون عن الاية
بان دلالتها من حيث المفهوم وهو ضعيف خصوصا مع معارضة المنطوق وبان المعلق على الشرطين الامر بالنكاح اما ايجابا او استحبابا ونفيهما
لا يستلزم نفي الجواز لانه اعم ونقيض الاخص اعم من نقيض الاعم مط وبانه خرج مخرج الاغلب فلا يدل على نفي الحكم عما عداه وكذا الخبر ورد بان مفهوم
الشرط حجة عند المحققين ولا منطوق يعارضه بل العموم وهو قابل للتخصيص وانما يتم كون المعلق على الشرط الامر لو قدرنا الجار في قوله فمما ملكت
ايمانكم متعلقا بمحذوف يدل على الامر كقوله فلينكح وليس بلازم لجواز تقديره بما يناسب الحل بغير امر كقوله فنكاحه مما ملكت ايمانكم ونحو ذلك
ويؤيده ان الاية مسوقة لبيان الحل والحرمة لا لبيان الامر واخراج الشرط مخرج الاغلب خلاف الظاهر لا يصار اليه الا بدليل يعينه كتقييد تحريم الربائب
بكونهن في الحجور وثالثها المنع من تزويج الامة لمن عنده حرة ولا يحرم لغيره نقله الشيخ في ف وجمع جعل فقد الطول بالفعل شرطا لا القدرة عليه كنكاح
الاخت والخامسة ولما رواه الحلبي في الحسن عن الص تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل ودفع بمنع
الشرط وجواب ان الطول اعم ماذكر فتخصيصه يحتاج الى دليل والرواية لا تدل على جواز نكاح الامة الا على جوازه كيف اتفق ونحن نقول به فان نكاحها بالشرط
جايز ويبقى تحرير المقام يتوقف على امور الاول ظاهر القائلين بالمنع من نكاح الامة على ذلك الوجه ان النهي متوجه الى الوطي ويتبعه العقد وقال المفيد
وجماعة ان النهي راجع الى العقد وحده فلا يبطل لان النهي في مثله لا يدل على البطلان والاولون ينظرون الى ان النهي هنا متعلق بركن العقد وهي
الزوجة كما لو كانت احدى المحرمات او احدى الاختين في الجمع وعلى هذا فيخرج في المسئلة قول رابع وهو تحريم نكاح الامة بدون الشرطين لكن لا يبطل
العقد ويحصل القول الاول من يقول ببطلان العقد الثاني الطول لغة الزيادة والفضل والمراد به هنا الزيادة في المال وسعته بحيث يتمكن معه من نكاح
الحرة بان يقوم بما يتوقف عليه من مهرها ونفقتها ولو بالقوة القريبة ككسب ذي الحرفة وغلة الملك ولا يكفي وجود المال مع عدم وجود الحرة او عدم امكان
وطيها لمانع كالصغر وغيره والعنت لغة المشقة الشديدة واصله انكسار العظم بعد جبره ثم استعير لكل مشقة وضرر والمراد به هنا الاثم بالوقوع في الزنا
الذي يؤدي اليه غلبة الشهوة اذ لا ضرر اعظم من مواقعة الماثم المؤدي الى غضب الله في الدنيا واستحقاق عذاب النار في الاخرة ويلحق به خوف الضرر الشديد
بتركه وان قويت التقوى بحيث منعته من الفعل الاقوى عملا بمفهومه لغة اذ الاصل عدم النقل الذي ادعاه بعض الفقهاء من انه شرعا بمعنى الزنا اذ [illegible]
المدعي النقل فان ذلك بعض افراده الا ان اللفظ لغة كما ان الطول في المال لا يشمل ما يراد منه هنا فلا يلزم نقله شرعا الى مهر الحرة ونفقتها الثالث لو وجد
الشرطان فتزوج الامة ثم تجدد زوالهما او لم يتقدم احدهما لم يقدح في صحة النكاح السابق وان لم يدخل الحكم بصحته ولزومه حين ايقاعه فيستصحب لو
فرض طلاقها رجعيا جاز له رجعتها لان الرجعية بمنزلة الزوجة الرابع لو امكن ازالة العنت بوطي ملك اليمين مع فقد الطول للحرة لم يجز له وطي الامة
لانه لفقد الشرط المحلل لجواز نكاح الامة لان قدرته على رفع العنت بوطي ملك اليمين يرفع خوف العنت مط كقدرته على رفعه بالتقوى وربما احتمل الجواز
لانه لا يستطيع طول حرة وهو الشرط ويضعف بان خوف العنت شرط ايضا وهو منتف الخامس القدرة على وطي الحرة شرط ايضا في وجود الطول كما تقدم
فلو كان عنده حرة رتقاء او ضعيفة عن الوطي لمرض او سفر او غايبة عنه بحيث يخشى العنت قبل الوصول اليها جاز له نكاح الامة لفقد شرط الطول
ودفعا للحرج نعم لو فقد مع وجودها زوال العنت ببعض الاستمتاعات غير الوطي امتنع السادس لا فرق في المنع من العقد على القول به بين الدائم
والمنقطع لشمول النكاح المشروط لهما واما التحليل فان جعلناه عقدا امتنع ايضا وان جعلناه اباحة فلا كما لا يمنع وطيها بملك اليمين السابع

الامة تضمنت

الامة تضمنت اشتراط العجز عن نكاح المؤمنة ومفهومها انه يباح بدونه وان قدر على نكاح الكافرة وهو يتم على القول بالمنع من نكاحها مط ولو جوزناه على
بعض الوجوه احتمل بقاء الجواز عملا بظاهر الاية ولان نكاح الكافرة وان ساوى الامة نقص بسبب مخالطتها وتجنبها مع ذلك مما تعظم مشقته فلا يعتبر ووجه
المنع انه لا يخشى العنت معها ويمكن ان يقرف دلالة الاية مع تسليم العمل بمفهومها ان تعذر المؤمنة يوجب عدم الطول فلا يلزم من فوات الطول وحده جواز
نكاح الامة بل لا بد معه من خوف العنت وهو منتف مع وجود الكافرة الثامن لو وجد الحرة وقدر على ما تطلبه من المهر لكن طلبت ازيد من مهر مثلها
بحيث تجحف بالزيادة ففي وجوب بذله وتحريم نكاح الامة وجهان من تحقق القدرة المقتضية لوجود الطول ومن لزوم الضرر والمشقة بدفع الزيادة وحمل
القدرة على المتعارف وهو قوي مع استلزام بذل الزيادة الاسراف عادة بحسب حاله او الضرر والا فالاول اقوى ولهذا الفرع نظاير كثيرة سبق منها وجود
الماء للطهارة بازيد من ثمن المثل ووجود الساتر للعورة ووجود الراحلة في الحج وغيرها التاسع المعتبر في المال المبذول في المهر والنفقة القدر الزايد
عما يستثنى في الدين من المسكن والخادم وثياب البدن ونحوها لان ذلك لا يباع في الفقر والفقير غير مستطيع مع احتمال تحقق القدرة في الجملة المانعة
من نكاح الامة العاشر لو كان له مال غايب يتحقق به الطول ولكن لا وصول اليه الان مع خوف العنت فان امكنه الاستدانة عليه او بيعه فهو مستطيع والا
فلا ومن ثم جاز له اخذ الزكوة ولو وجد من يشتريه باقل من ثمن المثل ففي وجوبه الوجهان السابقان والتفصيل اقوى الحادي عشر لو لم يكن مالكا للمهر ولكنها
رضيت بتاجيله فان كان الى وقت لا يترقب فيه المال عادة فلا عبرة به وان كان مما يتوقع فيه القدرة فوجهان من تحقق القدرة على الحرة الان ومن ان المعتبر
في القدرة المال المخصوص للحرة والمفروض عدمه وشغل الذمة بمثل ذلك مع امكان كذب الظن فضلا عن الاحتمال لا دليل عليه ان لم يكن فيه ضرر وهذا اقوى
ولا فرق بين طلبها مع ذلك مقدار مهر المثل معجلا او ازيد منه او انقص وكما لا يجب التزام دينها كذا لا يجب اقتراضه من غيرها بقرض ونحوه حيث لا يكون
عنده وفاء الثاني عشر يقبل قوله في خوف العنت مط وفي فقد الطول اذا لم يعلم كذبه بوجود مال في يده يعلم ملكه له نعم لو ادعى انه ليس له ولكن صدق
قبل من غير يمين وكذا لو ادعى ان عليه دينا يمنع الطول الثالث عشر اطلق القائلون بجوازه بالشرطين ان الصبر له افضل عملا بظاهر قوله وان تصبروا خير
لكم وفي الجمع بين جزئيه مع اشتراط الجواز بخشية العنت اشكال الرابع عشر مما يتفرع على القول بالمنع عدم جواز الزيادة على الواحدة حيث يسوغ النكاح
لانتفاء العنت بالواحدة هذا اذا لم يتمكن من الوصول اليها بحيث يزول العنت المعتبر في المنع فلو كانت بعيدة عنه بحيث لا يمكنه الوصول اليها بدون العنت
جازت الثانية كما يجوز على القول الاخر مط اما الثالثة فمحرمة مط اتفاقا قوله لا يجوز للعبد اه هذه المسئلة لا تعلق لها بهذا الباب بل هي من مسائل السبب
الرابع في استيفاء العدد وسيذكرها فيه مرة اخرى وملاحظة ان الزايد من الاثنين يحرم الجمع بينه وبين الاثنين تحل له الحرائر غيرهما كالاختين يوجب
جمع اقسام الزايد عن العدد المعتبر هنا لاشتراكهما في هذا المعنى فلا وجه لتخصيص هذه على كل تقدير قوله لا يجوز نكاح الامة على الحرة اه هذه المسئلة متفرعة
على السابقة فان قلنا بالمنع من نكاح الامة مع القدرة على الحرة فلا كلام في البطلان هنا وان قلنا بالجواز فلا يخ اما ان يتزوج الحرة قبل الامة او بالعكس او يتزوجهما
معا وسياتي حكم الاخيرين ويمكن فرض المسئلة على القول بالمنع بتقدير ان لا يمكنه الوصول الى الحرة فانه شرط في الطول كما تقدم فيسوغ له نكاح الامة وحيث
جاز له نكاحها وكان عنده حرة لم يجز نكاح الامة الا باذنها فان اذنت قبل العقد على الامة صح الثاني اجماعا وان لم تاذن ففيها بطلان العقد على الامة
او وقوعه موقوفا على رضا الحرة كعقد الفضولي او تخيير الحرة في فسخ عقد نفسها ايضا اقوال احدها ما اختاره المص وهو بطلان عقد الامة وهو مذهب ابن
ادريس وجماعة للنهي عنه فيما تقدم الكلام فيه مرارا ولحسنة الحلبي عن الص قال تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل
وصحيحة يحيى بن منصور قال سالت ابا عبد الله ع عن رجل تزوج امة على حرة ولم يستاذنها قال يفرق بينهما قلت عليه ادب قال نعم اثني عشر سوطا ونصف
ثمن حد الزاني وهو صاغر وبها تمسك من ان رضا الحرة بعد العقد وعدمه فترك الاستفصال يفيد العموم والتعزير مشروط بالدخول وعلمه بالتحريم وثانيها
تخيير الحرة بين فسخ عقد الامة وامضائه من غير ان يبطل في نفسه ابتداء لان الحق في ذلك لها فلا ينقص عن عقد الفضولي وقد تقدم ما يصلح تحقيقا لهذا القول
في العقد على بنت الاخ والاخت بدون اذن العمة والخالة لعموم الامر بالوفاء بالعقود خرج منه ما اذا ردته اجماعا فيبقى الباقي وهذا هو الاقوى ويمكن ان يريد المص بالبطلان
هذا المعنى لانه كثيرا ما يطلقه في مقابلة عدم اللزوم وعليه حمل العلامة عبارات الاصحاب ذلك غير ابن ادريس فان كلامه لا يحتمل غير ظاهره من جهة دليله وثالثها
تخيير الحرة بين فسخ عقد الامة وعقد نفسها وهو قول الشيخين واتباعهما وقد تقدم في العقد على بنت الاخ على العمة ما يدل عليه وعلى جوابه ويزيد هنا
رواية سماعة عن الص عن رجل تزوج امة فقال ان شاءت الحرة ان تقيم مع الامة اقامت وان شاءت ذهبت الى اهلها الحديث وهو يدل على جواز فسخها
عقد نفسها وتبطل بعده القول بجواز فسخها عقد الامة لكن الخبر ضعيف السند قوله اما لو تزوج الحرة على الامة اه هذا هو القسم الثاني من اقسام الجمع بين الحرة
والامة وبناؤه على القولين السابقين معا فان تزويج الامة قبل الحرة على القول بالمنع منه بدون الشرطين ممكن بفقد احدهما وح فاذا دخل الحرة عليها
فلا اعتراض للامة لان حق الجمع للحرة لا لها واما الحرة فان كانت عالمة بزوجية الامة فلا اعتراض لها مطلقا لان دخولها على الامة يتضمن رضاها وان لم تعلم كان
لها فسخ عقد نفسها لا فسخ عقد الامة فلسبق لزومه فلا سبيل الى ابطاله واما تسلطها على فسخ عقدها فلصحيحة يحيى الازرق عن الص قال سالته عن رجل
كانت له امراة وليدة فتزوج حرة ولم يعلمها ان له امراة وليدة فقال ان شاءت الحرة اقامت وان شاءت لم تقم قلت قد اخذت المهر اتذهب به قال نعم
بما استحل من فرجها وهذا القول هو الاظهر بين الاصحاب بل ادعى عليه الشيخ في ف الاجماع وذهب الشيخ في التبيان الى تخييرها بين فسخ عقد نفسها وفسخ
عقد الامة ووجهه قد علم من مسئلة العمة فيما سبق وهو ضعيف لان الضرر مندفع عنها بفسخ عقد نفسها المتزلزل واما اللازم فلا سبيل الى فسخه قوله ولو جمع
بينهما اه المراد ان عقد الحرة ح يقع لازما دون عقد الامة فانه يقف على رضا الحرة على قول ويقع باطلا على القول الاخر وقد علم وجههما مما سبق وان كلام
المص يحتمل الامرين وان كان في البطلان اظهر وانما كان عقدها لازما لانتفاء المقتضي لتزلزله لان عقد الامة اما باطل او بيد الحرة فاذا فسخته زال الضرر

عنها

٤٨٦ ولصحيحة ابي عبيدة الحذاء عن الباقر ع في رجل تزوج حرة وامتين مملوكتين في عقد واحد قال اما الحرة فنكاحها جائز وان كان قد سمى لها مهرا فهو لها واما المملوكتان فنكاحهما في عقد مع الحرة باطل يفرق بينه وبينهما وقال الشيخان واتباعهما يصح عقد الحرة ويقف عقد الامة على رضا الحرة فان اجازته لزم وان فسخته انفسخ وهو الاقوى ويمكن ان يريد المص بحمل الصحة على اللزوم وفي المسئلة قول ثالث وهو تخيير الحرة في فسخ عقد نفسها وعقد الامة اختاره العلامة في المختلف محتجا بان العقد واحد وهو متزلزل ولا اولوية ويضعف بانها اذا لم ترض بعقد الامة فتخفيف الاولوية مع انها حاصلة بالرواية الصحيحة بوجوب الوفاء بالعقد خرج منه عقد الامة لحق الحرة فيبقى الباقي والضرر مندفع عنها بتخييرها والحكم ببطلان عقد الامة واعلم ان الجمع في عقد واحد يتحقق بان يزوج رجل ابنته وامة الآخر في عقد واحد او يزوج ابنته وامة غيره بالوكالة كذلك او بالعكس او يزوجهما بالوكالة فيهما ونحو ذلك قوله لا تحل ذات البعل اه لا وجه لذكر هذه المسئلة في مسائل تحريم الجمع بوجه وربما يوجد في بعض النسخ في مسائل تحريم العين وهو اشد منافرة لانها ليست محرمة عينا وكيف كان فارتباطها بالاول متوجه بتكلف حيث انه يحرم الجمع بينها وبين زوجها من حيث انها محرمة ح ولو حذف من القسمين كان اولى لان تحريمها لا يتوقف على الجمع بينها وبين غيرها من يتكلف لها بان المراد بتحريم الجمع فيها بين العقد والوطي فقد توغل بغير فائدة لان كل واحد من الامرين محرم براسه بالنسبة اليها من غير ان يتوقف احدهما على الاخر اذا تقرر ذلك فحكم المسئلة واضح اجماعا ولا فرق في العدة بين البائنة والرجعية وان كان تحريمه في الثانية اشد لانها زوجة خالصة وفي حكم ما لو تزوجها كما قوله من تزوج امراة في عدتها اه مستند هذا الحكم اخبار كثيرة منها رواية زرارة وغيره عن ابي عبد الله ع انه قال الذي يتزوج المراة في عدتها وهو يعلم لا تحل له ابدا وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عنه ع قال سئلته عن الرجل الذي يتزوج المراة في عدتها بجهالة اهي ممن لا تحل له ابدا فقال لا اما اذا كان بجهالة فليتزوجها بعد ما تنقضي عدتها وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو اعظم من ذلك فقلت باي الجهالتين اعذر بجهالته ان يعلم ان ذلك محرم عليه ام بجهالته انها في عدة فقال احدى الجهالتين اهون من الاخرى الجهالة بان الله حرم ذلك عليه وذلك لانه لا يقدر على الاحتياط معها فقلت فهو في الاخرى معذور فقال نعم اذا انقضت عدتها فهو معذور في ان يتزوجها فقلت وان كان احدهما متعمدا والاخر بجهالة فقال الذي تعمد لا يحل له ان يرجع الى صاحبه ابدا وهذه الرواية مع صحتها مفصلة لحكم الجاهل ومؤذنة بالتحريم على العالم وبقي الاخبار الباقية في العالم مؤيدة وان لم تكن صحيحة ويدل على التحريم مع الدخول مط وحسنة الحلبي عن ابي عبد الله ع قال اذا تزوج الرجل امراة في عدتها ودخل بها لم تحل له ابدا عالما كان او جاهلا وان لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للآخر واعلم ان تفصيل احكام المسئلة انهما اما ان يكونا عالمين او جاهلين او يكون الرجل عالما والمراة جاهلة او بالعكس وعلى تقدير الجهل اما ان يكون بالتحريم او بالعدة او بهما ومضروب الثلثة في صور الجهل الثلثة تسعة مضافا الى صورة العلم وعلى التقادير العشرة اما ان يكون قد دخل او لا فهذه عشرون صورة وجملة احكامها انه ان دخل بها في العدة حرمت مط وان لم يدخل فان كانا عالمين حرمت كذلك ان كانا جاهلين بالعدة او بالتحريم او بهما معا لم تحرم وان جهل احدهما وعلم الاخر اختص كل واحد بحكمه وان حرم على الاخر التزويج من حيث مساعدته على الاثم والعدوان ويمكن التخلص من ذلك بان يجهل التحريم او يختص المحرم عليه ومتى تجدد علمه تبين فساد العقد اذ لا يمكن الحكم بصحة العقد من جهة دون اخرى في نفس الامر وان امكن في ظاهر الحال كالمختلفين في صحة العقد وفساده وحيث لا يحكم بالتحريم المؤبد يحكم بفساد العقد فيجدده بعد العدة ان شاء ولا فرق بين العدة الرجعية والبائنة وعدة الوفاة وعدة الشبهة ولا في العقد بين الدائم والمنقطع ومع الدخول يحرم على ابيه وابنه مط لانه زان او واطئ لشبهة وكلاهما ينشران التحريم على اصح القولين ووطي الجاهل بالتحريم بعد العدة لا يؤثر في التحريم وان تجدد له العلم وانما المحرم الوطي فيها او العلم بالتحريم حالة العقد وفي الحاق مدة الاستبراء بالعدة وجهان وعدمه اقوى وقوفا على موضع النص واستصحابا للحل في غيره ومثله ما لو في الوفاة المجهول ظاهر اقبل العدة مع وقوعه بعد الوفاة في نفس الامر لان العدة لا تصح الا بعد بلوغ الخبر والاقوى عدم التحريم مط ايضا وفي الحاق ذات البعل بالمعتدة وجهان ايضا من مساواتها لها في المعنى وزيادة علاقة الزوجية فيكون من باب مفهوم الموافقة وانتفاء العدة التي هي مورد النص وامكان اختصاص العدة بمزية خاصة ولا اشكال مع العلم بالتحريم لافضاء الزنا التحريم ولا في عدمه مع الجهل وعدم الدخول وانما الاشكال مع الجهل والدخول وعدمه مع علمه ويمكن الاستدلال على التحريم بموثقة زرارة عن الباقر ع في امراة فقدت زوجها او نعي اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك وطلقها قال تعتد منهما جميعا ثلثة اشهر عدة واحدة وليس للآخر ان يتزوجها ابدا وهي تدل على مساواة النكاح للعدة لكن مع قطع النظر عن سندها تضمنت الاكتفاء بعدة واحدة وهم لا يقولون به وكذا اطلاق كون العدة ثلثة اشهر الا ان هذا اسهل وبموثقة اديم بن الحر عن ابي عبد الله ع التي تتزوج ولها زوج يفرق بينهما ثم لا يتعاودان ابدا فانها تشمل باطلاقها موضع النزاع قوله اذا تزوج في العدة اه لا اشكال في لحوق الولد به مع جهله لانه وطي شبهة يلحق به النسب ان امكن كونه منه بان ياتي به لاقل الحمل فما زاد الى اقصاه من حين وطيه ومن هذا يعلم ان قوله لستة اشهر فصاعدا غير جيد لانه يدخل فيه ما زاد عن الاقصى واما التفريق بينهما فلازم على كل حال لتحريمها عليه مؤبدا مع الدخول واما لزوم المسمى فقد تقدم مثله في اخر باب الرضاع وبناؤه على ان المسمى هو ما وقع عليه التراضي في العقد عوضا للبضع فكان لازما كما لو وقع العقد صحيحا وهذا قول الشيخ وقد تقدم ضعفه والاصح وجوب مهر المثل لانه عوض البضع حيث لا يكون هناك عقد والعقد وقع باطلا فيبطل ما تضمنه من المهر فالموجب له هو وطي الشبهة وعوضه مهر المثل ويجب عليها استيناف عدة لوطي الشبهة بعد اكمال الاولى لتعدد السبب المقتضي لتعدد المسبب ويؤيده رواية محمد بن مسلم قال قلت له الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع وتتزوج قبل ان تعتد اربعة اشهر وعشرا فقال ان كان الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدا واعتدت بما بقي عليها من عدة الاولى واستقبلت عدة اخرى ثلثة قروء والقول بالاكتفاء بواحدة مجهول القائل ولكن مستنده روايات كثيرة منها صحيحة زرارة عن ابي جعفر ع في امراة تزوجت قبل ان تنقضي عدتها قال يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعا ورواية ابي العباس عن ابي عبد الله ع في المراة تتزوج في عدتها قال يفرق بينهما

٤٨٧ وتعتد عدة واحدة منهما جميعا وحملها الشيخ على عدم الدخول فانها تعتد حينئذ عدة واحدة للاول وفيه نظر لتصريح الروايات بان العدة لهما جميعا ومع عدم الدخول لا عدة للثاني اجماعا اذ لا مقتضي لها واما ثبوت مهر ما على الاول فواضح لانه الزوج ومهره يستقر بالدخول واما ثبوته على الثاني مع جهلها فلانه وطي شبهة ففيه مهر المثل للجاهلة سواء كان جاهلا ايضا ام عالما ومع علمها الاثم لها لانها بغي وان كان الزوج جاهلا قوله من زنى بامراة اه المشهور بين الاصحاب عدم تحريم الزانية على الزاني ان لم يكن زنا بها حال تزوجها بغيره ولا معتدة منه عدة رجعية للاصل وقول النبي ص الحرام لا يحرم الحلال وصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله ع قال ايما رجل فجر بامراة ثم بدا له ان يتزوجها فان اوله سفاح واخره نكاح فمثله كمثل النخلة اصاب الرجل من ثمرها ثم اشتراها فكانت له حلالا ويكره تزويج الزانية مط للنهي عنه في عدة اخبار المحمول على الكراهة جمعا وحرمه الشيخان واتباعهما الا ان تتوب واعتبر الشيخ في توبتها ان يدعوها الى الزنا فلا تجيبه استنادا الى رواية ابي بصير قال سئلته عن رجل فجر بامراة ثم اراد ان يتزوجها فقال اذا تابت حل له نكاحها قلت كيف تعرف توبتها قال يدعوها الى ما كانت عليه من الحرام فان امتنعت واستغفرت ربها عرفت توبتها وفي معناها رواية عمار عن الصادق ع والسند فيهما ضعيف في الاولى بالقطع وفي ثانيها الاشكال من حيث ان دعائها الى الحرام يتضمن اغراءها بالقبيح والمعلوم يعتبر هذا القول ضعيف سنده قوله وكذا لو كانت مشهورة بالزنا اه هذا هو المشهور ومستنده الاصل والخبر السابق المتضمن ان الحرام لا يحرم الحلال وصحيحة عباد بن صهيب عن الصادق ع قال لا باس ان يمسك الرجل امرأته ان راها تزني اذا كانت تزني وان لم يقم عليها الحد وليس عليه من اثمها شيء وذهب المفيد وسلار الى انها تحرم عليه مع الاصرار لفوات اعظم الفوائد المطلوبة من النكاح وهو التناسل معه لاختلاط النسب والغرض من شرعية الحدود للزنا حفظ الانساب من الاختلاط وهو قائم مع الاصرار واجيب بان النسب لاحق للفراش والزاني لا نسب له ولا حرمة لمائه قوله ولو زنى بذات بعل اه انما نسبه الى الشهرة مع عدم ظهور المخالف لعدم وقوفه على مستند من النص وعدم تحقق الاجماع على وجه يكون حجة كما حققناه سابقا نعم يتوجه على ما تقدم من الحاق العقد على ذات البعل بالعدة في تحريمها هنا مع الدخول لانه اذا ثبت تحريمها بالعقد المجرد مع العلم فمع الدخول اولى او نقول اذا ثبت تحريمه بالدخول بعد العقد ثم التحريم هنا اولى وعلى المشهور فلا فرق بين علم الزاني بكونها ذات بعل وعدمه ولا بين دخول البعل بها وعدمه ولا بين المتمتع بها والدائم ولا بين الحرة والامة ويلحق بها الزانية ذات العدة الرجعية والبائنة وعدة الوفاة للاصل ولا ذات البعل الموطوءة بشبهة ولا الامة الموطوءة بالملك عملا بالاصل في غير موضع الوفاق ان اتفق هنا قوله من فجر بغلام اه هذا الحكم متفق عليه بين الاصحاب على ما يظهر منهم ومستنده روايات منها صحيحة ابن ابي عمير عن رجل عن ابي عبد الله ع في رجل يعبث بالغلام قال اذا اوقب حرمت عليه اخته وابنته وفي رواية ابراهيم بن عمر عنه ع تحريم الام ايضا ورواية ابن ابي عمير مرسلة الا ان الاصحاب قبلوا مراسيله وابراهيم بن عمر ضعيف والمعتمد على الاجماع والاخبار المجبورة بالشهرة ويتحقق الايقاب بادخال بعض الحشفة وان لم يوجب الغسل لان اصله الادخال وهو يتحقق بذلك ويتعدى الحكم الى الام وان علت والبنت وان سفلت اما من حيث شمولها لذلك حقيقة او للاتفاق مع كالاصل والا فللتوقف في التعدي مجال لما عرفت من انهما حقيقتان في المتصلتين دون المنفصلتين بالوسائط اما الاخت فلا يتعدى الحكم فيها اتفاقا لانتفاء الاسم على بنتها مط ولا فرق في الفاعل والمفعول بين الصغير والكبير على الاقوى فيتعلق التحريم قبل البلوغ بالولي ويتعلق به بعد كماله لان الفعل من باب الاسباب التي لا يشترط بالتكليف لا يحرم على المفعول بسببه شيء للاصل وانما ثم المذكور ان ميم من سبق النعت على العقد تحريم الحلال قوله اذا عقد المحرم اه هذا هو المشهور بين الاصحاب ومستنده رواية زرارة عن ابي عبد الله ع وغيرها ان المحرم اذا تزوج وهو يعلم انه حرام عليه لا تحل له ابدا وهي دالة بمنطوقها على التحريم مع العلم وان لم يدخل وبمفهومها على عدم التحريم مع عدمه وان دخل ويعضد المفهوم بالاصل فيقوى من ضعفه وانما الكلام في حالة العلم لضعف الرواية الا انه لا قائل بعدم التحريم وان اختلفت كلمتهم في الشرط فان الاكثر بل اعتبروا ما ذكره المص ومنهم من نص على حالة العلم كالمفيد وهو قاطع الرواية ومنهم من اطلق التحريم ومع ذلك وغيره كسلار والصدوق وجماعة اطلقوا التحريم مع العلم ومع الدخول في حالة الجهل منهم ابن ادريس وتبعه فخر الدين في شرح القواعد وغير ذلك من الاختلافات وليس في الباب من النصوص سوى ما ذكرناه واعلم انه لا فرق بين احرام الحج والعمرة في ذلك ولا بين الفرض والنفل ولا بين كونه عن نفسه او غيره ولا بين كون المعقود عليها محرما او محلا ولو انعكس الفرض بان كانت الزوجة محرمة والزوج محلا فالاصل يقتضي عدم التحريم اذ لا نص هنا وفي بعض عبارات الاصحاب ما يدل على التسوية بين الامرين وعلى كل تقدير يقع العقد فاسدا والمعتبر صحته لولا المانع فلا عبرة بالباطل مع المتعاقدين سواء علم بفساده ام لا والمعتبر في ذلك الحاكم بالصحيح مع اعتقاده صحته قوله اذا دخل بصبية اه هذا بالاصح على خلاف الشيخ حيث اطلق تحريمها بالدخول قبل بلوغ التسع من غير تقييد بالافضاء استنادا الى اطلاق الروايات بالتحريم ولم يتعرض لخبر واحد يدل على اشتراط التحريم بالافضاء ولكن الاصحاب قيدوه بذلك والعجب مع ذلك من العلامة فانه مع نقله الاخبار الدالة على ما ذكرناه في المختلف قال ان اطلاق الشيخ مشكل قال والظاهر ان مراده ذلك مع الافضاء وهذا الظن ليس بظاهر لان الشيخ فيه تابع للروايات وهي دالة باطلاقها على التحريم من غير تقييد وهي مع ذلك ضعيفة مرسلة وليس في الباب خبر معتبر الاسناد والاصل في ذلك خبر يعقوب بن يزيد عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله ع قال اذا خطب الرجل المراة ودخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له ابدا وبهذا عبر الشيخ فيه والمراد بالتفريق بينهما تحريمها عليه مؤبدا لكنها لا تخرج عن الزوجية بذلك على ما اختاره المص وجماعة تمسكا بالاستصحاب وعدم منافاة التحريم لذلك ولرواية بريد العجلي عن الباقر ع في رجل افتض جارية يعني امراته فافضاها قال عليه الدية ان كان دخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين قال فان امسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه ان شاء امسك وان شاء طلق وهذا صريح في بقاء النكاح وقيل تبين منه بذلك لان التحريم المؤبد ينافي مقتضى النكاح اذ ثمرته حل الاستمتاع ولانه يمنع النكاح سابقا فيقطعه لاحقا كالرضاع واللعان

والعقد للزوجة الصماء والخرساء وهذا هو الظاهر من الرواية الاولى والطريق فيهما مظلم فينبغي التوقف قوله اذا استكمل الحر اربعا آه لا خلاف في ذلك بين علماء الاسلام والاصل فيه قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والواو للتخيير لا للجمع والا لجاز نكاح ثماني عشرة لان معنى مثنى اثنتين اثنتين وثلاث ثلاثا ثلاثا ورباع اربعا اربعا وروي ان غيلان بن سلمة اسلم وتحته عشر نسوة فقال له النبي صلى الله عليه وآله امسك اربعا وفارق سائرهن اي باقيهن وروى زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا يجمع الرجل ماءه في خمس والمراد بالغبطة الدوام بها اغتبطت النساء اذا دام مطرها وكذا لا يحل له بالعقد على الاماء ازيد من اثنتين تمام جملة الاربع فتحل له حرتان وامتان ولا تحل له اربع اماء ولا ثلاث مع حرة وبدونها ولا اثنتان مع ثلث حرائر وهذا كله على القول بجواز نكاح الامة اختيارا اما عند من يعتبر الشرطين فلا يجوز نكاح الثانية وقد تقدم ولا فرق في الامة بين القن والمدبرة والمكاتبة قبل ان يعتق منها شيء وام الولد ولو تبعضت بقيت كالامة في حق الحر وصارت كالحرة في حق العبد وكذا المبعض يصير كالحر في حق الاماء فلا يتجاوز اثنتين وكالعبد في حق الحرائر فلا يتجاوز حرتين لانه جمع بين الوصفين فيراعى في كل واحد حكمه في جانب التحريم قوله واذا استكمل العبد اربعا آه هذا عندنا موضع وفاق وخالف فيه العامة اجمع فذهب بعضهم الى انه لا يتجاوز اثنتين مطلقا على النصف من الحر وذهب الاقل منهم الى ان له اربعا مطلقا وحجة الاصحاب رواياتهم الصحيحة عن ائمتهم بذلك وهي كثيرة قوله ولا يحل له آه اما عدم الحصر في الاماء فهو موضع وفاق من جميع المسلمين ولعموم قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وجواز ذلك للعبد بناء على كونه يملك مثل ذلك واما بالعقد المنقطع فالمشهور بين اصحابنا ذلك واخبارهم به كثيرة منها رواية زرارة بن اعين في الصحيح قال قلت ما يحل من المتعة قال كم شئت وعن زرارة ايضا عن الصادق عليه السلام قال ذكرت له المتعة اهي من الاربع قال تزوج منهن الفا فانهن مستأجرات وسئل ابو بصير الصادق عليه السلام عن المتعة اهي من الاربع قال لا ولا من السبعين وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في المتعة قال ليست من الاربع لانها لا تطلق ولا ترث ولا تورث وانما هي مستأجرة لكن تكره الزيادة فيها على الاربع عملا بعموم الآية وصحيحة احمد بن ابي نصر عن ابي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل تكون عنده المرأة ايحل له ان يتزوج اختها متعة قال لا قلت حكى زرارة عن ابي جعفر عليه السلام انما هي مثل الاماء يتزوج ما شاء قال لا هي من الاربع ويؤيده الخبران وفي كلها انقض من الحكم على مجرد الشهرة ولم يصرح بمختاره وعذره واضح ودعوى الاجماع في ذلك غير سديدة ولو ثبت كانت هي الحجة قوله اذا طلق واحدة آه وجه المنع في الرجعية انها بحكم الزوجة ومن ثم لزمت نفقتها وجازت رجعتها بمجرد الفعل كالاستمتاع فلم تفارق الزوجة في الحكم فلا تحل الخامسة لما تقدم من النهي عن جمع مائه في خمس نسوة واما البائنة فلخروجها عن عصمة النكاح فصارت كالاجنبية وانما يكره لتحرمها بحرمة النكاح بواسطة العدة ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام انه قال اذا جمع الرجل اربعا وطلق احداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلقت وحملت على الرجعي او على الكراهة وفي معناها غيرها وفي الحمل نظر من حيث عدم المعارض نعم ورد التفصيل في الاخت في روايات منها حسنة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل طلق امرأته او اختلعت منه او بانت اله ان يتزوج باختها قال اذا برئت عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله ان يخطب اختها وكذا يكره نكاح الاخت في عدة اختها البائنة لاطلاق النهي عنه في رواية عنه عليه السلام المحمول على الكراهة جمعا وفي كره حمل رواية زرارة السابقة على احد الامرين لورود النص في الاختين من حيث عدم الفارق بينهما قوله اذا طلق احدى الاربع بعينه وجهل المطلقة مع الاقتران النهي عن الزائد وهو مشترك بينهما فلا اولوية لاحد بهما على هذا الوجه والرواية بالتخيير في خصوص هذه المسألة ما وقفت عليها ولكن روى جميل بن دراج في الحسن عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج خمسا في عقد فقال يخلي سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع ولا فرق بين وقوع الخمس دفعة وبين تزويج اثنتين وعنده ثلث وعمل بمضمون الرواية جماعة منهم الشيخ في النهاية وابن البراج واختاره في المختلف واحتج له مع الرواية بوجود المقتضي للاباحة وهو العقد وانتفاء المانع اذ ليس الا انضمام العقد الى الاخرى وهو لا يقتضي تحريم المباح كالجمع بين محرمة عينا ومحللة عينا في عقد واحد وكالجمع بين الحلال والمحرم في البيع ولا اثر للاطلاق والتعيين اذ في التعيين تحرم واحدة معينة فيبطل العقد عليها وتحلل الاخرى معينة وفي الاطلاق تحل واحدة مطلقة وتحرم واحدة مطلقة وقد عقد عليهما معا فيبطلان في العقد اذ لا وجود للكلي الا في جزئياته وفيه نظر لان العقد على المحرمة ثابت بدون العقد على المحللة وعلى المحللة كذلك فلا يضر الانضمام بخلاف غير المعينة لان كل واحدة صالحة للصحة منفردة ومنهي عنها مع الانضمام ولا اولوية وتعلق العقد بغير معينة غير كاف في الصحة بل لا بد من تعيينها قبل العقد كما لا يجوز على احدى المرأتين اجماعا وبهذا يحصل الفرق بين من يحرم نكاحهما عينا ومطلقا وقد تقدم هذا البحث بعينه في الجمع بين الاختين قوله اذا استكملت الحرة آه اما اعتبار الطلقات الثلث في التحريم للحرة اذا كانت تحت حر فهو موضع وفاق بين علماء الاسلام والاية منزلة عليه واما اختصاص الحرة بذلك وان كانت تحت عبد كاختصاص الامة بالاثنتين وان كانت تحت حر فهو مذهب الاصحاب ومستندهم الاخبار الدالة على ان الاعتبار بحال الزوجة لا بحال الزوج خلافا للعامة حيث جعلوا الاعتبار بالزوج فاذا كان حرا اعتبر الطلاق ثلثا وان كانت الزوجة امة وان كان عبدا اعتبر في التحريم طلقتان وان كانت تحته حرة ولا فرق في الطلقات المحرمة على هذا الوجه بين كونها للعدة وغيرها بخلاف المحرمة ابدا كما سيأتي في قوله واذا استكملت المطلقة تسعا آه المراد بطلاق العدة ان يطلقها بالشرائط ثم يراجع في العدة ويطأ ثم يطلق في طهر آخر ثم يراجع في العدة ويطأ ثم يطلق الثالثة فينكحها بعد عدتها زوج آخر ثم يفارقها بعد ان يطأها فيتزوجها الاول بعد العدة ويفعل كما فعل اولا الى ان يستكمل لها تسعا كذلك يتخلل بينها نكاح رجلين فتحرم في التاسعة مؤبدا ومن هذا يعلم ان اطلاق التسع للعدة مجاز لان الثالثة من كل ثلث ليست للعدة بل للسنة ووجه التجوز اما باطلاق اسم الاكثر على الاقل او باعتبار المجاورة وتظهر فائدة الاعتبارين فيما لو طلق الاولى للعدة والثانية للسنة فان المعتبرين ينتفيان عن الثالثة ويصدق على الثانية اسم العدية بالاعتبار الثاني دون الاول وفيما لو كانت الثانية للعدة والاولى للسنة فعلى الاول يختص بها الاسم وعلى الثاني يصدق الاسم على الطرفين لمجاورتهما ومع ذلك فالمتفق على اعتبار التحريم بمثل هذا اشكال من وجود العلاقة فيهما كما اعتبرت في الثالثة اجماعا ومن تعليق الحكم على المعنى المجازي على خلاف الاصل لا سيما في موضع الاشتباه وهذا هو الاقوى فيجب الاقتصار في التحريم المؤبد على موضع اليقين

وهو وقوع التسع على الوجه الاول او كان التسع للعدة حقيقة مع التفرق ولا تغتفر الثالثة كما اغتفرت في الاولى لكونها على خلاف الاصل كما ذكرناه فيقتصر بها على موردها وهو وقوعها بعد عدتين وعلى هذا ان وقع في كل ثلاث واحدة صحيحة احتسبت خاصة وان وقع في بعض الادوار عدتان احتمل الحاق الثالثة بهما كما في مورد النص لوجود العلاقة بالمعنيين وعدمه لخروج مجموع الواقع عن مورده وللتوقف في الحكم بالتحريم مطلقا فيما خرج عن مورد النص والاجماع مجال كله في الحرة اما الامة فيحتمل تحريمها بالست لتنزيلها منزلة التسع للحرة ولان نكاح الرجلين يتحقق بينها كالتسع للحرة وبالتسع كالحرة لانها اذا طلقت تسعا ينكحها بعد كل طلقتين رجل صدق انه ينكحها بين التسع رجلان فيجتمع الشرطان المعتبران في التحريم المؤبد وهما التسع ونكاح الرجلين بخلاف الست لتخلف الاول ويحتمل عدم تحريمها مؤبدا مطلقا لان ظاهر النص كون مورده الحرة فيتمسك في الامة باصالة بقاء الحل ولان شرط التحريم المؤبد وقوع التسع للعدة ينكحها بينها رجلان وذلك منتف في الامة على كل حال لتوقف التسع على نكاح اربعة رجال وهو مغاير لظاهر اعتبار الرجلين خاصة وبالجملة فالحكم بالتحريم المؤبد بمثل هذه المناسبات مشكل ووروده في كيفية مخصوصة لا يوجب تعديه الى غيرها لجواز ان تكون الحكمة الاجماعية من كون طلقتين من الثلث للعدة وثالثة محرمة بعدهما وهكذا ثلث مرات يوجب حكما لا يحصل بدونها ومع ذلك ففيها اشكال آخر وهو ان الحكم بالتحريم مع تمام العدد للعدة يوجب تعلقه بعد ثالثة وثانية في الامة لانها في الحرة بالخامسة والعشرين ان كانت العدية هي اولى الدور والسابعة عشرة في الامة وذلك غير معهود في حكم التحريم المترتب على الطلاق قوله اللعان هذا الحكم موضع نص ووفاق وسيأتي تفصيله في بابه قوله وكذا لو قذف زوجته الصماء آه بان رماها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة والمستند رواية ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي صماء خرساء لا تسمع ما قال فقال ان كان لها بينة تشهد لها عند الامام جلد الحد وفرق بينهما ثم لا تحل له ابدا وان لم تكن لها بينة فهي حرام عليه ما اقام معها ولا اثم عليها منه وهذه الرواية دلت على اعتبار الصمم والخرس معا وبذلك عبر جماعة واكتفى اكثر الاصحاب باحد الامرين وهو موجود في هذه الرواية في نسخة بلفظ او في النسخة التي عندنا وفي الكافي بحذف فيها كما ذكرناه ويؤيد الاكتفاء باحدهما تعلق الحكم بالخرساء وحدها في روايتين اخريين احديهما حسنة الطريق وفيه اشكال حكم الصماء خاصة وهو مبني على اعتبار الامرين ولم يذكر الخرساء وحدها ولا فرق بين كونها مدخولا بها وعدمه عملا باطلاق النص ومتى حرمت قبل الدخول ثبت جميع المهر استصحابا لما ثبت بالعقد وتنصيفه على خلاف الاصل فيقتصر على مورده ولو لم يدع المشاهدة او اقام عليها البينة بالفعل لم تحرم وحد في الاول دون الثاني ولا يسقط الحد عنه بالقذف مع الحكم بتحريمها عليه لعدم المنافاة وان سقط باللعان من حيث اقامته مقام الشهود المسقطة للحد عنه والرواية مصرحة بثبوته مع التحريم وبانها تحرم عليه بذلك فيما بينه وبين الله وان لم ترافعه الى الحاكم او لم يسمع احد وبقي الحد في ذمته كذلك ولو انعكس الفرض بان قذفت السليمة الاصم او الاخرس ففي الحاقه به نظر من المساواة في المعنى والوقوف فيما خالف الاصل على موضع النص وفي رواية مرسلة عن الصادق عليه السلام في امرأة قذفت زوجها وهو اصم قال يفرق بينها وبينه ولا تحل له ابدا وضعفها يمنع الحكم بها في مثل ذلك وان حكم بمضمونها الصدوق قوله لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية آه اختلف الاصحاب في جواز نكاح الكتابيات مطلقا او منعه مطلقا او بالتفصيل اقوال كثيرة منشؤها اختلاف ظاهر الآيات والروايات في ذلك واختلاف النظر في طريق الجمع بينها فمن منع منه مطلقا كالمرتضى استند الى قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن والنهي للتحريم فان كان النكاح حقيقة في الوطء فظاهر وان كان حقيقة في العقد او مشتركا فغايته تحريم العقد لاجل الوطء فيكون الوطء محرما ايضا ووجه تناولها لليهود والنصارى قول النصارى بالاقانيم الثلث وقول اليهود عزير ابن الله وقوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم الى قوله عما يشركون والى قوله ولا تمسكوا بعصم الكوافر والزوجية عصمة فيدخل تحت النهي ومن الروايات في ذلك قول الباقر عليه السلام في رواية زرارة لا ينبغي نكاح اهل الكتاب قلت جعلت فداك واين تحريمه قال قوله ولا تمسكوا بعصم الكوافر ومن اجاز نكاحهن مطلقا استند الى قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم بمعنى احل لكم بدليل ثبوت ذلك في المعطوف عليه ومن الروايات في ذلك رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال سألته عن نكاح اليهودية والنصرانية قال لا بأس به اما علمت انه كان تحت طلحة بن عبيد الله يهودية على عهد النبي صلى الله عليه وآله ورواية معوية بن وهب عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل المؤمن يتزوج اليهودية والنصرانية فقال اذا اصاب المسلمة فما يصنع باليهودية والنصرانية فقلت يكون له فيها الهوى فقال ان فعل فليمنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير واعلم ان عليه في دينه غضاضة وهذه الرواية اوضح ما في الباب سندا لان طريقها صحيح وفيها اشارة الى كراهة التزويج المذكور فيمكن حمل النهي الوارد عنه على الكراهة جمعا والاولون اجابوا عن الآية المجوزة بانها منسوخة بالآية السابقة وقد روى الشيخ عن زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام قال سألته عن قول الله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فقال هي منسوخة بقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وعن الرواية بحملها على استدامة نكاحها اذا اسلم زوجها او على التقية وبجواز ان يمنعوا من النسخ لعدم ثبوته وعدم المنافاة بين الآيتين لان الاولى دلت على النهي عن نكاح المشركات على العموم والثانية دلت على اباحة الكتابيات فهي خاصة والجمع بين الخاص والعام متعين بتخصيص العام وابقاء حكمه فيما عدا الخاص فلا وجه للنسخ واما آية النهي عن التمسك بعصم الكوافر فليست صريحة في ارادة النكاح ولا فيما هو اعم منه واثبات النسخ بمثل هذه الرواية مشكل خصوصا مع عدم صحة سندها ثم من الجائز حمل النهي على الكراهة فانه جامع بين الادلة مضافا الى تخصيص عموم المشركات بما عدا الكتابيات فيجتمع دلالة الادلة كلها على جواز نكاحهن على كراهية والمنع مما عداهن من المشركات والمص واكثر المتأخرين جمعوا بين الادلة بحمل المنع على الدائم والاباحة على المؤجل وملك اليمين لظاهر قوله تعالى في الآية المجوزة اذا آتيتموهن اجورهن فان مهر المتعة قد اطلق عليه الاجر في آيتها ولايماء الاخبار الى ان نكاح الكافرة لا يكون الا في محل الضرورة ولتصريح بعض الاخبار بذلك وفيه نظر لان الاجر يطلق ايضا على مطلق المهر وقد ورد في القرآن ايضا وصحيحة معوية بن وهب صريحة في الجواز اختيارا وتصريح بعض الاخبار بجواز نكاحهن بالمتعة لا ينفي جواز غيره بهن وقد اسهبنا في الخلاف والادلة بما لا طائل تحته والنفع منه

ما لخصناه وبقي الكلام في المجوسية فان الظاهر عدم دخولها في اهل الكتاب لقول النبي صلى الله عليه وآله سنّوا بهم سنّة اهل الكتاب فان فيه ايماء الى انهم ليسوا منهم ولذلك قد انهم من لهم شبهة كتاب وقد روي انهم حرّفوا كتابهم فرفع وايضا فقط لا يلزم ان يسن بهم سنتهم في جميع الاحكام وظ الرواية كونه في الجزية ويؤيده انهم رووا انها ايضا غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبايحهم ويضعف الاحتجاج ببعضها دون بعض والرواية عامية واما روايات الاصحاب فقد اختلفت في ذلك فروى محمد بن سنان عن الرضا ع قال سألته عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال لا بأس فقلت المجوسية فقال لا بأس به يعني متعة ولفظ يعني متعة من كلام الراوي وهو اعرف بمقصد الامام لانه السائل ويمكن عوده الى المجوسية خاصة والى الجميع ومع ذلك فالرواية ضعيفة السند بمحمد بن سنان وقد روى ايضا اخرى عن ابن سنان عن منصور الصيقل عن ابي عبد الله ع قال لا بأس بالرجل ان يتمتع بالمجوسية وروى حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا مثله ومنصور مجهول والاخرى مرسلة وروى محمد بن سنان ايضا عن اسمعيل بن سعد الاشعري قال سألته عن التمتع بالنصرانية واليهودية قال لا ارى بذلك بأسا قلت فالمجوسية قال اما المجوسية فلا والى هاتين الروايتين اشار المص بقوله وكذا حكم المجوسية على اشبه الروايتين وانما كانت رواية الجواز اشبه لان الثانية موقوفة زيادة على الضعف المشترك ورواية الجواز متعددة ويدل على اباحتها بملك اليمين عموم قوله تع او ما ملكت ايمانكم وخصوص صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسية قال لا ولكن ان كانت له امة مجوسية فلا بأس ان يطأها ويعزل عنها ولا يطلب ولدها وليس في حكم المجوسية اوضح سندا من هذه الرواية وقد دلت على النهي عن تزويجها مطلقا الشامل للدوام والمتعة ونفي البأس عن وطيها بملك اليمين ويمكن ان يستنبط منها جواز المتعة لما تقرر ان المتمتع بها بمنزلة الامة واعلم انه لا فرق في اهل الكتاب بين الحربيين منهم والذميين لشمول الاسم لهما لكن يتأكد الكراهة في نكاح الحربية حذرا من ان يسترق وهي حامل منه ولا يقبل قولها في ان حملها من مسلم وانما اختص اهل الكتاب باليهود والنصارى دون غيرهم ممن يتمسك بكتب الانبياء كصحف شيث وادريس وابرهيم او بالزبور لان تلك الكتب لم تنزل اليهم بنظم يدرس ويتلى وانما اوحي اليهم معانيها وقيل انها كانت حكما ومواعظ ولم تتضمن احكاما وشرايع ولذلك كان كل خطاب في القرآن لاهل الكتاب مختصا بهاتين الملتين قوله ولو ارتد احد الزوجين آه اذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام انفسخ العقد بينهما في الحال على كل تقدير لانه ضرب من ضروب الكفر الذي لا يباح التناكح معه ثم ان كان الارتداد قبل الدخول حصلت البينونة في الحال لعدم العدة وسقط المهر ان كان المرتد هو المرأة لان الفسخ جاء من قبلها وان كان هو الرجل فعليه نصف المهر المسمى ان كان صحيحا لان الفسخ جاء من جهته فاشبه الطلاق وان كانت التسمية فاسدة فنصف مهر المثل وان لم يكن سمى شيئا فالمتعة وقيل يثبت جميع المهر في هذه الصورة لثبوته بالعقد وتنصيفه بالطلاق لدليل لا يوجب الحاق غيره به الا بطريق القياس الذي لا يقولون به وهذا هو الاقوى ولا فرق في هاتين الصورتين بين كون الارتداد عن فطرة وملة الا في مقدار العدة وهو امر آخر وان كان الارتداد بعد الدخول وكان من المرأة مط وقف الانفساخ على العدة فان انقضت ولما تعد المرتدة بانت منه وليس له التزويج باختها ولا بخامسة في زمن العدة لانها كالرجعية حيث يرجى عودها في كل وقت وان كان المرتد هو الزوج فان كان عن ملة وقف الفسخ على انقضاء العدة وهي كعدة الطلاق فان عاد فهو املك بها والا بانت منه وان كان عن فطرة بانت منه في الحال واعتدت عدة الوفاة لعدم قبول توبته في هذه الحال بالنسبة الى حكم الزوجية مط ويثبت المهر على التقديرين لاستقراره بالدخول واعلم ان الفرق بين الارتداد عن ملة وفطرة مختص باصحابنا وفي طريق توبته بحث يأتي في محله ان شاء الله واما العامة فلا يفرقون بينهما ويعلقون الفسخ على انقضاء العدة مط ولو ارتدا معا فهو كما لو ارتد احدهما لان المرتد لا يسوغ له نكاح مسلمة ولا مرتدة مط كما سيأتي ان شاء الله قوله واذا اسلم زوج الكتابية آه هذا مما استثني من نكاح الكتابية دواما عند من يمنعه من اصحابنا وهو استدامة اذا اسلم دونها فان بقاء النكاح موضع وفاق سواء كان قبل الدخول او بعده وسواء كان قبل الاسلام كتابيا ام غيره قوله ولو اسلمت زوجته آه اذا اسلمت زوجة الكافر دونه فان كان قبل الدخول انفسخ العقد في الحال لعدم العدة وامتناع كون الكافر زوجا للمسلمة ولا مهر لان الفرقة جاءت من قبلها وان كان بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة اعني عدة الطلاق من حين اسلامها فان انقضت وهو على كفره تبين انها بانت منه حين الاسلام وان اسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح ولا فرق في ذلك بين ان يكون الزوج كتابيا او وثنيا فهو موضع وفاق واما اذا كان كتابيا فهو اصح القولين لعموم قوله تع ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وصحيحة احمد بن ابي نصر قال سألت الرضا ع عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل يحل لها ان تقيم معه قال اذا اسلمت لم تحل له قلت جعلت فداك فان الزوج اسلم بعد ذلك ايكونان على النكاح قال لا الا بتزويج جديد والقول الذي حكاه المص من بقاء عقد الذمي على المسلمة للشيخ في النهاية وكتابي الاخبار استنادا الى رواية جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما ع انه قال في اليهودي والنصراني والمجوسي اذا اسلمت امرأته ولم يسلم قال هما على نكاحهما ولا يفرق بينهما ولا يترك يخرج بها من دار الاسلام الى دار الهجرة ورواية محمد بن مسلم في الحسن عن الباقر ع قال ان اهل الكتاب وجميع من له ذمة اذا اسلم احد الزوجين فهما على نكاحهما وليس له ان يخرجها من دار الاسلام الى غيرها ولا يبيت معها ولكنه يأتيها بالنهار واما المشركون مثل مشركي العرب وغيرهم فهم على نكاحهم الى انقضاء العدة فان اسلمت المرأة ثم اسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرأته وان لم يسلم الا بعد انقضاء العدة فقد بانت منه ولا سبيل له عليها وكذلك جميع من لا ذمة له واجيب بضعف سند الاولى بعلي بن حديد وبارسالها وعن الثانية بمعارضتها بالرواية الاولى التي هي اوضح طريقا لانها من الصحيح وهذه من الحسن والشيخ في جمع بين الاخبار بحمل الاولى على خروج الكافر للذمة والاخرى على بقائه عليها والحجة انه في وافق الجماعة على انفساخ النكاح بخروجها من العدة محتجا باجماع الفرقة واعلم انه على قول الشيخ بعدم بطلان النكاح في الذمي لا فرق بين كون اسلامها قبل الدخول وبعده لتناول الادلة للحالتين وربما فهم من عبارة بعض الاصحاب اختصاص الخلاف بما لو كان الاسلام بعد الدخول وليس كذلك قوله ولو اسلما غير الكتابيين آه هذا لما لا اختلاف فيه فان المسلم ان كان هو الزوجة فلا سبيل للكافر عليها مط كما مر ولا تحل له وان كان هو الزوج فانما يجوز له نكاح

الكتابية

الكتابية ابتداء واستدامة واما غيرها فلا يجوز اجماعا والكلام في المهر كما مر وينبغي تقييد غير الكتابيين بكونهما معا كذلك والا فانه يصدق بكون احدهما كتابيا والآخر غيره ولا يتم الحكم فيه لان النكاح يبقى للمسلم على الكتابية كما علم تقديره بكون الزوج وثنيا والزوجة كتابية وكذا يصدق مع العكس اذا اسلمت هي فان الخلاف السابق يأتي فيها وكأنه عدل عن التعبير بالوثنيين ليشمل غيرهما من اصناف الكفار غير الكتابيين فوقع في خلل آخر وكان حق العبارة ان يقول ولو كانا معا غير كتابيين او ما يؤدي هذا المعنى قوله ولو انتقلت آه اذا انتقلت الزوجة من دين الكفر الى دين آخر منه فلا يخ اما ان تنتقل عنه والمنتقل اليه اما ان يكون مما يقر اهله عليه اولا وعلى التقادير الاربعة اما ان يكون الزوج مسلما او كافرا يقر على دينه او لا يقر فالصور ستة عشر والمص نص على كون الزوج ذميا واطلق الحكم في انتقالها الى غير دينها من ملل الكفر الشامل للاقسام الاربعة وحاصل ما ذكره انه اذا كان الزوج ذميا فانتقلت زوجته الذمية الى غيره من ملل الكفر سواء كان ذلك الدين مما يقر عليه اهله ام لا تقر عليه هي لعموم قوله تع ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه وقوله ص من بدل دينه فاقتلوه وح فيقع الفسخ بينهما في الحال لانها لا تقر على ذلك وانما تقتل او تسلم وعلى التقديرين فينفسخ النكاح بينها وبين الذمي وفيه نظر من جهتين احدهما ان حكمنا بذلك على الذمي غير لازم لجواز انتقالها الى دين يصح فيه التناكح في دينهم فلا ينفسخ ما دام حينئذ وعلى تقدير قتلها فالانفساخ من جهته لا من جهة الكفر الثانية انه على تقدير الاسلام لا ينبغي اطلاق الحكم بالانفساخ بل يجيء فيه التفصيل السابق حتى لو كان بعد الدخول توقف الانفساخ على انقضاء العدة قبل اسلامه ولو كان انتقالها الى دين يقر اهله عليه كما لو انتقلت اليهودية الى النصرانية فيبنى على انها هل تقر على ذلك ام لا وعلى تقدير عدم اقرارها لو عادت الى دينها هل يقر على ذلك كما كانت تقر ابتداء ام لا خلاف تقدم بحثه في الجهاد ومنشأ الخلاف ان الكفر ملة واحدة وتساوي الدينين في التقرير ومن عموم قوله تع ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه ولتنزيل ذلك منزلة الارتداد حيث احدث دينا باطلا بعد اعترافها ببطلانه فان قلنا باقرارها في احدى الحالتين بقي النكاح والا فكما سلف قوله واذا اسلم الذمي آه المراد بالزوجات هنا ان يكن كتابيات مثلا ليصح اطلاق استدامة نكاح العدد المعين فلو كن كافرات غير كتابيات انفسخ عقدهن باسلامه مط ان لم يسلمن معه او في العدة ان كن مدخولا بهن والحكم بتخيير الحر اربعا من الحرائر وحرتين مبني على جواز نكاح الامة بدون الشرطين او على ان الممنوع ابتداء نكاحها لا استدامته كما ذكره في كره ونسبه الى علمائنا والوجه هو الثاني ومن ثم اطلق المص الحكم من غير نقل خلاف فيه ولا فرق في جواز تخييره اياهن على تقدير زيادتهن على العدد الشرعي بين من تقدم نكاحها وتأخر واقترن عندنا لان النبي ص قال لغيلان اسلم عن عشر امسك اربعا وفارق سايرهن من غير استفصال وهو يفيد العموم ولا فرق على تقدير كونهن كتابيات بين اسلام بعضهن معه وعدمه حتى لو اسلم معه اربع جاز له اختيار الكتابيات لان الاسلام لا يمنع استمرار نكاح الكتابية ولا يوجب نكاح المسلمة وان كان الافضل له اختيار المسلمات ثم على الكافرات ثم ان لم يكن دخل بمن اختار فراقها فلا مهر لها والا استقر المسمى ان كان على الاقوى وقيل يثبت لها مهر المثل لفساد نكاح ما زاد على العدد فيكون كوطء الشبهة قوله وليس للمسلم اجبارها آه لا فرق في الغسل الذي ليس له اجبارها عليه بين غسل الحيض والجنابة عندنا لعدم توقف الاستمتاع عليه وكونها مقرة على دينها ونبه بقوله لان الاستمتاع ممكن بدونه على خلاف من خالف فيه وهو الصدوق من علمائنا والعامة واشترط في جواز وطء الحائض الغسل بعد الانقطاع فانها ح تجبر عليه لتوقف الاستمتاع عليه والمراد ح ايقاع صورة الغسل وان لم يصح منها لتمكن اجبارها على فعل كل ما ينقص الاستمتاع بدون فعله وازالة كل ما ينقصه بقائه كالوسخ الكثير والنتن الغالب وطول الاظفار وشعر الابط والعانة وشرب الخمر المؤدي الى الاسكار لان السكر يمنع من تمام الاستمتاع وكذا اكل لحم الخنزير ومباشرة النجاسات المنفرة للنفس ولا فرق في المسكر بين قليله وكثيره لاختلاف الناس في مقدار ما يسكر فربما اسكر القليل منه فيناط في المقدور ولكن يشكل هذا الاطلاق بخروجنا ولا القطرات اليسيرة التي يعلم قطعا عدم اسكارها وكذا اطلاق منعها من استعمال النجاسات انما يتم على تقدير ايجابه نفرة او على القول بطهارة بدنها كما يعتبر العامة هنا اما على قول اصحابنا من نجاسة بدنها فلا يظهر وجه المنع من مباشرتها لها مط بل حيث ينافي الاستمتاع ويوجب نفرة الطبع ومثل هذا لا يختص بالكافرة بل يشاركها المسلمة فيه حتى ان له منعها من تناول كل ذي رائحة خبيثة يوجب ذلك كالثوم والبصل النيء وكذا له منعها من الخروج الى البيع والكنائس وغيرها المنافية للاستمتاع الواجب عليها في كل وقت كما له منع المسلمة من الخروج الى المساجد ونحوها ومن بيوت الاقارب والجيران فان هذا الحكم مشترك بين الزوجات مط ولا فرق في ذلك بين الشابة والمسنة وان كان المنع في حق الشابة اقوى خوفا من الفتنة قوله وهو اما بالقول آه لا فرق في اللفظ الدال على الاختيار بين كونه صريحا او كناية يلزم منها الاختيار وقد عبر عنه بالقسمين فالاول مثل اخترت نكاحك او اخترت بقائك على النكاح او حبستك عليه او عقدك او اخترتك او امسكتك مط ونحو ذلك من الالفاظ الدالة عليه صريحا واما الكناية فهو ما يدل اللفظ عليه بالالتزام كما لو كان عنده ثمان نسوة فاختار اربعا للفسخ فانه يلزم نكاح الاربع الباقيات وان لم يتلفظ فيهن بشيء لان نكاح الاربع لازم له وقد جعل الشارع له اختيار فسخ نكاح من شاء فاذا اختار فسخ نكاح اربع ثبت عقد البواقي والى هذا اشار المص بقوله ولو قال لما زاد على الاربع اخترت فراقكن آه وينبغي ان يكون قوله اخترتك وامسكتك من هذا القسم حيث لم يصرح بارادة النكاح قوله ولو قال لواحدة طلقتك آه من جملة الالفاظ الدالة على الاختيار الطلاق لواحدة او ازيد فانه يكون تعيينا للمطلقة لان الطلاق لا يرد الا على النكاح فلا يواجه به الا الزوجة فاذا خاطب واحدة منهن به كان ذلك دليلا على اختيارها زوجة ولا ثم يقع به الطلاق ان حصلت شرائطه وينقطع نكاح الاربع المطلقات بالطلاق ويندفع نكاح الباقيات بالشرع والاصل في ذلك ان الاختيار ليس باللفظ بل بالقصد واللفظ وضع دالا عليه والطلاق يدل على ارادة النكاح كما قررناه وفيه وجه للعامة ان الطلاق ليس تعيينا للنكاح لقوله ص لفيروز الديلمي وقد اسلم على اختين طلق ايتهما شئت فلو كان الطلاق تعيينا لكان ذلك تفويضا للنكاح بما عليه واجيب بانه مع تسليمه اراد بالطلاق مجازه وهو الفراق قوله والظهار والايلاء آه نبه بالتعليل على الفرق بينهما وبين

٤٩٢ الطلاق حيث كان اختياراً دونهما ووجه الفرق ان الظهار وصف بتحريم المرأة المواجهة والايلاء حلف على الامتناع من وطئها وكل منهما بالاجنبية اليق منه با
لزوجة غاية ما في الباب ان الظهار اذا خوطب به الزوجة ترتب عليه احكام مخصوصة وان خوطب به الاجنبية لم تترتب تلك الاحكام وكان تحريماً بالنسبة
اليها وفي الايلاء لو حلف على وطي الاجنبية فتزوجها ووطئها كان عليه الكفارة وكذا بالزوجة مع زيادة احكام اخر والحاصل ان نفس المخاطبة بهما لا
تستلزم الزوجية فلا يكون احدهما اختياراً بخلاف الطلاق فانه رافع للنكاح الثابت فالنكاح جزء مفهومه او لازم له لزوماً بيناً فاثباته يستلزم اثباته بما
لا يستلزم الزوجية وقال الشيخ ان كل واحد من الايلاء والظهار يكون تعييناً للنكاح كالطلاق لانهما تصرفان مخصوصان بالنكاح فاشبها لفظ الطلاق
وقد عرفت ضعفه ويتفرع على القولين ان الظهار والايلاء يقعان على الثاني ويتوقفان على الاختيار ظاهراً منهما او الى على الاول فان اختارها للنكاح
تبين وقوعهما من حين الاختيار لا من حين الصيغة لان الزوجية لم تكن محققة قبله وتظهر الفائدة فيما لو كان الايلاء معيناً بمدة تزيد على اربعة اشهر فابتداؤها
من حين الاختيار اما ضرب المدة له فانها موقوفة على المرافعة على القول بمضيها فلا يتقيد بالاختيار وعند من يعتبره من حين الايلاء فيكون من حين الاختيار
ايضاً قوله واما بالفعل وجه العمل بظاهر الحال وهو انه لا يطأ الا من يختار نكاحها للدلالة على الرغبة فيها ولظاهر حال المسلم من صيانته عن الزنا ولهذا عد
رجوعاً في الطلاق وفسخاً على تقدير الخيار للبائع وعلى هذا لو وطئ اربعاً ثبت عقدهن واندفع البواقي ويظهر من المصنف والجماعة عدم الخلاف في ذلك
عندنا قوله ولو قبل اه وجه كونهما اختياراً ان المقتضي لكون الوطي اختياراً هو دلالته على الرغبة وصيانة حال المسلم قائم فيهما فيدلان على الاختيار
كما انهما يدلان على الرجعة لا بطريق القياس عليها بل المراد تشبيه الاختيار بالرجعة لتقاربهما في المعنى والمصنف استشكل الحكم فيهما من حيث انهما اضعف
دلالة من الوطي والاحتمال فيهما يتطرق حيث انهما قد يوجدان في الاجنبية وفي الاول قوة ولا اشكال مع قصد الاختيار بهما قوله اذا تزوج امرأة اه اذا اسلم
الكافر وقد تزوج بامرأة وابنتها فلا يخلو اما ان يكون قد دخل بهما او باحديهما او لا يكون قد دخل بهما فاقسامه اربعة الاول ان يكون قد دخل بهما فيحرمان
معاً ويسقط الاختيار اما الام فللعقد على البنت فضلاً عن الدخول واما البنت فللدخول بالام الثاني ان يدخل بالام خاصة فيحرمان ايضاً لما
ذكر في الاول الثالث ان يدخل بالبنت خاصة فيحرم الام للعقد على البنت فضلاً عن الدخول ولا يحرم البنت لان العقد على الام لا يحرمها بدون
الدخول كما مر الرابع ان لا يدخل بواحدة منهما فيحرم الام بالعقد على البنت ويبطل عقدها ويلزم عقد البنت لان نكاح الكفر صحيح ومن ثم يتخير اربعاً
لو اسلم على ازيد منهن ويصح نكاحهن بغير تجديد عقد وقال الشيخ له التخيير لايهما شاء بناء على ان عقد الشرك لا يحكم بصحته الا بانضمام الاختيار في حال الاسلام
والا فهو باطل في نفسه بدون ذلك ومن ثم لا مهر لغير المدخول بها ولا نفقة ولا متعة حيث يختار فراقها كما لو لم يعقد عليها ولانه لو اسلم على اختين يتخير
ايهما شاء ولو كان العقد صحيحاً لزم بطلانه كالمسلم وعلى هذا فان اختار نكاح البنت استقر نكاحها وحرمت الام ابداً وان اختار نكاح الام لم تحرم البنت
بدون الدخول واجيب بانما ذكره من سقوط المهر والنفقة لا يدل على بطلان العقد بل الوجه فيه انه فسخ جاء لا من قبل الزوج ولان العقد لو لم يكن صحيحاً لم يكن
لانضمام الاختيار اثر في صحته كما في كل عقد باطل والاصح الاول واعلم انه لا يفتقر الى تقييد المرأة والبنت في العبارة باسلامهما معه اذ كونهما كتابيتين
نظراً الى انهما لو كانتا وثنيتين بطل نكاحهما لتحريمهن على المسلم بدون الدخول بهما بل الحق ان العبارة تشملها ايضاً لانا لا نحكم بتحريمهما باسلامه مطلقاً بل مع
انقضاء العدة ولم تسلما فيها كما مر فعلى هذا يجري اسلامه مع عدم الدخول بهما لا يوجب تحريمهما مطلقاً من حيث الجمع بين الام والبنت بل يكونان كمهما
كالكتابيتين من حيث العقد والدخول وعدمه وتزيد ان يضرب المدة لهما فان اسلمتا تخيّر او يبطل عقد الام كما مر والا بانتا منه كما لو لم يكونا اما
وبنتاً قوله ولو اسلم عن امة وبنتها اه وجه تحريمهما مع وطئهما ظاهر لان وطي كل واحدة من الام والبنت يحرم الاخرى سواء وقع بعقد او ملك ام شبهة واما
اذا دخل بواحدة منهما فانه يحرم الاخرى خاصة لانها ام مدخول بها او بنتها ويستقر الحل على الموطوءة ولو لم يكن وطي واحدة تخير للوطي من شاء منهما كان في
حال الاسلام قوله ولو اسلم عن اختين اه لما تقدم من تخيير النبي صلى الله عليه وآله فيروز الديلمي حين اسلم على الاختين شاء ووطئهما لا دخل له في التحريم هنا وحكم
غير المحارم حكم الزائد على الشرعي قوله وكذا لو كان عنده امرأة اه ان اختارت العمة او الخالة الجمع بينها وبين بنت الاخ والاخت فلا بحث والا تخير احديهما
فان اختار ما صح نكاحها وبطلت الاخرى كالاختين ولا فرق مع رضا العمة والخالة بين وقوعه في حال الكفر وحال الاسلام قوله وكذا لو اسلم عن حرة وامة الا ان
كون المشبه به المشار اليه بذا هو حكم العمة والخالة اذا رضيتا بالجمع لا جميع حكمهما لان الحرة اذا لم ترض بعقد الامة ينفسخ عقد الامة وتبقى الحرة وحدها وان
رضيت بالجمع صح عقدها وهذا الحكم يخالف مجموع حكم العمة والخالة واعلم ان صحة عقدهما على تقدير رضاء الحرة غير مترتب على القول بجواز نكاح الامة
لا في الاستدامة ويجوز في الاستدامة ما لا يجوز في الابتداء كما انه لم يبطل العقد على الكتابية ابتداء ولم استدامة عقدها ومن ثم اطلق المصنف وغيره الحكم بالصحة
قوله اذا اسلم المشرك اه المراد بالمشرك هنا غير الكتابي وان كان الكتابي عنده مشركاً ايضاً كما اشرنا اليه سابقاً وقرينته هنا تقييده باسلامهن معه اذ لو كان
كتابياً ولكن كن كتابيات لم يفتقر الى اسلامهن لصحة نكاحهن على هذا الوجه فان رضيت الحرة بعقد الاماء تخير منهن اثنتين لانهما منتهى ما يحل للحر من الاماء با
لعقد ولا فرق بين كونه ممن يجوز له العقد على الامة وعدمه كما مر وان لم ترض الحرة انفسخ نكاح الاماء وكذا الكلام في تخييره امتين لو كان عنده اربع منهن و
لم يكن عنده حرة قوله ولو كن حرائر اه المفروض كونهن غير كتابيات كما مر فانهن اذا اسلمن معه ثبت عقدهن لانهن لا يزدن على العدد الشرعي وكذا لو لم يكن يسلمن
معه ثم اسلمن في العدة فان عقدهن يثبت كما لو اسلمن معه قوله ولو كن اكثر من اربع اه اذا اسلم الكافر على اكثر من اربع وكن مجوسيات مدخولاً بهن فان اسلم
بعضهن لم يجبر على اختيار من اسلم بل له انتظار الباقيات الى ان تخرج العدة فان خرجت وقد اسلم اربع فما دون تعين للنكاح وان كن اكثر تخير منهن اربعاً سواء
في ذلك المتقدمات والمتأخرات ولو اختار من سبق اسلامهن قبل ان تخرج العدة وكن اربعاً تعين للنكاح ولم يكن له اختيار من يتخير وان كان في العدة لانه
باختياره الاربع اندفع نكاح الباقي وان كن مسلمات فكيف بمن يجدد اسلامهن بعد ذلك ولو كن بعضهن كتابيات كن بمنزلة المسلمات في جواز

اختيارهن

٤٩٣ اختيارهن من غير انتظار البواقي الى ان تخرج العدة قوله لو اسلم العبد اه لا اشكال في ان العبد المتزوج لا يزيد من النصاب المعتبر له شرعاً كاربع حرائر لو اعتق قبل
اسلامه واسلامهن جميعاً يكون حكمه في العدد حكم الاحرار لان احكام الاسلام لم تجر عليه الا حراً ولا عبرة برقيته قبل ذلك وان كانت في زمن الزوجية
الممتنعة عند المسلمين لان النظر مقطوع عن حكم الكفار اذا لم يترافعوا الينا وفي حكمه ما لو توسط عتقه بين الاسلامين مع كون المتقدم اسلامهن وكذا لا
اشكال في انه لو تأخر عتقه عن اسلامه واسلامهن لم يكن له ان يختار سوى اثنتين لان احكام الاسلام جرت عليه بذلك وهو رق فاعتبر له عدد العبيد
وانما الكلام فيما بقي من الاقسام وقد ذكر المصنف منها قسماً واحداً وهو ما لو تأخر عتقه عن اسلامه واسلام اثنتين منهن خاصة فحكم بانه لا يزيد على اختيار
اثنتين ووجهه ان وقت الاختيار يكون بعد اسلامه ووجود من يصلح للاختيار بان يكن قد اسلمن او اسلم بعضهن واذا اتفق اسلام اثنتين فقد كمل
نصاب العبيد وهو عبد وتعلق به حكم الاختيار بسبب اسلامه فلم يكن له ان يختار ازيد من اثنتين ثم تردد المصنف في الفرق بين هذه الصورة وبين ما لو سبق
عتقه الاسلامين او توسط من حيث ان محل الاشتباه باق ما دامت العدة للباقيات اذ له اختيار المتأخرات وان زدن عن العدد فاذا فرض عتقه قبل اسلام
الاخريين فقد صادف اسلامهما عتقه فاذا اخر الاختيار من المسلمين صادفت الحرية الاربع قبل الاختيار فينبغي ان يلحق حكم الاحرار وحاصل الفرق
يرجع في هذه الصورة الى انه صادف كمال العدد قبل الحرية ومع تأخر اسلامهن يكون قد طرأ العتق قبل الحكم بالتخيير حتى لو اسلم قبل عتقه واحدة وتأخر
البواقي فهو كما لو تأخر اسلام الجميع لطريان العتق قبل كمال عدد العبيد والمتجه الفرق وانتظار الباقيتين غير قادح فيه لانا لا نحتم عليه اختيار المسلمتين الا
بل يتخير بين اختيارهما وانتظار الباقيتين فيختارهما ان اسلمتا او يختار واحدة من الاوليين وواحدة من الاخريين والحاصل ان العبرة بحريته وقت
الحكم بالاختيار وتعلق حكم الاختيار به مشروط باسلامه واسلام من يتعلق به الاختيار منهن فقبل اسلامه لا حكم للاختيار وكذا بعده وقبل اسلامهن
لانه لا موضع للاختيار ومتى وجد منهن واحدة مسلمة قبل عتقه تحقق اختياره باق لانه لم يكمل عدد العبيد ولا عدد الاحرار فاذا اكمل عدد العبيد باسلام
اثنتين قبل عتقه ثم اعتق فقد حصل شرط الاختيار كما لو اسلم الجميع قبل عتقه واسلامه فيختار اثنتين ومتى فارق الباقيتين كان له ان يتزوج ثانياً لانه
حر يجوز له الجمع بين اربع وانما حكمنا بانفساخ العقد السابق خاصة والضابط على هذا انه متى اعتق قبل اجتماع الاسلامين او قبل اسلام عدد العبيد
كان له حكم الاحرار ومتى اجتمع الاسلامان قبل عتقه او اسلامه واسلام عدد العبيد كان له حكم العبيد وفي كره جعل الضابط انه متى تأخر عتقه عن اجتماع
الاسلامين فكالعبد وان عتق قبل اجتماع الاسلامين سواء عتق قبل اسلامه واسلامهن او بين اسلامه واسلامهن تقدم اسلامه او تأخر فحكمه حكم الاحرار
مع انه حكم باختيار اثنتين على تقدير اسلامهما قبل عتقه كما ذكره المصنف فلا يتم ضابطه وفي عد الحر ما لو توسط عتقه بين اسلامه المتقدم واسلامهن بعده
بحكم العبيد نظراً الى ان وقت الحكم باختياره زمن جريان حكم الاسلام عليه وان تأخر اسلامهن وقد كان حينئذ عبداً ويشكل بان الاختيار مشروط بوجود
من يصلح له وهو منتف قبل اسلامهن وبعده قد صار حراً وعلى هذا فينبغي في قول المصنف في الفرق اشكال احتمال ان يريد بالفرق المشكل بين الاخيرة وبين ما
لو تأخر اسلامهن عن عتقه واسلامه حيث حكم فيها بانه يختار اربعاً او بين الاولى الذي حكم بكونه يختار اثنتين اذ يحتمل ان يقال انه يختار في الصورتين اثنتين
كما ذكره في عدد في الصورة الاخيرة الا ان هذا الاحتمال ضعيف لانه في الصورة الاخيرة لا يتم في التي قبلها وهي قوله ولو اسلمن ثم اعتق ثم اسلم فان هذه
لا خلاف في ان له ان يختار اربعاً وهي احد فردي القسمين اللذين فرق بينهما فاخراجها من البين لا دليل عليه وادخالها في الاشكال لا وجه له فيتعين
ترجيح ارادة المعنى الاول وهو احتمال مساواة الاولى للاخيرة في اختيار اربع دون العكس وبالجملة فعبارتهم في المسئلة مختلفة وفتويهم فيها
مضطربة من غير انه يحيل ان ذلك موضع خلاف وتفصيل موضع الاختلاف يتم بصور الاولى ان يتقدم عتقه على اسلامه واسلامهن وهنا يختار
اربع حرائر بغير خلاف الثانية ان يتقدم اسلامهن جميع ويتوسط عتقه بين الاسلامين وحكمها كالاولى اتفاقاً الثالثة ان يسلم بعضهن ثم يعتق ثم
يسلم الباقي منهن والحكم كالاولى الرابعة ان يتقدم اسلامه ويتوسط عتقه بين الاسلامين وقد اختلف كلامهم في حكمها فقال المصنف هنا والعلامة في كره
وتبعه الشيخ فقط يتخير اربعاً كالحر لانه لا يتخير بعد اسلامه الى ان يجد محلاً للتخيير ولا يحصل الا باسلامهن وهو متأخر عن عتقه وقال في عد انه كالعبد جعلاً
للتخيير عند اسلامه مطلقاً لانه وقت جريان حكم الاسلام الخامسة الصورة بحالها ولكن عتقه وقع بعد اسلام واحدة خاصة والخلاف فيها كالسابقة والاصح
ان له ان يتخير اربعاً السادسة الصورة بحالها ولكن وقع عتقه بعد اسلام اثنتين وتأخر عنه اثنتان وهنا اطلقت العبارات على انه يتخير اثنتين خاصة
كالعبد الاعلى التردد الواقع في العبارة والفرق بينها وبين السابقة انه اذا لم يسلم معه الا واحدة لم يكمل عدد العبيد واذا اسلمت اثنتان ثم عتق كمل عدد
العبيد قبل العتق فحدوث الحرية من بعد لا يفيد زيادة عليه السابعة الصورة بحالها الكن عتقه بعد اسلام ثلث منهن والحكم كالسابقة لانه لم يكمل عدد
الاحرار حين الحكم بتخيره الثامنة ان يتأخر عتقه عن الاسلامين معاً فله حكم العبيد قطعاً لان محل التخيير وقع قبل الحرية وقد شبهوا الصورة الخامسة والسادسة
والفرق بينهما بما اذا طلق العبد امرأته طلقتين ثم عتق فانه لا يملك بالعتق طلقة ثالثة ولم يجز نكاحها الا بمحلل ولو طلقها طلقة ثم عتق ونكحها او راجعها
ملك طلقتين وبما اذا كانت تحته حرة وامة فقسم للحرة ليلتين وللامة ليلة ثم اعتقت الامة ان اعتقت بعد تمام ليلتها لم تستحق زيادة وان عتقت
قبل تمامها كمل لها ليلتين والعبارة الجامعة لهذه المسائل ان يقال الرق والحرية اذا تبدل احدهما بالاخر فان بقي من العدد المعلق بكل واحد من الزائل
والطاري شيء اثر الطاري كان الثابت العدد المعلق به زائداً كان ام ناقصاً وان لم يبق منهما جميعاً لم يؤثر الطاري ولم يتغير الحكم ففي مسئلتنا اذا اسلم
ومعه حرتان ثم عتق لم يبق من العدد المعلق بالزائل شيء ويبقى من العدد المعلق بالطاري اثنتان فلم يثبت العدد المعلق بالطاري واذا اسلمت معه واحدة
بقي من العدد المعلق بالزائل ومن العدد المعلق بالطاري شيء فاثر العتق وثبت حكمه وعلى هذا القياس باقي المسائل ومما يتفرع على هذا الاصل ما لو طلق
الذمي زوجته طلقتين ثم التحق بدار الحرب فنقض العهد فسبي واسترق ونكح تلك المرأة باذن مالكه يملك عليها طلقة لانه بقي من عدد الزائل شيء ولم يبق

٤٩٥ وتبين الثانية لانها اسلمت الاولى لم يضرب العدة لها من حين اسلامها وحكم انه متى اسلم الزوج في العدة ثبت نكاحهما ما لم يكن هناك مانع ولا مانع هنا
لكون الثانية كافرة فيمتنع نكاحهما لانتفاء صلاحيتها للزوجية وقيل بل يضرب للثانية عدة من حين اسلامه كما هو فائدة اسلام احد الزوجين فان
اسلمت في هذه العدة تخير ايتهما شاء وان انقضت عدة الاولى لان المقتضي لانفساخ نكاح الثانية انما هو اسلام الزوج والانفساخ قبل ذلك لهذا
لو بقي على الكفر لاستمر النكاح لان نكاح الكفر صحيح وقد وقع العقد على الاخت في حال الكفر بها وحيث كانت مدخولا بها وجب ضرب العدة من حين اسلامه كما في كل
مدخول بها كذلك اذا اسلم زوجها فان اسلمت في العدة تبين عدم الانفساخ فيتخير ايتهما شاء ولا عبرة بانقضاء عدة الاولى هذا هو الاقوى ومن توجيه
هذا القول يظهر الجواب عن دليل الاول لان ثبوت عقد الاولى باسلام الزوج في عدتها الابانة في ثبوت عقد الاخرى التي قد صح عقدها حالة الكفر غايته
اجتماع نكاح اختين وذلك لا يوجب بطلان الثانية انما يوجب التخيير في احدهما حيث يستقر امر النكاحين وذلك بعد الاسلام في العدة المعتبرة لكل
واحدة ومثل هذا البحث يأتي فيما لو اسلم زوجات الاربع المدخول بهن فتزوج خامسة ودخل بها ثم اسلم وتأخر اسلامها حتى انقضت عدة الاربع ثم
اسلمت في عدتها والمص اقتصر من الحكم على ما لو اسلمتا في عدة الاولى ولم يذكر ما لو تأخر اسلام الثانية عن عدة الاولى وهو موضع الاشكال ولكن مفهومه
كالقول الاول وان احتمل غيره قوله اذا اسلم الوثني آه اذا اسلم عن وثنية مدخول بها ضرب لها عدة على القاعدة فان ارتد وهي كافرة واستمرت على
الكفر الى ان انقضت العدة بانت منه من غير اشكال وان اسلمت في عدته مرتدا ضرب لها عدة ايضا من حين الردة فان رجع الى الاسلام فيها فهو احق بها
وان خرجت ولما يرجع بانت منه ولو انعكس الفرض بان اسلمت هي اولا ثم ارتدت فالحكم كالسابق بتقريب القول فانه متى لم يسلم الزوج في العدة
المضروبة من حين اسلامها انفسخ النكاح باختلاف الدين اولا وهو وقت اسلامها وتكون العدة من حينئذ وان اسلم قبل انقضاء العدة سقط حكم العدة
الماضية ثم يضرب لها عدة اخرى لاجل الارتداد من حين ردتها وان كان كافرا فان عادت الى الاسلام قبل انقضاء العدة المضروبة من وقت ردتها
استمر النكاح والا انقطع من يوم الردة قوله لو مات احدهن آه في التعليل جواب عن سؤال مقدر وهو انه حرم عليه باسلامه قبل اسلامهن فاذا اسلمن الحاق
العود الى الحل الى سبب يوجبه وقد خرجن عن اهليته ذلك ومجرد الاسلام ليس سببا تاما في الحل بل لابد معه من الاختيار فاذا متن قبل تمام السبب المبيح
بقي البطلان كما لو مات احد المتعاقدين قبل تمام السبب المملك بالقبول او القبض وجوابه منع نقصان السبب الموجب للارث فان الزوجية هي
متحققة في جملتهن والمانع كان هو الكفر وقد زال غايته زيادتهن عن العدد المعتبر وامره اليه لا اليهن اذ التعيين موكول الى اختياره فاذا ماتت
احديهن او متن فسبب الارث موجود وانما يتوقف على اختيار العدد والاختيار تعيين لذات العقد الصحيح المتحقق في ضمن الجميع لا استيناف عقد
حتى يبطل بالموت قبل تمامه قوله ولو مات ومتن آه اذا مات الزوج والنسوة الزائدات عن العدد فان كان موتهن قبله فهن اربع موروثات لم ان
متن بعده فهن وارثات وان مات بعضهن قبله وبعضهن بعده فهن وارثات وموروثات وقد فات الاختيار بموته فلا سبيل الى القول بعدم الارث
لان الزوجية متحققة في ضمنهن وانما فيهن زيادة عن العدد مشتبهة بسبب فوات التعيين للزوج قبل موته لانهن اربعا وارثات للثمن او الربع
قطعا وح ففي كيفية الارث اوجه احدها وهو الذي اختاره المص استعمال القرعة بينهن فمن اخرجتها للزوجية ورثته او ورثها ووجه القرعة انتفاء
المستحق او المستحق عليه مع انحصاره في جملتهن والقرعة لكل امر مشتبه والوجه الثاني الايقاف حتى يصطلح ورثتهن على الحصة بالتساوي او التفاوت
لان الحق يخص فيهم وفيهم من يستحق وفيهم من لا يستحق والقرعة انما يكون لتعيين ما هو معين عند الله مشتبه في الظاهر وهنا ليس كذلك لان التعيين
موكول الى اختيار الزوج لا الى الله تعالى وان كان هو الذي يلهم الاختيار فاذا مات قبل التعيين اشتبه المستحق منهم ولم يذكر المص هذا الوجه هنا و
ذكره فيما يأتي حيث يموت الزوج دونهن لامكان اتكال الاصطلاح اليهن لانحصار المستحق فيهن بخلاف ما اذا متن لفوات محل التعيين من الجانبين لكن
لما كان الوارث قائما مقام المورث امكن ايقاف الحصة الى ان يصطلح الورثة ايضا اذ ليس للموروث هنا مزية في التعيين زائدة على الوارث لاشتباه
الحال على الجميع وهذا الوجه والثالث ان الحصة من الربع او الثمن يقسم بينهن بالسوية ويأخذ وارث كل واحدة نصيبها لان البيان غير متوقع وهن
جميعا معترفات بان الاشكال ثابت في الجميع وانه لا مزية لاحديهن على الاخرى بخلاف المستحق المعلوم عند الله اذا اشتبه غيره عندنا فان يستخرج
بالقرعة متوجه اذ لا يمكن هنا ان يقال انه تعالى يعلم المختارات منهن مع انه لم يوجد منه اختيار لانه تعالى يعلم الاشياء على ما هي عليه فالمعين في نفسه يعلمه
معينا وان اشتبه علينا والمبهم في نفسه يعلمه مبهما فلا يمكن تخصيص احديهن بالميراث عندنا ولا عند الله قوله ولو مات الزوج قبلهن آه هذا حكم آخر
مترتب على الزوجات قبل التعيين وهو انه على تقدير موته قبل التعيين يلزمهن جميعا العدة لان منهن زوجات قطعا فحيث لم يتعين وجبت
العدة على الجميع ثم ان لم يكن دخل بهن وجب على كل واحدة ان يعتد باربعة اشهر وعشرة ايام لان كل واحدة منهن يحتمل ان تكون زوجة ومتصورة
بقاء الزوجية مع عدم الدخول بهن وجب على تقدير اسلامهن مقارنا لاسلامه والا فلا عدة هنا كما تقدم وان كان قد دخل بهن فان كان
قد حمل بعضهن او كلهن اعتدت الحامل بابعد الاجلين من وضع الحمل ومضي اربعة اشهر وعشر وقول المص ان الحامل تعتد بعدة الوفاة ووضع الحمل
متجوز لان عدة الوفاة للحامل هي ابعد الاجلين فاطلاقه عدتها على الاربعة اشهر والعشرة خاصة اطلاق لاسم المجموع على بعض افراده ووجه اطلاق
ذلك اشتهارها في ذلك لغلبة وتصريح القرآن بها دون ابعد الاجلين واما الحائل فان كانت من ذوات الاشهر كالآيسة والصغيرة اعتدت
باربعة اشهر وعشرة لان كل واحدة منهن يحتمل ان تكون مختارة او مفارقة وعدة المفارقة ثلاثة اشهر وعدة المختارة اربعة اشهر وعشرة ايام فوجب
الاعتداد باقصاهما وان كانت من ذوات الاقراء اعتدت بابعد الاجلين من اربعة اشهر وعشرة ومن ثلاثة اقراء وانما اكتفي بالتداخل في العدتين
لان المعتبر عدة واحدة وانما كلفت بالزيد الامرين للاشتباه قوله اذا اسلم واسلمن آه هذا حكم آخر مترتب على الزائدات عن العدد قبل الاختيار وهو

٤٩٦ من عدد الطارئ شيء فلم يؤثر الطارئ ولو كان قد طلقها طلقة فاذا نكحها لم يملك عليها الا طلقة لانه بقي من عدد الرائل طلقتان ومن عدد الطارئ طلقة
فكان للثابت حكم فهو ارفق واعلم انه يمكن الفرق بين مسئلتنا هذه وبين المشبه بها في الطلاق والشبهة وذلك لان العبد اذا طلق طلقتين وقع الحكم
بالتحريم المحوج الى المحلل لحصول العتق بعده لا يؤثر في دفعه وهذا امضي قران وقع الحكم بتحريمها الا انه وتحللها للازواج وكذا باقي النظائر وههنا لا يصير منتقضا فيها
لحقه باسلام اثنين معه وانما يصير متمكنا من الاستيفاء والتمكن من الشيء لا يحل محل الشيء قوله اختلاف الدين آه هذا ضابط لحكم المهر في جميع ما سبق
من المسائل التي يحصل فيها فسخ النكاح من قبل الزوج او من قبل الزوجة وحاصله ان الفسخ متى كان بعد الدخول فالمهر بحاله لاستقراره بالدخول فيستصحب
وهو محل وفاق وان كان قبله فان كان الفسخ جاء من قبل المرأة كما لو اسلمت دونه فلا شيء لها لان المسقط منها وان كانت محسنة بالاسلام مأمورة به
لان المهر عوض فيسقط بفوت العاقد المعقود عليها وان كان معذورا كما لو باع طعاما ثم اكله مضطرا اليه وان كان من قبله كما لو اسلم دونها فالمشهور ان عليه
نصف المهر لانها فرقة من قبله قبل الدخول فاشبهت الطلاق ونسبه الى الشهرة تنبيها على ضعف دليله وقد تكرر القول في ضعفه فانه قد وجب بالعقد وتنصيفه
لنص خاص لا يوجب الحاق غيره به الا بطريق القياس والاصحاب لا يجوزونه فالقول بثبوت جميعه اقوى ومما يتفرع على كونه فسخا لا طلاقا انه لا يعد في الطلقات حتى
يحرم الزوجة المطلقتين معه على تقدير كونها حرة لان ذلك تشريع يتوقف على توقيف الشارع وانما حرمها بالطلاق ثلثا الا بما يشبهه والمهر يجب بالعقد لا با
بالفسخ فلا يلزم وجوب المهر او نصفه مع الفسخ كالطلاق مساواته في جميع الاحكام هذا على تقدير القول المشهور وعلى ما اخترناه تظهر المباينة ايضا قوله ولو
كان المهر فاسدا آه المراد بالفاسد هنا انه من حيث تحريمه في شرع الاسلام كالخمر لان حكمه بانه من جهة اختلال شرط من شروط صحته ككونه مجهولا فانه يثبت لها
مع الدخول مهر المثل كما لو عقد المسلمان على ذلك وقبل الدخول ان كان الفسخ من قبلها لا شيء كما مر وان كان من الرجل فنصفه على القول المشهور وجميعه على
القول المنصور ولو لم يكن سمي مهرا اصلا فان كان بعد الدخول فمهر المثل بلا اشكال لانه عوض البضع حيث لم يسم غيره وان كان قبله من قبل الرجل قبل كان
لها المتعة كما لو طلقها وح يحتمل عدم وجوب شيء لاصالة البراءة وحملها على المطلقة قياس وهذا منشأ تردد المص وربما احتمل وجوب نصف مهر المثل
وهو ضعيف جدا ولو كان فساده بسبب تحريمه كالخمر مع كونه معلوما فقد نبه على حكمه في الذمي قوله ولو دخل الذمي آه اذا اصدق الكافر امرأته
صداقا فاسدا في شرع الاسلام لكونه محرما كالخمر ثم اسلم فان كان بعد قبض ذلك الفاسد فلا شيء لها لانقضاء الامر بينهما وانتهاء النكاح الى تمام
انقطاع الطلبة وما مضى من الكفر لا يتبع وان كان اسلامه قبل قبضه قبل سقط لانها قد رضيت بالخمر فيدام عليها حكم رضاها وقد تعذر قبض
الخمر بعد الاسلام بالنسبة الى المستحق عليه فسقطت المطالبة وقيل وجب مهر المثل لانها لم ترض الا بالمهر والمطالبة بالخمر في الاسلام ممتنعة
فيرجع الى مهر المثل ولا فرق على القولين بين كونه معينا ومطلقا واختار المص قولا ثالثا وهو وجوب قيمته عند مستحليه لان المحرم لم يفسد بل صح
فيما بينهم ولزم ولهذا لو قبضه لم يجب لها غيره وانما تعذر الحكم به شرعا فوجب المصير الى قيمته عند مستحليه لانها اقرب شيء اليه كما لو جرى العقد على عين
وتعذر تسليمها فانه يصار الى قيمتها ولان مهر المثل قد يزيد عن قيمة المسمى فلو حكم به الزم الزوج بزيادة عما في ذمته مع اعتراف الزوجة بعدم استحقاقها فيها
وقد ينقص فيمنع الزوجة بعض حقها مع اعتراف الزوج بثبوته ولوجوب قيمة الخمر المحترمة لو اتلفها متلف على ذمي وتراضيا البنا وهذا اقوى ومثله بانى في
غير الذمي اذا اسلم بعد الدخول وهي المسئلة السابقة ولو قبضت بعضها البعض دون البعض سقط بقدر المقبوض ووجب بنسبة الباقي من مهر المثل او القيمة
على القولين السابقين بان ينسب ما بقي من المهر الى مجموعه ويؤخذ من مهر المثل او القيمة بتلك النسبة قوله اذا ارتد المسلم آه اذا ارتد المسلم حرم عليه وطي
زوجته سواء كان ارتداده قبل الدخول ام بعده لانه كفر يمنع التناكح بينه وبين المسلمة وانما قيد بعد الدخول ليرتب عليه الحكم الذي بعده ثم ان كان
ارتداده عن فطرة بانت منه مط فلو وطئها لشبهة عليها فعليه مهر آخر للشبهة وهذا لا اشكال فيه وان كان ارتداده عن ملة وكان بعد الدخول وقف
نكاحه على العدة فان رجع الى الاسلام فيها استمر على نكاحه الاول وان بقي على ارتداده تبين انفساخ النكاح من حين الردة ويتفرع على ذلك ما لو وطئها
لشبهة على المرتد فان رجع في العدة فلا شيء عليه لان اسلامه كشف عن كونها زوجته حال النكاح ولهذا ابني على العقد الاول وان بقي على كفره الى
انقضاء العدة قال الشيخ عليه مهران الاول الثابت بالعقد او الدخول ومهر المثل لوطي الشبهة لان عدم عوده الى الاسلام كشف عن بطلان النكاح
بالردة فكانت كالاجنبية وقيل لا يلزمه بهذا الوطي مهر لانها في حكم الزوجة وان حرمت عليه ولهذا لو رجع لم يفتقر الى عقد جديد بل بني على الاول
فدل على بقاء حكمه وان حصل التحريم غايته ان تكون الردة كالطلاق الرجعي وهو لا يوجب البينونة ولعل هذا اقوى وعلى التقديرين لا حد عليه بهذا
الوطي وان كان ممنوعا منه لانها لم تخرج عن حكم الزوجية مطلقا كما مر ويجب العدة لهذا الوطي وهما عدتان من شخص واحد فهو بمثابة ما لو طلق امرأته ثم وطئها
في العدة واجتماعهما في الاسلام هنا بمثابة الرجعة هنالك قوله اذا اسلم وعنده آه انما لم يكن له العقد على اخرى ولا على اخت احدى زوجاته حتى تنقضي
العدة مع بقائهن على الكفر لانهن لم يخرجن عن الزوجية مطلقا لرجاء رجوعهن في العدة فيعدن الى الزوجية بالنكاح السابق فكان ذلك كالعدة
الرجعية التي لا يصح فيها نكاح الخامسة ولا اخت المطلقة ويحتمل ان يتوقف نكاح الخامسة والاخت كما وقف نكاح المتخلفة من الاسلام فان اسلمت
تبين بطلان نكاح الجديدة وان اصرت حتى انقضت العدة تبين صحته قوله ولو اسلمت الوثنية آه اذا اسلمت الزوجة المدخول بها اولا فتزوج اختها
فلا يخ اما ان يسلم بعد ذلك اولا وعلى تقدير اسلامه فاما ان يسلم في عدة الاولى او بعدها وعلى تقدير اسلامه في عدتها اما ان تسلم معه الاخت الاخرى
اولا ثم اما ان يكون قد دخل بها اولا فهذه اقسام المسئلة وجملة القول في حكمها انه لو لم يسلم في عدة الاولى او بعدها بطل نكاحها واستقر عقد الثانية
وان اسلم في عدة الاولى فان اسلمت معه الاخت مقارنة الاسلام ان كانت غير مدخول بها او في عدة الاولى ان كانت غير مدخول بها تخير ايتهما شاء لتبين
صحة النكاحين وان تأخر اسلام الثانية عن اسلامه مع كونها مدخولا بها حتى انقضت عدة الاولى فمفهوم كلام المص وصريح غيره انه يستقر نكاح الاولى

الانفاق عليهن الى ان يختار اربعا لان الانفاق على الزوجات ولسبب تبرانه ولا يتم الواجب الا بالانفاق على الجميع للاشتباه ويحرر البحث ان المشرك المتزوج
مشركة اما ان يسلم قبلها او تسلم هي قبله او يسلما معا فالصور ثلث الاولى ان يسلم قبله وحرب لها العدة فلا نفقة لها زمانها لانها ناشزة بالتخلف
عن الاسلام ممتنعة عن التمكين المقتضي لاستحقاق النفقة لان وطيها له حال ممنع وهي قادرة على ازالة المانع فان اسلمت في العدة استحقت النفقة
من وقت الاسلام لاستمرار النكاح ولا نفقة لها عن الماضي وان كشف اسلامها عن استمرار النكاح وتبين انها زوجته في ذلك الزمان لما بيناه من ان
الاستمتاع من قبلها المنزل منزلة النشوز فلا ينفعها بذل نفسها كافرة مع وجود المانع من قبلها كما لو سافر وامرها برفقته فتخلفت وبذلت التمكين
فان ذلك غير نافع هذا كله اذا كانت وثنية اما لو كانت كتابية استمرت النفقة لبقاء النكاح والتمكين لانه الفرض وهو يقتضي استحقاق النفقة
الثانية ان تسلم هي دونه فيجب لها عليه النفقة زمن العدة سواء اسلم بعدها ثم لم يسلم فاذا انقضت العدة ولم يسلم سقطت النفقة لحصول البينونة
منها وخروجها عن كونها زوجة وانما وجبت النفقة عليه زمن العدة مع تحريم وطيه لانه متمكن من الاستمتاع باسلامه والمانع منه فكان كالمطلق رجعيا
حيث يتمكن منها بالرجعة والتحريم وان جاء من قبل اسلامها الا انه فرض مضيق عليها فلا يسقط به النفقة كما لو كان المانع اشتغالها بالصلوة او
الصوم الواجب المضيق فلا يقدح ما قيل انها فارقت الرجعية بكون البينونة فيها من قبله وهنا من قبلها لما ذكرناه من ان فعل الواجب لا يمنع وان كان
من قبلها او النفقة وان كانت في مقابلة التمكين ولا تمكين هنا الا انه مشروط بوقوعه على وجه التمكن ولا تمكن هنا الثالثة ان يسلما معا فتستمر
وجوب الانفاق ولا اشكال لو لم يزدن على اربع اما لو زدن عليها او كان فيهن اختان فان الانفاق عليهن جميع واجب قبل الاختيار لانهن في حكم
الزوجات كما مر ولانهن محبوسات لاجله وتحت حجره الى زمان الخيار فاذا اختار اربعا او احدى الاختين اندفع البواقي وسقطت نفقتهن وكذا لو كن جميعا
كتابيات ولم يسلمن اذا انفرد لك فحيث ثبت عليه النفقة فلهن المطالبة بها عن الزمن الحاضر والماضي لان نفقة الزوجة تثبت في الذمة
اذا فاتت كالدين بخلاف نفقة غيره وسيأتي قوله ولو اختلف الزوجان اه المراد انهما اختلفا في السابق الى الاسلام منهما مع اتفاقهما على ان احدهما
سابق فادعت الزوجة السبق لتبقى نفقتها وادعاه الزوج ليسقطها فالقول قول الزوج بيمينه لاصالة براءة ذمته من النفقة لانها انما تجب يوما فيوما
فالاختلاف في اصل الوجوب والزوج ينكره فيكون الاصل معه والزوجة تدعي خلاف الاصل فعليها البينة ويحتمل تقديم قولها لان النفقة كانت
واجبة والاصل البقاء والزوج يدعي المسقط كما لو ادعى عليها النشوز فانكرت بعد تحقق التمكين ويؤيده ان الاصل عدم سبق كل منهما فدعيه تدعي
خلاف الاصل فيتكافئان لعدم امكان الحكم بالتقارن حيث لا دليل الاصلان لاتفاقهما على عدم التقارن فلا يتم منه اصالة البراءة وهذا الاحتمال
قول البعض العامة والاصحاب لم ينقلوا عنه مع انه متوجه وما قيل من الفرق بين هذا وبين دعوى النشوز مع تحقق التمكين لا شبهة في انه مع دعوى النشوز متمتع
بها الا بما اذا تحقق المانع من الاستمتاع وهو بقاء احدهما على الكفر فانه لا يمكن منه فاذا ادعت معه كونها ناشزة لم تقبل منها الا بالبينة فيه ان
هذا المانع لا يعلم كونه منها فاذا ادعته فهو كدعوى عدم النشوز من المتمكنة فلا يضرها وجود المانع في الجملة الذي لا يعلم استناده اليها والاشكال
يقتضيه هذا كله اذا كان الاختلاف في المتقدم منهما مع الاتفاق على عدم التقارن اما اذا اختلفا في التقدم والتقارن فان بني على تقديم الاصل او
الظاهر فان قدمنا الظاهر البحث السابق هنا وان قدمنا الاصل فالنفقة لازمة كما كانت قوله ولو ماتت اه الكلام في هذه كما سبق في سببه الا انه هنا لترث
منهن معه فترجع التهمة ولم يذكر غيرها وهنا يتعين بعده فامكن ايقاف الحصة حتى يصطلحن وقد عرفت ان ذلك ممكن في ورثتهن فالحكم واحد والاوجه القسمة
حملا في المسئلتين وقد عرفت وجه كل واحد وان كان الايقاف الى الصلح اجود وقوله والوجه القرعة او التشريك اشارة الى الوجهين في المسئلة الا ان له
التخيير بين الامرين قوله ولو مات قبل اسلامهن اه ما ذكره من الامكان هو متعين في المسئلة عملا بمقتضى القاعدة المتفق عليها ولا ينافيه كون الكافر لا يرث
المسلم لانه ما دام كافرا لا يورث وانما يورث بعد اسلامه ولا يرد ان الارث لا يستحق الا بعد الموت بلا فصل وهو حينئذ كافر لان هذه الدعوى ممنوعة بل المعتبر
كونه مسلما قبل القسمة كما سيأتي وهو حاصل هنا قوله روى عمار اه افتى الشيخ في النهاية بمضمون الرواية وتبعه ابن حمزة معتمدا بكون الزوجة امة غير سيده تزوجها
باذن السيد ثم ابق الحج وعلل الحكم في الرواية بان الارتداد خروج العبد عن طاعة السيد وهذا المعنى حاصل في الاباق فانه كما يجب على المكلف الحر طاعة
الله تعالى كذلك يجب على العبد طاعة سيده فيتحد الحكم مع اتحاد علته وفي طريق الرواية ضعف وفي التعليل فساد لمنع كون الارتداد خروج العبد عن طاعة
سيده مطلقا بل خروجه عن طاعة الله تعالى معتقدا عدم وجوب الطاعة له ولو ثاني معنى ذلك لسوى الاباق الحركات والا لزم قتل الابق كما يقتل المرتد والحق بقاء
الزوجية ووجوب النفقة على مولاه لعدم دليل صالح يخرجهما عن الاصل قوله والكفاءة شرط اه الكفاءة بالمد والفتح مصدر بمعنى المماثلة ولا خلاف في
اشتراط الكفاءة في النكاح بين الزوجين ولكن اختلفوا في تفسيرها فذهب المص والمفيد وابن حمزة الى الاكتفاء بالاسلام للاجماع على اعتباره وعدم الدليل
الصالح لاعتبار غيره ووافقهم ابن الجنيد في عدم تحريم على المصدقة وذهب الاكثر الى اعتبار الايمان الخاص معه في جانب الزوج دون جانب الزوجة بل يكفي الاسلام
لقول الصادق ان الله تعالى لم يترك شيئا مما يحتاج اليه الا علمه نبيه وكان من تعليمه اياه ان صعد المنبر ذات يوم فحمد الله واثنى عليه ثم قال ايها الناس ان
جبرئيل اتاني من اللطيف الخبير فقال ان الابكار بمنزلة الثمر على الشجر اذا ادرك ثمارها فلم يجتن افسدته الشمس ونثرته الرياح وكذلك الابكار اذا
ادركن ما يدرك النساء فليس لهن دواء الا البعول والا لم يؤمن عليهن الفساد لانهن بشر فقام اليه رجل فقال يا رسول الله فمن نزوج فقال الاكفاء
فقال يا رسول الله من الاكفاء فقال المؤمنون بعضهم اكفاء بعض فدل الحديث على ان غير المؤمن لا يكون كفوا للمؤمنة والا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة
ولقوله اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه الا تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير وغير المؤمن لا يرضى دينه ولقول الص تزوجوا في الشكاك
ولا تزوجوهم لان المرأة تأخذ من ادب زوجها ويقهرها على دينه وفي الفضيل بن يسار قال قلت لابي عبد الله ان لامرأتي اختا عارفة على رأينا

وليس

قال ولو اختلف الزوجان في السابق الى الاسلام فالقول قول الزوج ... الاصلية ولو ماتت منهن لكن ورث اربع منهن وجب ايقاف ربع من ربع الحصة عليهن حتى يصطلحن والوجه القرعة او التشريك ولو مات قبل اسلامهن ... لان الكافر لا يرث المسلم ... اسلام قبل القسمة الثانية روى عمار الساباطي عن ابي عبد الله ان اباق العبد بمنزلة الارتداد فان رجع وهي في العدة فهي امرأته بالنكاح الاول وان رجع بعد العدة وقد تزوجت فلا سبيل له عليها وفي العمل بها تردد ومنشأه ضعف السند ... الكفاءة شرط في النكاح وهي التساوي في الاسلام وهل يشترط التساوي في الايمان فيه روايتان اظهرهما الاكتفاء بالاسلام وان تاكد استحباب الايمان وهو في طرف الزوجة اتم لان المرأة تأخذ من دين بعلها

وليس على رأينا بالبصرة الا قليل فازوجها ممن لا يرى رأيها قال لا ولا نعمة ان الله تعالى يقول لا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وفي صحيحة عبد الله بن
سنان عنه النهي عن تزويج المستضعف مؤمنة وعنه ان العارفة لا توضع الا عند العارف فهذه جملة الروايات المنقولة للقول المشهور المشهورة في هذا
الباب في الاسناد لا يخلو من نظر اما الاول فمن حيث السند والمتن اما السند فلانها مرسلة رواها الكليني عن ابي عبد الله وقال سقط عني اسناده واما
من حيث دلالة المتن فلان المراد بالمؤمن المسلم او المصدق بقلبه لما جاء به النبي لا الايمان الذي يعتبره اصحابنا فانه اصطلاح متأخر لا يراد عند اطلاقه
في كلام الله تعالى ونبيه اجماعا وايضا فليس فيه ما يدل على حصر الجواز بل غايته حصر المأمور بتزويجه وهو امر آخر وكذا الكلام في دلالة الثانية وقرينة اضافة
الخلق الى الدين والخلق ليس معتبرا في الكفاءة اجماعا فدل على ان المقتضى للامر بتزويج من هو كذلك كماله ولا يلزم منه تحريم تزويج غيره والكلام في باقي
كالسابق والخبر الثالث في طريقه سهل بن زياد وهو فاسد المذهب وعبد الكريم بن عمرو وهو واقفي وابو بصير وهو مشترك بين الثقة والضعيف
مع انه لا يدل على المط فان النهي عن الشكاك لا يستلزم النهي عن غيرهم ورواية الفضيل في طريقها ابن فضال وهو فطحي وعلي بن يعقوب ومروان بن مسلم
وهما مجهولان والحسين بن موسى الحناط وهو واقفي او مجهول واما رواية عبد الله بن سنان فانها وان كانت صحيحة الا ان المستضعف يطلق على معان منها
ما هو اسوء حالا من المخالف العارف فلا يلزم من النهي عن نكاح المستضعف النهي عن نكاح غير المؤمن مط وان كان في افراده ما هو خير حالا من المخالف واما
الرواية الاخيرة ففي طريقها ارسال وضعف بجماعة ومع ذلك فيمكن حمل النهي على الكراهة وقد روى الفضيل بن يسار قال سألت ابا جعفر عن المرأة العارفة
ازوجها الرجل غير الناصب ولا العارف قال غيره احب الي منه وروى عبد الله بن سنان في الصحيح قال سألت ابا عبد الله بم يكون الرجل مسلما تحل مناكحته
ومواريثه وبم يحرم دمه فقال يحرم دمه بالاسلام اذا ظهر وتحل مناكحته ومواريثه وهو اصح ما في الباب سندا واظهر دلالة وقد ظهر بذلك قوة ما اختاره المص
وان كان الاحتياط في الفروج اولى قوله نعم لا يصح نكاح الناصب اه هذا الحكم لا شبهة فيه لان الناصب كافر فلا تصح مناكحته وفي صحيحة عبد الله بن سنان
قال سألت ابا عبد الله عن الناصب الذي عرف نصبه وعداوته هل يزوجه المؤمن وهو قادر على رده قال لا يتزوج المؤمن الناصبة ولا يتزوج الناصب
مؤمنة وغيرها من الاخبار واعلم انه لا يشترط في المنع من الناصب اعلانه بالعداوة كما ذكره المص بل من عرف منه البغض لاهل البيت فهو ناصب وان لم يعلن
بما كان عليه في خبر عبد الله بن سنان وعلى التقديرين فهذا امر عزيز في المسلمين الان لا يكاد يتفق الا نادرا فلا يعتبر من يتوهم غير ذلك ولا فرق في الناصب
المحرم نكاحه بين الذكر والانثى لاتصافه بالكفر المانع من التناكح من الجانبين والخوارج من جملة النواصب لاعلانهم ببغض سيد اهل البيت وقد روى
زرارة عن ابي جعفر قال دخل رجل على علي بن الحسين فقال ان امرأتك الشيبانية خارجية تشتم عليا فان سرك ان اسمعك ذلك منها اسمعتك
فقال نعم اذا كان غدا حين تريد ان تخرج كما كنت تخرج فعد واكمن في جانب الدار قال فلما كان من الغد كمن في جانب الدار وجاء الرجل فكلمها فتبين ذلك
منها فخلى سبيلها وكانت تعجبه قوله وهل يشترط تمكنه اه اختلف الفقهاء في ان التمكن من النفقة هل هو معتبر في الكفاءة ام لا فذهب المص والاكثر الى
عدم اعتباره لعموم الاخبار السالفة وقوله تعالى فانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله وذهب الشيخ في
ط والعلامة في كرة الى اعتباره لقول الص الكفو ان يكون عفيفا وعنده يسار وروي ان النبي قال لفاطمة بنت قيس حين اخبرته ان معوية خطبها اما معوية
فصعلوك لا مال له ولان اعسار الرجل مضر بالمرأة جدا فانه اذا كان معسرا لا ينفق على الولد وينفق عليها نفقة المعسرين واذا كانت موسرة انفقت
هي على الولد وذلك ضرر عظيم فكان اعتباره اليق بمحاسن الشرع ولان ذلك معدود نقصا في عرف الناس والاقوى الاول وجواب هذه الادلة ان
الرواية الاولى مرسلة والثانية مع كونها عامية تدل على جواز العدول عن الفقير لا على ان الكفاءة تتوقف على المال وعموم الادلة السمعية ينفي اعتبار
الاخر والفقر شرف في الدين وقد قال اللهم احيني مسكينا وامتني مسكينا وقد امر النبي بتزويج جويبر وغيره من الفقراء والتاسي به راجح والمال
غاد ورائح لا يفتخر به اهل المروات والبصائر واعلم ان هذا الشرط على تقدير اعتباره ليس على نهج ما قبله لجواز تزويج الفقير المؤمن اتفاقا وانما
تظهر فائدة اشتراطه في الوكيل المطلق وفي الولي فانه ليس لهما ان يزوجاها الا من كفو فان اعتبرنا اليسار لم يصح تزويج الفقير لها ولو زوجاها به فلها
الفسخ كما يفسخ لو زوجاها بذي العيوب وقد تقدم واختلف كلام العلامة ففي كرة اعتبر في الكفاءة اليسار وجوز للولي ان يزوجها بالفقير ولو كان الذي
يزوجها السلطان لم يكن له ان يزوجها الا بكفو في الدين واليسار وفي قط لم يعتبر اليسار واكتفى بالايمان ومع ذلك حكم بانها لو تزوجت بالفقير جاهلة
بحاله كان لها الخيار اذا علمت وفي عدم جعله شرطا ولا اثبت لها الخيار وعلى المختار فهو شرط في وجوب الاجابة عليها او على الولي لا في جوازها لان
الصبر على الفقير ضرر يدفع الوجوب وكذا القول في شرط الايمان عند من لا يعتبره في الجواز والمعتبر في التمكن من النفقة كونه مالكا لها بالفعل او بالقوة القريبة
منه بان يكون قادرا على تحصيلها بتجارة او حرفة ونحوهما ولا يشترط اليسار بالمهر عندنا وانما الخلاف في النفقة خاصة قوله ولو تجدد اه اذا تجدد عجز الزوج
عن النفقة فهل تتسلط الزوجة على الفسخ قولان احدهما وبه قال ابن الجنيد انظار الخيار لرواية ربعي والفضيل بن يسار جميعا عن الص قال ان انفق عليها ما يقيم
ظهرها مع كسوة والا فرق بينهما ولظاهر قوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان والامساك بدون النفقة خلاف المعروف فيتعين الاخر فاذا تعذر صدوره
من الزوج فسخ الحاكم لانه الولي والثاني وهو المشهور بين الاصحاب عدم جواز الفسخ لان النكاح عقد لازم فيستصحب ولقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة
الى ميسرة ولما روي عن امير المؤمنين ان امرأة استعدت على زوجها انه لا ينفق عليها وكان زوجها معسرا فابى امير المؤمنين ان يحبسه وقال ان مع
العسر يسرا ولو كان لها الفسخ لعرفها به ليندفع عنها الضرر الذي استعدت لاجله واجابوا عن حجة الاخرين بان الرواية لم تدل على التسلط على الفسخ بخصوصه
فلعل التفريق بامر آخر وكذا التسريح في الاية مع المعارضة بالرواية الاخرى واعلم ان الفاضل فخر الدين بنى الخلاف على ان اليسار بالنفقة ليس شرطا في
لزوم العقد اذ لو جعلناه شرطا تسلطت بتجدد العجز بغير اشكال وهذا البناء ليس ببعيد الآن عبارات الاصحاب مطلقة بحيث يحتمل كون الخلاف هنا

جاريا

نعم لا يصح نكاح الناصب المعلن بعداوة اهل البيت لارتكابه ما يعلم بطلانه من دين الاسلام وهل يشترط تمكنه من النفقة قيل نعم وقيل لا وهو الاشبه ولو تجدد عجز الزوج عن النفقة هل تتسلط على الفسخ فيه روايتان اشهرهما انه ليس لها ذلك

جاريا على القولين اذ يجتمع على القول بان البعض جزء من الكفاءة ان يختص بالابتداء ولا يلزم مثله في الاستدامة كما في العيب الموجب للخيار ابتداء ولا يثبت
مع تجدده كما سيأتي وعلى كل حال فكلام فخر الدين موجه قوله ويجوز نكاح الحرة اه لما تقرر ان الكفاءة المعتبرة في النكاح هي الاسلام او الايمان ولم يجعل
الحرية وغيرها من صفات الكمال شرطا صح تزويج العبد للحرة والعربية للعجمي والهاشمية لغيره وبالعكس الا في نكاح الحر الامة ففيه ما مر وكذا ارباب الصنائع
الدنية كالكناس والحجام بذوات الدين من العلم والصلاح والبيوتات من التجار وغيرهم لعموم الادلة الدالة على تكافؤ المؤمنين بعضهم لبعض وقد روي ان
النبي ص لما زوج المقداد ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب فتكلمت في ذلك بنو هاشم فقال رسول الله ص اني انما اردت ان تتضع المناكح وزوج النبي ص
ابنته عثمان وزوج ابنته زينب بابي العاص بن الربيع وليسا من بني هاشم وكذلك زوج علي ع ابنته ام كلثوم من عمر وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة
بنت الحسين ع وتزوج مصعب بن الزبير اختها سكينة وكلهم من غير بني هاشم واوضع نسبا وخالف ابن الجنيد منا فاعتبر فيمن يحرم عليه الصدقة ان لا يتزوج
فيهم الا منهم لئلا يستحل بذلك الصدقة من حرمت عليه اذا كان الولد منسوبا الى من تحل له الصدقة واعتبر بعض العامة في الكفاءة زيادة على ما ذكر
الحرية والنسب والحرفة وفرع على النسب ان العجمي ليس كفوا للعربية وغير القرشي ليس كفوا له ولا مطلق القرشي كفوا للهاشمي وعلى الحرفة ان اصحاب
الحرف الدنية ليسوا اكفاء للاشراف ولا لسائر الحرفة والكل ضعيف والاخبار النبوية والافعال تنفيه قوله ولو خطب المؤمن اه انما تجب الاجابة
مع عدم قصد العدول الى الاعلى مع وجوده بالفعل او القوة وانما يكون عاصيا مع الامتناع اذا لم يكن هناك طالب اخر مكافئ وان كان ادون
منه والا جاز العدول اليه وكان وجوب الاجابة تخييريا فلا يكون الولي عاصيا بذلك وانما يتعلق الحكم بالولي على القول بان له الولاية على البكر البالغ
والا فالتكليف يتعلق بها لا بالولي وهل يعتبر في وجوب الاجابة بلوغ المرأة ام يجب على الولي الاجابة لو ذكر وان كانت صغيرة وجهان من اطلاق الامر
وانتفاء الحاجة والاصل في تخصيص الاولياء بالحكم انه المخاطب المانع غالبا وان لم يكن له الولاية شرعا والامر في الاخبار منه متوجه لذلك وفي صحيحة علي بن مهزيار
قال كتب علي بن اسباط الى ابي جعفر ع في امر بناته وانه لا يجد احدا مثله فكتب اليه ابو جعفر ع فهمت ما ذكرت من امر بناتك وانك لا تجد احدا مثلك فلا
تنظر في ذلك رحمك الله فان رسول الله ص قال اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه الا تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير وفي هذا
الخبر دلالة على جميع ما ذكره المص من الاحكام لاقتضاء الامر الوجوب واستلزام مخالفته المعصية وتناوله الاخفض نسبا قوله ولو انتسب الى قبيلة
فتخيرها اذا ظهر خلاف ما اخبر به الشيخ في يه وتابعه مستندا الى صحيحة الحلبي قال في رجل يتزوج المرأة فيقول انا من بني فلان فلا يكون كذلك قال يفسخ النكاح
او قال يرد والرواية موقوفة لا تصلح للحجية على فسخ مثل هذا العقد اللازم المعتضد بقوله تعالى اوفوا بالعقود واصالة بقاء النكاح نعم لو شرط ذلك في متن
العقد توجه التسلط على الفسخ بالاخلال بالشرط وان لم يرد في ذلك رواية عملا بالعموم وفي المختلف وافق الشيخ على الفسخ بدون الشرط بزيادة قيد اخر وهو ظهوره
ادنى مما انتسب اليه بحيث لا يلائم شرف المرأة والاقوى عدم الخيار بدون الشرط في متن العقد وهو فتوى الشيخ في ط والاكثر قوله ويكره ان يزوج الفاسق اه
لا شبهة في كراهة تزويج الفاسق حتى منع منه بعض العلماء لقوله تعالى افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون ومفهوم قوله ص اذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه
الدال على ان من لا ترضون دينه لا تزوجوه والفاسق كذلك وتتأكد الكراهة في شارب الخمر لقوله ص من شرب الخمر بعد ما حرمها الله تعالى فليس باهل ان يزوج اذا خطب
وقوله ص شارب الخمر لا يزوج اذا خطب وقول الص ع من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها قوله وان تزوج اه قد تقدم ما يدل على النهي عن تزويج
المخالف الذي اقل مراتبه الكراهة ان لم يدل على المنع وتقدم تزويج نسوة كثيرة لغير الموافق في الدين وحمله على قوم كرها خلاف الظ وما ورد في بعض
الروايات مما يدل عليه ضعيف السند جدا والله اعلم بما كان من ذلك قوله اذا تزوج اه اختلف الاصحاب فيمن تزوج امرأة ثم ظهر له انها كانت زنت هل له
ان يفسخ نكاحها ام لا وهل يرجع على من دلسها اباها بشيء ام لا فقال ابن بابويه في المقنع يفرق بينهما ولا صداق لها لان الحدث كان من قبلها وروى بحديث عن علي ع
وقال المفيد وابن الجنيد وجماعة ترد المحدودة في الزنا وقال الشيخ في يه لا ترد وكذا التي قد كانت زنت قبل العقد الا ان له ان يرجع على وليها بالمهر وقريب
منه قول ابن ادريس الا انه قيد الرجوع عليه بعلمه بحالها واختار المص والمتأخرون عدم الفسخ وعدم الرجوع للاصل وصحيحة الحلبي عن الص ع قال انما يرد النكاح من
البرص والجذام والجنون والعفل واحتج القائلون بجواز الفسخ باشتماله على العار فكان موجبا للتسلط على الفسخ ويضعف بانه يتسلط عليه بالطلاق
فيندفع به الضرر واحتج القائلون بالرجوع على الولي برواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الص ع قال سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها انها كانت
زنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها وان شاء تركها وهذه الرواية ضعيفة السند في طريقها ابان والقاسم
مطلقين وهما مشتركان بين الثقة والضعيف وقد رواه الكليني بسند صحيح عن معاوية بن وهب عنه ع بلفظه وعلى هذا فشذوذه من حيث العمل بمضمونه لان
القائل به قليل لا في نفسه لانه معتبر الاسناد فلو عمل بمضمونه لم يكن به باس وحمله على ما لو شرط الزوج كونها عفيفة خلاف الظ وكون مقتضى النكاح ان المهر على الزوج
دون الولي لا ينافي ذلك لانه على الزوج وانما يرجع به على الولي لانه غره باخفاء عيب عظيم يوجب تحمل الضرر خصوصا بمهر العفيفة قوله لا يجوز التعريض له
الخطبة بالكسر هي طلب الزوجة من نفسها او وليها وهي قد تكون باللفظ الصريح وقد تكون بالتعريض وسيأتي الفرق بينهما والغرض هنا الحكم بالجواز وعدمه
والضابط في جميع ما ذكر ان التصريح بالخطبة للمعتدة حرام مطلقا الا من الزوج في العدة التي يجوز له نكاحها بعدها بحيث لا يكون محرما عليه والتعريض
جائز من كل من يجوز له تزويجها بعد العدة ومن الزوج وان لم يجز له تزويجها ما لم تكن محرمة عليه مؤبدا وكل من حرمت عليه المرأة مؤبدا يحرم عليه الخطبة
لنفسه تصريحا وتعريضا قوله وصورة التعريض اه اشار بذلك الى الفرق بين التعريض والتصريح فالتصريح مأخوذ من الصراحة وهو الخلوص ومنه الصريح
وهو اللبن الخالص الذي لم يمذق وقولهم صرح فلان بالامر اي كشفه واوضحه والمراد هنا الخطاب بما لا يحتمل الا النكاح مثل اريد ان اتزوجك بعد العدة
ونحو ذلك والتعريض هو الاشارة بلفظ يحتمل الرغبة في النكاح وغيره ولو صرح بالنكاح وابهم الخاطب او بالعكس كان تعريضا لكون الاول

تعريضا

تعريضا بالنسبة الى الخاطب والثاني تعريضا بالنسبة الى النكاح واعلم ان كل موضع يجوز التعريض من الرجل يجوز من المرأة ويحرم منه ما يحرم منها وكذا التصريح
قوله ولو صرح الى اخر كخطب فاجابت اه القول بالتحريم للشيخ للنهي عنه في قوله ص الا لا يخطب احدكم على خطبة اخيه والنهي ظاهر في التحريم ويؤيده النهي لو اريد
بالدخول في سومه ولما في ذلك من ايذاء المؤمن وكسر خاطره واثارة الشحناء والبغضاء بينهما ونسبه المص الى القول مشعرا بعدم اختياره لعدم ثبوت الحديث
عنده ولامكان حمله على الكراهة والمراد باجابتها اظهارها الرضا بقول اجبتك الى ذلك او اذن لوليها او وكيلها في التزويج ان كانت ثيبا او سكتت
اذا استاذنها فيه ان كانت بكرا وجعلنا لها الولاية وفي حكم اجابتها وليها حيث يكون له الولاية واما من لا ولاية له فلا حكم لاجابته ولو اجابت بما يؤذن
بالرضا من غير تصريح به مثل لا رغبة عنك ففي التحريم وجهان وكذا لو لم توجد اجابة ولا رد ووجه التحريم فيهما تناول الخبر لها لتعلق النهي بالخطبة بعد الخطبة
نعم لو صرح بالرد لم يحرم ولم تكره اجماعا والحكم مختص بخطبة المسلم كما يدل عليه قوله ص على خطبة اخيه فلو كان الخاطب في مثل الذمية لم يمنع من خطبة مسلم
لها للاصل اذا تقرر ذلك فلو اقدم ذلك الغير على الخطبة في موضع النهي وعقد صح النكاح اذ لا منافاة بين تحريم الخطبة وصحة العقد كما لو عقد في وقت
تضيق فيه وقت الصلوة خلافا لبعض العامة تمسكا بالنهي الدال على الفساد وهو ممنوع قوله اذا تزوجها المطلقة اه القول ببطلان العقد للاكثر بل ادعى
عليه الشيخ الاجماع لفساد الشرط حيث يكون منافيا لمقتضى العقد اذ مقتضاه بقاء علاقة التزويج الى ان يحصل ما يزيلها من طلاق ونحوه مما عينه الشرع
لرفعه فاذا شرط ارتفاعه لنفسه على نحو معين فقد شرط ما ينافي مقتضاه واذا فسد الشرط تبعه العقد لان التراضي بالعقد انما وقع على هذا الوجه
المخصوص ولم يتم لها فلو لم يبطل النكاح لزم صحته بدون التراضي وهو باطل والقول بصحة العقد دون الشرط لم يظهر قائله وينسب الى الشيخ وقد صرح
بخلافه نعم هو لابن ادريس لانه صرح في غير موضع من النكاح وغيره ان فساد الشرط لا يفسد العقد محتجا عليه بعموم اوفوا بالعقود ولانهما شيئان كل
منهما منفك عن الاخر فلا يلزم من بطلان احدهما بطلان الاخر وجوابه ان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من صحة وبطلان سلمنا ان المراد العمل بمضمونه
لكنه مشروط بوقوعه صحيحا بالتراضي ولم يحصل هنا وانفكاك العقد عن الشرط في نفسه مسلم لكنه في العقد المخصوص مرتبط لان التراضي انما وقع كذلك
والاقوى بطلان العقد ايضا قوله ولو شرط تسلطها اه الكلام في اشتراط الطلاق كالسابق وبطلان الشرط متفق عليه وان كان امره هنا اسهل من حيث ان
الطلاق امر شرعي بخلاف انفساخ العقد وانهائه لنفسه والاقوى بطلانهما كالسابق وعلى القول بصحة العقد يبطل المهر لان الشرط محسوب منه فيصير
المهر مجهولا حيث فات منه ما يجهل نسبته الى المجموع فيبطل ويجب مع الدخول مهر المثل وعلى المختار يجب بالدخول مهر المثل مع جهلهما بالتحريم والا فلا
قوله اما لو لم يصرح اه هذا الحكم موضع وفاق وهو الدليل مضافا الى عموم الامر بالوفاء بالعقود حيث لم يثبت المخصص ونية الطلاق حين
العقد لم يثبت كونها مانعة من الصحة وانما المانع اشتراطه في متن العقد قوله وكل موضع اه لما كان التحليل مشروطا بتزويج المحلل ووطئه لزم تحقق
الحل الاتي بجميع الامرين فاذا حكم بصحة العقد وحصل معه الدخول تحقق الحل لوجود الشرط ومتى انتفى احد الشرطين كالصورتين الماضيتين
لا يحصل الحل لفقد احد الشرطين وهو العقد ومن قال فيهما بصحة العقد وفساد الشرط قال بصحة التحليل على تقدير الدخول ومن ابطل العقد لم
يعتد بالدخول قوله نكاح الشغار بكسر الشين وفتحها والغين المعجمتين نكاح كان في الجاهلية معناه ان يجعل بضع امرأة مهرا الاخرى واصل الشغر
الرفع من شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه للبول ومنه قولهم اشغر وفجر او شغرت الارض لم يبق بها احد يحميها فهي شاغرة سمي به هذا النكاح لما تضمن
من رفع المهر او من خلوه عنه والاصل في تحريمه قبل الاجماع ما روي ان النبي ص نهى عن الشغار والشغار ان يقول زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك
على ان يكون بضع كل واحدة منهما مهر الاخرى اما لو زوج الوليان كل منهما صاحبه وشرطا لكل واحدة مهرا معلوما فانه يصح لوجود المقتضي للصحة
وانتفاء المانع لانه في الباب جعل البضع مهرا وهو منتف هنا قوله ولو زوج احدهما اه اعلم ان نكاح الشغار الباطل يشتمل على ثلثة اشياء شرط عقد
في عقد واشتراك في البضع بجعله صداقا وتعليق عقد على وجه الدور فالمثال الاول جمع الثلثة والثاني خلا من جميعها وهذا الباب يشتمل
على الامر الاول وقد اختلف العلماء في مبطل نكاح الشغار فمنهم من جعل المنع من جهة التعليق ومنه اخذ الشغار لانه من الرفع كانه شرط ان لا يرفع
رجل ابنته حتى يرفع هو رجل الاخرى ومنهم من جعل المنع من جهة تشريك البضع بين كونه مهرا للزوجة المنكوحة وملكا للزوج وهذا هو الاظهر
وعليه يتفرع هذه المسئلة وما بعدها فانه لا تشريك هنا في البضع فيصح النكاح على الثاني ولكن يبطل المهر لانه شرط معه تزويج والشرط من
جملة العوض المقترن معه في سائر المعاوضات وشرط التزويج فيه لاغ بناء على ان العقد اللازم اذا اقترن به شرط صار جائزا الا ان تم او لانه غير
متعلق بالعاقد اذ لا يجب على المرأة الاخرى الوفاء بذلك فيكون الشرط فاسدا لان فواته يوجب الخيار وهو منتف في النكاح فيجب ان يرد الى المسمى
ما نقص منه لاجل الشرط وهو مجهول اضيف الى معلوم فيصير الكل مجهولا فيبطل الصداق للجهالة فيجب مهر المثل لان النكاح لا يفسد بفساد
الصداق هذا خلاصة ما وجهه الشيخ في ط كذلك واختاره والمص نقله ثم تردد فيه ووجه التردد مما ذكره ومن انه شرط سائغ يمكن الوفاء به اذا
كان الزوج كفوا والعاقد وليا وعلى تقدير عدم الولاية لا يجب القطع بفساده مع تعذر الشرط لامكان اجابتها الى ذلك ولا نم ان الشرط في اللازم
يجعله جائزا وقد تقدم وعموم الامر بالوفاء بالعقود والمؤمنون عند شروطهم يشمله ويمكن ان يجعل منشاء التردد من جهة اخرى وهو ان الشرط
المذكور فاسد كما قررناه اولا وقد اشتمل عليه العقد فينبغي ان يفسد العقد بفساده ولا يقتصر على كونه جعل مع المهر فانه كما انضم الى المهر فهو شرط
في اصل العقد والمشهور الصحة وفساد المسمى بل لم ينكر غير المص فيه اشكالا قوله وكذا لو زوجه اه الكلام في هذه المسئلة كالسابقة فان تزويج
فلانة وقع مضافا الى مهر الزوجة فيأتي فيه جميع ما سبق وان لم يسم لها مهرا قوله لو قال زوجتك اه هذا ايضا من فروع ما سبق فانه جعل مهرها
بضعا فيبطل نكاحها ومن جعل لها مهرا معينا غير البضع او فوضت يصح نكاحها لعدم المانع والضابط ان البضع المشترك يبطل نكاحه في البضع

٥٠٠ المنفرد يصحح عملا بقاعدة التسامح قوله يكره العقد على القابلة وبنتها الكراهة ابنة عنها في اخبار حملت على الكراهة جمعا ويدل على اصل الحل الاصل وصحيحة احمد
محمد بن ابي نصر قال قلت للرضا ع يتزوج الرجل المرأة التي قبلته فقال سبحان الله ما حرم الله عليه من ذلك وعلى الكراهة رواية ابرهيم بن عبد الحميد قال
سألت ابا الحسن ع عن القابلة يقبل الرجل ان يتزوجها فقال ان كانت قبلته المرة والمرتين والثلث فلا باس وان كانت قبلته وربته وكفلته فاني انهى
نفسي عنها وولدي وفي خبر اخر وصديقي وقال الصدوق في المقنع لا تحل القابلة للمولود ولا ابنتها وهي كبعض امهاته اسنادا الى رواية ابي بصير عن ابي عبد الله ع
لا يتزوج المرأة التي قبلته ولا ابنتها ورواية عمرو بن شمر عن جابر قال سألت ابا جعفر ع عن القابلة ايحل للمولود ان ينكحها قال لا ولا ابنتها وهي بعض امهاته
وجوابه مع ضعف سنده حملها على الكراهة جمعا هذا اذا قبلت وربت فلو قبلت ومرتب لم يكره كما ورد في بعض الاخبار قوله وان يزوج ابنه بنتا اذا ولدت
بعد مفارقته ولا باس بمن ولدتها قبل نكاح الاب يدل على الكراهة رواية اسمعيل بن همام عن ابي الحسن ع قال قال محمد بن علي ع في الرجل يتزوج المرأة ويزوج ابنتها
ابنه فيفارقها ويتزوج بها اخر بعده فتلد منه بنتا فيكره ان يتزوجها احد من ولده لانها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزلة الاب وكان قبل ذلك ابا لها ويدل
على اصل الجواز صحيحة العيص بن القاسم عن ابي عبد الله ع قال سألته عن الرجل يطلق امرأته ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للاخر هل يحل ولدها من الاخر
لولد الاول من غيرها قال نعم قال وسألته عن رجل اعتق سرية له ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للاخر هل يحل ولدها لولده الذي اعتقها قال نعم وقد
ورد ما يؤذن بالنهي عن ذلك في اخبار اخر محمولة على الكراهة جمعا ولو عبر المص بالمنكوحة بدل الزوجة ليشمل الامة وابدل الابن والبنت بالولد ليشمل
الذكر والانثى كما ورد في هذا الخبر كان اجود قوله وان يتزوج اه لا وجه للتقييد بقبلية الاب بل لو كانت ضرة لها بعد ابيه كره ذلك والمستند رواية زرارة
قال سمعت ابا جعفر ع يقول ما احب للرجل المسلم ان يتزوج ضرة كانت لامه مع غير ابيه وهذه شاملة لما ذكرناه فلو عبر المص بها كان اجود قوله وبالزانية اه
هذا هو المشهور بين الاصحاب ومستندهم على عدم التحريم الاصل وانه لو منع ابتداء لمنع في الدوام والتالي باطل لما تقدم من ان الزوجة لا تحرم بالاصرار
على الزنا ووجه الملازمة اشتراكهما في المقتضي وهو خوف اختلاط الانساب وعلى الكراهة صحيحة ابي الصباح الكناني وغيره قال سألت ابا عبد الله ع
عن قول الله تعالى الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة فقال كن نسوة مشهورات بالزنا ورجال مشهورون بالزنا قد عرفوا بذلك والناس اليوم بتلك المنزلة
فمن اقيم عليه حد الزنا او شهر به لم ينبغ لاحد ان يناكحه حتى يعرف منه التوبة ولا ينبغي ظاهر في الكراهة وخالف في ذلك ابو الصلاح فحرم تزويج الزانية
قبل التوبة عملا بظاهر الاية وبقوله وحرم ذلك على المؤمنين وجوابه بالحمل على شدة الكراهة لدلالة الخبر الصحيح وغيره عليه وقد قيل ان الاية منسوخة
بقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وما ذكر في الاخبار اجود واولى من النسخ قوله القسم الثاني في النكاح المنقطع اه اتفق المسلمون على ان هذا النكاح كان مباحا
في صدر الاسلام وفعله الصحابة في زمن النبي ص وفي زمن ابي بكر وبرهة من ولاية عمر ثم نهى عنه وادعى انه منسوخ وخالفه جماعة من الصحابة ووافقه قوم و
سكت اخرون واطبق اهل البيت ع على بقاء مشروعيته واخبارهم فيه بالغة حد التواتر لا يختلف فيه مع كثرة اختلافها في غيره سيما فيما خالف فيه الجمهور
والقران ناطق بشرعيته وقد اضطربت رواياتهم في نسخه فروى البخاري ومسلم في صحيحيهما عن ابن مسعود قال كنا نغزو مع النبي ص ليس معنا نساء فقلنا الا
نستخصي فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا بعد ان ننكح المرأة بالثوب الى اجل ثم قرا يا ايها الذين امنوا لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم وروى الترمذي عن ابن
عباس قال انما كانت المتعة في اول الاسلام كان الرجل يقدم البلد ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى انه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيئه
حتى نزلت هذه الاية الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ورووا في الصحيحين عن علي ع ان رسول الله ص نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الاهلية زمن
خيبر ورووا عن سلمة بن الاكوع قال رخص لنا رسول الله ص في متعة النساء عام اوطاس ثلثة ايام ثم نهى عنها رواه مسلم ورواه ابو داود واحمد عنه ان
رسول الله ص في حجة الوداع نهى عنها فتامل هذا الاختلاف العظيم في رواية نسخها وان النهي عنها في خيبر والاذن فيها في اوطاس ثم النهي عنها بعد
ثلثة ايام مع الحكم بانها كانت سائغة في اول الاسلام الى اخر ذلك الحديث المقتضي لطول مدة شرعيتها ثم الاذن فيها في فتح مكة وهي متاخرة عن
الجميع فيلزم على هذا ان تكون شرعت مرارا ونسخت كذلك ثم لو كان نسخها حقا لما اشتبه ذلك على الصحابة في زمن خلافة ابي بكر وصدر من خلافة عمر ثم
شاع النهي عنها وما احسن ما وجد في بعض كتب الجمهور ان رجلا كان يفعلها فقيل له عمن اخذت حلها فقال عن عمر فقالوا له وكيف ذلك وعمر هو الذي
نهى عنها وعاقب على فعلها فقال لقوله متعتان كانتا على عهد رسول الله ص حلالا وانا احرمهما واعاقب عليهما متعة الحج ومتعة النساء فانا اقبل روايته
في شرعيتها على عهد رسول الله ص ولا اقبل نهيه من قبل نفسه قوله والفاظ الايجاب اه لما كان هذا العقد من العقود اللازمة اعتبر فيه الفاظ صريحة
دالة على المقصود واقعة بالعربية الى ما ذكر في العقد الدائم وقد اتفقوا على الاكتفاء هنا باحد الالفاظ الثلثة وان اختلفوا في بعضها في الدائم ولا
يجوز بلفظ التمليك والاجارة والهبة كنايات بعيدة عن حقيقة عقد النكاح فلا يقع بها عندنا وقد تقدم الكلام في ذلك وخالف في ذلك جماعة
من الاصحاب فجوز ابو الصلاح وابن البراج في الايجاب ان يقع من الرجل بقوله متعيني نفسك بكذا الخ فتقول المرأة قبلت او رضيت والمرتضى جعل
تحليل الامة عقد متعة فيكون منعقدا بلفظ الاباحة والاقتصار على ما ذكره المص طريق اليقين قوله ولو بدا بالقبول اه والمراد بالبداءة بالقبول ان
يبتدئ الرجل بالصيغة بلفظ تزوجت وانكحت وشبهه لا بلفظ قبلت فان ذلك غير مجز اتفاقا ولا بد من ذكر جميع ما يعتبر في العقد من المتقدم سواء كان
هو الرجل او المرأة ومن هذا يظهر ان ذلك بمنزلة الايجاب واطلاق القبول عليه لا يخ من تكلف وبه يظهر ضعف قول المانع من تقديمه قوله ولا بد من
الاتيان بها اه المشهور بين الاصحاب سيما المتاخرين منهم اعتبار اللفظ الماضي في عقد النكاح مط لانه صريح في الانشاء بخلاف المستقبل المحتمل
للوعد وقد تقدم الكلام فيه وخالف جماعة منهم هنا فاكتفوا فيها بصيغة المستقبل استنادا الى روايات كثيرة منها رواية ابان بن تغلب قال
قلت لابي عبد الله ع كيف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا موروثة كذا وكذا يوما

بكذا وكذا

٥٠١ بكذا وكذا درهما وتسمي من الاجر ما تراضيتما عليه قليلا كان او كثيرا فاذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك وانت اولى الناس بها والاخبار مع كثرتها
في سندها ضعف فالوقوف على موضع الوفاق اجود قوله فيشترط ان تكون اه قد تقدم البحث في ذلك وان الروايات الدالة على جواز نكاح المجوسية مط
ضعيفة فالقول بعدم الجواز اجود كما ان القول بجوازه بالكتابية قوي قوله ويمنعها من شرب الخمر اه ينبغي ان يكون ذلك على وجه الاستحباب ان لم يشرب
الخمر الى حد الاسكار وتناول المحرمات الى حد الاستقذار وبدون ذلك يشكل جواز المنع حيث هو مباح في دينها ولا تظاهر به وانما يشترط اسلام
المرأة او كونها كتابية او مجوسية على تقدير كون الزوج مسلما فلو كان من احد الفرق الثلث جاز بغير اشكال وينبه على ان المراد ذلك جعله الحجة
على اشهر الروايتين وكذا لا يمنع الوثني وشبهه من التمتع بمثله من الكافرات مط قوله اما المسلمة بناء على ما اختاره من جواز تزويج المسلمة مط بالمسلم مط
وعلى المشهور من عدم جواز تزويج المؤمنة بالمخالف لا يجوز هنا ايضا قوله ولا يجوز بالوثنية انما يمنع التزويج بالوثنية للمسلم خاصة كامر لا مط وكذا بالناصبية
ولا يشترط في المنع من الناصبية الاعلان بالعداوة بل متى عرف منها ذلك لم يجز وقد تقدم التنبيه عليه وجعله الخوارج من امثلة النواصب اولى
من عطفهم عليهم في اكثر العبارات المؤذن بالمغايرة فان النواصب اعم من الخوارج مط لما علم من ان النواصب هم المبغضون لاحد من اهل البيت ع و
الخوارج يبغضون عليا ع فهم من جملة افرادهم بل من اكبرهم ووجه المنع من نكاحهم ظ لكفرهم المانع من التناكح بينهم وبين المسلمين اذ قد علم من الدين ضرورة
كمال اهل البيت ع وشرفهم وجعل مودتهم اجر الرسالة قوله ولا يستمتع امرأة اه الوجه في ذلك كله ما تقدم من النهي عنه في النكاح المتناول للاقسام
كلها وخروج بعض الاحكام من هذا النكاح بدليل خارج كالارث والنفقة والقسمة لا يوجب خروج غيره حيث يشمله اطلاق الادلة وعمومها ولا فرق
بين كون الحرة والامة والخالة بعقد الدوام والمتعة كما ان الداخلة كذلك والكلام في بطلان العقد او وقوفه ما تقدم والمختار واحد وقد اقتصر المص
على بعض ما يعتبر في عقد الدوام وذكر بعض المحرمات دون ان يستوفي الاقسام من المحرمات جمعا وعينا اكتفاء بما تقدم قوله ويستحب اه ما سبق حكم
الامور المعتبرة في صحتها وهذه امور معتبرة في كمالها وقد ذكر منها ثلثة الاول كونها مؤمنة ويدل عليه قول الرضا ع المؤمنة احب الي وقول
الصادق ع لما سأله محمد بن العيص عن المتعة فقال نعم اذا كانت عارفة قلنا فان لم تكن عارفة قال فاعرض عليها وقل لها فان قبلت فتزوجها وان ابت
ان ترضى بقولك فدعها وقد روي في خبر مرسل عن ابي عبد الله ع انه قال لا تمتع بالمؤمنة فتذلها وحملها الشيخ على ما اذا كانت المرأة من اهل بيت شرف
فانه يكره لما يلحق اهلها من العار ويلحقها من الذل مع قصوره عن معارضة السابق الثاني كونها عفيفة غير زانية روى اسحق بن عمار عن ابي سارة قال
سألنا ابا عبد الله ع عنها فقال لي حلال ولا تزوج الا عفيفة ان الله تعالى يقول والذين هم لفروجهم حافظون فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك
الثالث ان يسألها عن حالها مع التهمة بان لها زوجا او معتدة لرواية ابي مريم عن الباقر ع انه سئل عن المتعة فقال ان المتعة اليوم ليس كما كانت قبل اليوم
كن يومئذ يؤمن واليوم لا يؤمن فسئلوا عنهن وهذه تقتضي الامر بالسؤال عن حالها ولو لغيرها وهو اجود من تعبير المص بسؤالها وليس السؤال شرطا في
الصحة للاصل وحمل تصرف المسلم على الصحيح وقد روى احمد بن ابي نصر وغيره قال قلت للرضا ع الرجل يتمتع بالمرأة فيقع في قلبه ان لها زوجا قال
ما عليه ارايت لو سألها البينة كان يجد من يشهد ان ليس لها زوج قوله ويكره ان تكون اه قد تقدم ما يدل على اصل الجواز وعلى الكراهة ويزيد
هنا ما تقدم من النهي عن غير العفيفة وفي رواية محمد بن العيص السابقة واياكم والكواشف والدواعي والبغايا وذوات الازواج قلت ما الكواشف
قال اللواتي يكاشفن وبيوتهن معلومة ويؤتين قلت فالدواعي قال اللواتي يدعون الى انفسهن وقد عرفن بالفساد قلت والبغايا قال المعروفات
بالزنا قلت فذوات الازواج قال المطلقات على غير السنة وعلى اصل الجواز مضافا الى ما سبق رواية علي بن يقطين قال قلت لابي الحسن ع نساء اهل
المدينة قال فواسق قلت فاتزوج منهن قال نعم واما منعها من الفجور فهو واجب من باب الحسبة وليس شرطا في صحة النكاح للاصل والاخبار ومنع ابو الصلاح
من التمتع بها مط وابن البراج اذا لم يمنعها من الفجور لقوله تعالى الزانية لا ينكحها الا زان وللنهي السابق في الخبر وروى محمد بن الفضيل قال سألت ابا الحسن ع
عن المرأة الحسناء الفاجرة هل يجوز للرجل ان يتمتع منها يوما او اكثر فقال اذا كانت مشهورة بالزنا فلا يتمتع بها ولا ينكحها ولانه لا يؤمن من اختلاط
الانساب وقد تقدم الجواب عن ذلك وان الجمع بين الادلة يوجب حمل ذلك على الكراهة قوله ويكره ان يتمتع ببكر اه يدل على جوازه ما تقدم من رفع
الولاية عنها ببلوغها ورشدها وان كانت بكرا وعلى الكراهة صحيحة ابن ابي عمير عن حفص بن البختري عن ابي عبد الله ع في الرجل يتزوج البكر متعة
قال يكره للعيب على اهلها وهو يشمل من لها اب ومن دون اذنه ومن ليس لها اب وكلاهما مكروه بل الروايات في من لها اب بدون اذنه اكثر فلو عمم المص
كان اولى ويدل على كراهة الافتضاض ايض رواية ابي سعيد القماط عمن رواه قال قلت لابي عبد الله ع جارية بكر بين ابويها تدعوني الى نفسها سرا
من ابويها فافعل ذلك قال نعم واتق موضع الفرج قال قلت فان رضيت قال وان رضيت فانه عار على الابكار وفي الصحيح عن زياد بن ابي
الحلال قال سمعت ابا عبد الله ع يقول لا باس ان يتمتع بالبكر ما لم يفض اليها كراهية العيب على اهلها واما عدم تحريمه فيظهر من الكراهة ومن
انها مالكة امرها ومتى صح النكاح يترتب عليه احكامه ومنع جماعة من الاصحاب من التمتع بالبكر مط الا باذن ابيها والجد هنا كالاب قوله اذا اسلم
المشرك اه لما كان عقد المتعة صحيحا عندنا فاذا اسلم المشرك على منكوحته بهذا العقد يجوز استدامة نكاحها كالكتابية اقر عليه كما يقر على الدائم وكذا
لو كن اكثر من واحدة لما سلف من انه لا ينحصر شرعا في عدد ولو انعكس الفرض بان اسلمت هي دونه توقف فسخ النكاح على العدة لان نكاح المسلمة
لا يصح لكافر مط فان انقضت العدة او المدة التي جعلاها اجلا للمتعة ولم يسلم تبين انفساخ النكاح من حين الاسلام اما مع انقضاء العدة
فلانفساخ النكاح واما مع انتهاء المدة فلانقضائه وتبين البينونة وان اسلم في العدة وقد بقي من المدة شيء فهو املك بها ما دامت
المدة باقية وعلى التقديرين يثبت المسمى لاستقراره بالدخول لانه المفروض ولو كان الاسلام قبل الدخول فان كان منه فالحكم بحاله وان

٥٠٢ كان بها انفسخ النكاح ولا مهر كاملا لان الفسخ من قبلها قوله لو كانت غير كتابية آه لما لم يجز نكاح غير الكتابية للمسلم دواما ومتعة ابتداء واستدامة وامتنع نكاح الكافر ولو كان كتابيا للمسلمة ابتداء واستدامة وجب فيما اذا كانت الزوجة غير كتابية اعم من ان تكون وثنية او غيرها من فرق الكفر الحكم بانفساخ النكاح ان كان قبل الدخول مطلقا وتوقفه على انقضاء العدة والمدة ان كان بعده فايهما خرج حكم بانفساخ النكاح او انتهائه وثبت المهر المسمى مع الدخول وبدونه ان كان المسلم الزوج كاملا قوله لو اسلم آه اما ثبوت عقد الحرة فلوجود المقتضي له لان نكاح الكفر صحيح يقرون عليه واما توقف عقد الامة على رضا الحرة فلان الجمع بينها وبين الحرة موقوف على رضا الحرة فاذا لم ترض انفسخ نكاح الامة ويبقى الكلام في بناء صحة عقد الامة على القول بجواز نكاحها بدون الشرطين او على ان المانع منه ابتداء عقدها لا استدامته مما مر في اسلامه عنهما في الدائم وقد تقدم قوله واما المهر آه الاصل في اشتراط المهر في عقد المتعة دون الدائم مع النصوص الدالة عليه ان الغرض الاصلي منه الاستمتاع واعفاف النفس فاشتد شبهه بعقود المعاوضات التي تشترط فيها ذكر العوض من الجانبين بخلاف الدائم فان الغرض الاصلي منه بقاء النسل وغيره من الاغراض المترتبة عليه التي لا يقصد من المتعة فلذا لم يشترط فيه ذكر المهر وقد نبه عليه الباقر في خبر محمد بن مسلم انما هي مستاجرة وقول الصادق فانهن مستاجرات وروى زرارة في الصحيح عن ابي عبد الله قال لا تكون متعة الا بامرين باجل مسمى واجر مسمى قوله ويشترط فيه آه اشتملت العبارة على ثلثة احكام احدها كون المهر مملوكا فلا يصح العقد على ما لا يملك مطلقا كالخنزير والخمر غير المحترمة ولا على غير المملوك للعاقد فلو عقد على مال الغير لم يصح لامتناع ان يملك البضع بمال غيره وان رضي المالك بعد ذلك بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات فان الاجازة تؤثر في نقله الى ملك المالك وهنا لا يتصور ذلك وثانيها العلم بقدره اما بالكيل ان كان مكيلا او بالوزن ان كان موزونا او بالعد ان كان معدودا او بالمشاهدة وان كان من احد الثلثة كصبرة الحنطة لاندفاع الغرر المطلوب دفعه في هذه المعاوضة وان لم يندفع في غيرها لانها ليست معاوضة محضة بحيث تبنى على المغابنة والمكايسة بل يعتبر دفع الغرر في الجملة لان الركن الاظهر فيها الاستمتاع ولواحقه ومن ثم اطلق عليه اسم الصدقة والنحلة هذا اذا كان العوض حاضرا ولو كان غائبا اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة ويبطل العقد بدونه وثالثها انه لا تقدير له في جانب القلة ولا الكثرة فيجوز على كل ما يعد ما لا عادة كما يجوز جعله عوضا في البيع والاجارة ولا يجوز على ما لا يتمول عادة كحبة الحنطة واشار المص بالكف من البر الى ما رواه ابو سعيد الاحول عن الصادق وقد سئل عن ادنى ما يتزوج به المتعة قال كف من بر وهو مبالغة في القلة عرفا لا لانحصار القلة فلو اعتبد اقل منه متمولا كفى وانما جرى على الغالب والتقريب كقوله تصدقوا ولو بتمرة وفي حديث اخر ولو بشق تمرة ويدل على اجزاء مطلق المتمول رواية محمد بن مسلم قال سئلت ابا عبد الله كم المهر يعني في المتعة قال ما تراضيا عليه الى ما شاء من الاجل وقال ابن بابويه لا يجزي اقل من درهم فما فوقه لصحيحة ابي بصير عن الباقر عن متعة النساء قال حلال وانه يجزي الدرهم فما فوقه ولا دلالة فيها على عدم اجزاء ما دون الدرهم الا بالمفهوم الضعيف فيرجح فيما دونه الى الادلة العامة قوله ويلزم آه الاولى جعل الباء في قوله بالعقد سببية بمعنى كون العقد سببا في وجوب دفعه وذلك لا ينافي اشتراط الوجوب بامر اخر لان المسبب قد يتخلف عن سببه لفقد شرط وانما اعتبرنا ذلك لان المهر احد العوضين الذي لا يجب تسليمه على احدهما قبل ان يتسلم العوض الاخر بل اما ان يلزم بدفعه قبل تسليمها نفسها بحيث او بقبضا بضما معا كما هو الواجب في غيره وسيأتي تحقيقه انشاء الله في باب المهر وعلى التقديرين لا يلزم دفعه مصاحبا للعقد مطلقا بل مع تسليمها نفسها ويحتمل جعل الباء للمصاحبة ويراد منه وجوب دفعه اليها بمجرد العقد وهو الذي اختاره جماعة من الاصحاب ولكن دليله غير واضح ويدل على عدم وجوب المبادرة بدفعه بالعقد صحيحة عمر بن حنظلة قال قلت لابي عبد الله اتزوج المرأة شهرا او شهرين فتريد مني المهر كملا واتخوف ان تخلفني فقال يجوز ان تحبس ما قدرت عليه فان هي اخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك فيه وعلى تقدير وجوب دفعه على اي وجه كان لا يستقر ملكها له بالقبض بل بمضي المدة ممكنة كما سيأتي قوله ولو وهبها المدة آه تصح هبة المدة جميعها او بعضها قبل الدخول وبعده فيكون ذلك ابراء لانه اسقاط لما في الذمة فلا يعتبر فيه القبول على الخلاف في الابراء وفيه تنبيه على تادي الابراء بلفظ الهبة لدلالتها على المقصود منه وقد يشك في جوازه من حيث تجدده شيئا فشيئا والثابت في الذمة حال البراءة ليس هو الحق المتجدد ثم الهبة اما ان تكون قبل الدخول او بعده فان كان قبل الدخول وجب لها نصف المهر ويسقط النصف الاخر كالطلاق في الزوجة الدائمة قبل الدخول هذا هو المشهور بين الاصحاب وبما ادعى عليه اجماعهم وقد تقدم مرارا ما يقدح في هذا الحكم ان لم يكن اجماع واستشهدوا لذلك بمقطوعة سماعة قال سئلته عن رجل تزوج جارية او تمتع بها ثم جعلته في حل وقد قبضته منه فان خلاها قبل ان يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق ولو دخل ثم وهبها باقي المدة او بعضها صح ولا يسقط من المهر شيء لاقتضاء العقد وجوب جميعه وسقوط شيء منه يحتاج الى دليل ومن ثم وقع النظر في هبتها قبل الدخول من فقد الدلالة على المسقط واما بعد الدخول فلا دليل على سقوط شيء منه وان اقتضى توزيعه على المدة في بعض الصور لدليل فانه لا يجب تعديه واعلم ان الظاهر من هبة المدة قبل الدخول هبة جميع ما بقي منها عند الهبة وذلك هو المقتضي لسقوط نصف المهر اذا وقع قبل الدخول وهل المقتضي له مجموع الامرين او حصول الفرقة قبل الدخول وجهان من ظهور اعتبار الدخول وعدمه في ذلك كالطلاق ومن الوقوف على موضع اليقين فيما خالف الاصل وتظهر الفائدة فيما لو وهبها بعض المدة كنصفها مثلا وقد بقي منها بغير هبة فعلى الاول يثبت لها المجموع وعلى الثاني النصف لاطلاق الرواية فيدل على الثاني لو كانت معتبرة في الدلالة قوله ولو دخل استقر آه مستند هذا الحكم اخبار كثيرة منها صحيحة عمر بن حنظلة السابقة وفي خبر اخر عنه صحيح السند في الكافي دون التهذيب فيحبس منها بقدر ما تخلفك ان كان نصف شهر فالنصف وان كان ثلثا فالثلث وفي حديث اخر عن اسحق بن عمار مثله واستثنى منه ايام الطمث فانها لها ولا يكون عليها الا ما حل له من فرجها وفي استثناء غير ايام الحيض من الاعذار كالمرض والحبس وجهان من المشاركة في المعنى وكون ذلك على خلاف الاصل فيقتصر فيه على مورده اما الموت فلا يسقط بسببه شيء كالدائم قوله ولو تبين فساد العقد آه اذا تبين فساد عقد المتعة بوجه من وجوه الفساد فان كان قبل الدخول فلا شيء لها اتفاقا فان

الثاني لو كانت غير كتابية انفسخ العقد قبل الدخول فاسلم احدهما بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة او الاجل ويتبين منه بانقضاء احدهما الامة انفسخ النكاح قبل الدخول وخروج المدة فانهما اسلم وعنده حرة او الثالث عقد الحرة واما المهر فهو شرط في عقد الامة على رضا الحرة ويشترط فيه ان يكون مملوكا معلوما اما بالكيل او الوزن او المشاهدة او الوصف ويتقدر بالمراضاة قل او كثر ولو كان كفا من بر ويلزم دفعه بالعقد ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه نصفه ولو دخل استقر المهر بشرط الوفاء بالمدة ولو اخلت ببعضها كان له ان يضع من المهر بنسبتها ولو تبين فساد العقد او كانت ان ظهر لها زوج او كانت اخت زوجته او امها او ما شاكل ذلك من موجبات الفسخ ولم يكن دخل بها فلا مهر لها ولو قبضته كان له استعادته ولو تبين ذلك بعد الدخول كان لها ما اخذت وليس عليه تسليم ما بقي ولو قيل لها المهر ان كانت جاهلة ويستعاد ما اخذت ان كانت عالمة كان حسنا متن

٥٠٣ فان كانت اخذت المهر او بعضه استعاده منها وان كان بعد الدخول فللاصحاب فيه اقوال احدها قول الشيخ في النهاية ان لها ما اخذت ولا يلزمه ان يعطيها ما بقي ولم يفرق بين ما لو كانت عالمة او جاهلة بل الظاهر ان تكون عالمة لان الزوج مما لا يخفى عليها غالبا ومستنده حسنة ابن ابي عمير عن حفص بن البختري عن ابي عبد الله قال اذا بقي عليه شيء من المهر وعلم ان لها زوجا فما اخذته فهو لها بما استحل من فرجها ويحبس عنها ما بقي عنده وهذه الرواية ايضا شاملة لما اذا كانت عالمة بالحال او جاهلة وهو تفسير للمذهب الذي اشار اليه المص اولا ولا ينافيه اطلاق التمثيل المؤذن بالجهل فيه لان تنبيه يفيد الزوج بذلك كما هو الظاهر ومن ثم حمل الشيخ تخصيص الحكم بالجاهلة فقد خصص قوله بغير مراده وان كان مناسبا للاصل واطلاق الرواية يشمل ما اذا كان المدفوع اليها قليلا او كثيرا او ما لو كان بقدر ما مضى من المدة او اقل او اكثر ومورده ادفع شيء وبقاء شيء فلو لم يكن دفع اليها شيئا او دفع الجميع فلا دلالة على حكمه فيرجع فيه الى الاصول المقررة في نظائره ومقتضاها عدم استحقاق شيء مع علمها لكن يشكل باستحقاقها مع قبض البعض وان كان اكثر المهر وعدم استحقاقها شيئا مع عدمه او مع قبض الجميع وفيها اشكال اخر وهو ان استحقاقها شيئا بسبب تحلل فرجها كما تضمنته الرواية وذلك لا يتقدر بما دفع لشموله القليل والكثير وثانيها انها ان كانت عالمة فلا شيء لها مطلقا لانها بغي وان كانت جاهلة فلها مجموع المسمى فان كانت قبضته والا اكمل لها وهو الذي اختاره المص هنا وجماعة وعليه حمل اطلاق الرواية وحمل قوله فيها ويحبس عنها ما بقي عنده على ما اذا كان قد بقي عليها من الايام بقدر ذلك ويشكل ذلك بان العقد فاسد في نفس الامر فكيف يترتب عليه حكم الصحيح الذي من جملته توزيع المهر على اجزاء المدة بل ينبغي ايجاب الجميع مع الجهل ان جعل عوض وطي الشبهة الصادر بالعقد هو المسمى فيه مع انه اختار ذلك في اول كلامه وجعله التحقيق ويمكن توجيه كلامه بان التراضي انما وقع منهما على المهر المعين موزعا على المدة لانه لازم عقد المتعة فاذا تبين فساده يلزم مقتضاه كما لزم المسمى مع الجهل في الدائم مطلقا وفيه ايضا الاشكال الوارد على لزوم المسمى في وطي الشبهة مطلقا لان مجرد التراضي لا يقتضي وجوب المسمى بل العقد الصحيح وثالثها وجوب مهر المثل مع جهلها مطلقا ولا شيء مع علمها مطلقا لان ذلك هو عوض البضع في وطي الشبهة والواقع هنا كذلك وهذا هو الذي اختاره المص في النافع وهو الاقوى ويعتبر فيه مهر مثلها بحسب حالها لتلك المدة التي سلمت نفسها فيها متعة ويمكن تنزيل الرواية عليه بحمل المقبوض بقدر مهر المثل مع جهلها بالفساد وقيل المعتبر مهر المثل للنكاح الدائم لان ذلك هو قيمة البضع عند وطي الشبهة من غير اعتبار العقد المخصوص او غيره ولدن سعيد ورد بما قيل بان الواجب هنا اقل الامرين من المسمى ومهر المثل لانه مهر المثل ان كان اقل فهو عوض البضع وحيث تبين بطلان العقد وان كان المسمى هو الاقل فقد رضيت الى ان لا تستحق غيره وعلى هذا لو كان في اثناء المدة فالمعتبر الاقل من قسطها من المسمى ومهر المثل باحد الاعتبارين ولا بأس بهذا القول لو قال به احد يعتد به من الفقهاء بحيث لا يخرق الاجماع ان اعتبر في الاقوال الحادثة مثل هذا كما هو المشهور قوله واما الاجل آه لا خلاف في ان ذكر الاجل شرط في صحة نكاح المتعة وهو المائز بينها وبين الدائم وقد دل عليه صحيحة زرارة عن ابي عبد الله قال لا تكون متعة الا بامرين باجل مسمى واجر مسمى ولو قصد المتعة واخل بذكر الاجل فالمشهور بين الاصحاب انه ينعقد دائما وهو الذي اختاره المص لان لفظ الايجاب صالح لكل منهما وانما يتمحض للمتعة بذكر الاجل وللدوام بعدمه فاذا انتفى الاول ثبت الثاني ولان الاصل في العقد الصحة والفساد على خلاف الاصل ولموثقة عبد الله بن بكير عن الصادق قال ان سمي الاجل فهو متعة وان لم يسم الاجل فهو نكاح ثابت وفيه نظر لان المقصود انما هو المتعة اذ هو الغرض والاجل شرط فيها وفوات الشرط يستلزم فوات المشروط وصلاحية العبارة غير كافية مع كون المقصود خلاف ما يصلح له اللفظ والمعتبر اتفاق اللفظ والقصد على معنى واحد وهو غير حاصل هنا لان المقصود هو المتعة والمطابق للفظ هو الدائم وذلك يقتضي البطلان لفوات شرط المقصود وقصد الملفوظ والاصل انما يكون حجة مع عدم الناقل وهو موجود والخبر مع قطع النظر عن سنده ليس فيه دلالة على ان من قصد المتعة ولم يذكر الاجل يكون دائما بل انما دل على ان الدوام لا يذكر فيه الاجل وهو كذلك لكنه غير المدعى فالقول بالبطلان مطلقا اقوى وهو قول الثاني في المسئلة وفصل ابن ادريس ثالثا فقال ان كان الايجاب بلفظ التزويج او النكاح انقلب دائما وان كان بلفظ التمتع بطل العقد لان اللفظين الاولين صالحان لهما بخلاف الثالث فانه يختص بالمتعة فاذا فات شرطها بطلت وفيه ان بطلان عقد المتعة كما حصل لفوات شرطه وهو الاجل فكذلك الدوام بطل لفوات شرطه وهو القصد اليه فانه الركن الاعظم في صحة العقود وفصل رابع بان الاخلال بالاجل ان وقع على وجه النسيان او الجهل بطل وان وقع عمدا انقلب دائما وقد ظهر ضعفه مما تقدم فانه مع التعمد وقصد المتعة يكون قد اخل بركن من اركان عقدها عمدا او لم يقصد غيرها وبالجملة فالاصل في القول بالصحة والانقلاب دائما هو الرواية السابقة على اي وجه اعتبر وقد عرفت قصورها عن تاسيس مثل هذا الحكم المخالف للاصل متنا وسندا قوله ويعتبر في الاجل ان يكون معلوما آه لا شبهة في اعتبار ضبط الاجل على وجه يكون محروسا من احتمال الزيادة والنقصان كقدوم المسافر وادراك الثمرة كغيره من الاجال ولا يتقدر في جانب الكثرة بقدر بل بما تراضيا عليه فلو جعلاه الى وقت طويل بحيث يعلم عادة عدم بقائهما اليه صح للعموم وعدم المانع لان الموت قبله غير قادح في صحته شرعا واما في جانب القلة فيظهر من ابن حمزة تقديره بما بين طلوع الشمس الى نصف النهار وهو غير لازم ولا دليل على اعتبار ذلك ولعله اراد التمثيل لا الحصر فلو جعلاه اقل من ذلك جاز ولا يشترط ان يكون بقدر يمكن فيه الجماع لانه غير معتبر فيه وانما هو بعض ما يترتب عليه فلو جعلاه لحظة واحدة منضبطة صح ويترتب عليه حكم العقد من اباحة النظر وتحريم المصاهرة كالام ونحو ذلك مما يترتب على صحة العقد وان كان المقصود ذلك لانه احد الاغراض المقصودة من النكاح للعقلاء اذ لا يعتبر في العقد قصد ترتيب جميع الاثار فيه ولا اهمها في صحته ولا فرق في ذلك بين كون الزوجة في محل الاستمتاع وعدمه قوله ولو اقتصر على بعض يوم آه حيث لا تقدير للمدة في جانب النقصان يجوز جعلها بعض يوم وان قل كما قررناه بشرط ان يكون ذلك البعض مضبوطا اما بغاية معروفة كالزوال او بمقدار معين كنصف يوم وثلثه فان اتفق معرفتهما بذلك عملا بما يعلمانه والا رجعا فيه الى اهل الخبرة به ويشترط في المخبر العدالة وفي

واما الاجل فهو شرط في عقد المتعة ولو لم يذكره انعقد دائما ويعتبر في الاجل ان يكون مضبوطا كالسنة والشهر واليوم ولا بد ان يكون معينا محروسا من الزيادة والنقصان ولو اقتصر على بعض يوم جاز بشرط ان يقرنه بغاية معلومة كالزوال والغروب متن

٥٠٤ اشتراط العلم وجه كالشهادة ويمكن جعله من باب الخبر فان اشتبه الحال لم يجب طريق الاحتياط وفي تعيينه نظر من اصالة عدم انقضاء المدة الى ان يعلم
ولا يشترط ذكر وقت الابتداء ولا العلم به حيث يجعلاه الى الزوال مثلا او الى آخر النهار ونحو ذلك بل يكون اول وقت العقد كيفما اتفق ويغتفر الجهل
بمقدار ما بقي من النهار او من الاجل كما يغتفر اعتبار زيادة النهار ونقصانا ونقصان الشهر حيث يجعلانه شهرا فصاعدا او لو جعلاه ساعة مثلا فكما
لو جعلاه يوما او شهرا فيقتضي الاطلاق الاتصال بالعقد ويجوز جعلها منفصلة عنه معينة قوله ويجوز ان يعين شهرا آه اذا اشترطا اجلا معينا
كشهر مثلا فلا يخ اما ان يعينه كشهر رجب او هذا الشهر او يطلقه كشهر فالبحث يقع في امرين احدهما ان يعينه فان كان متصلا بالعقد كهذا
الشهر سواء كان في اول جزء منه او في اثنائه مريدا بقيته فلا اشكال في الصحة لاقتران العقد بترتب اثره الذي هو لازم الصحة وان عينا منفصلا
صح ايضا على الاقوى عملا بالاصل ولوجود المقتضي للصحة وهو العقد المشتمل على الاجل المضبوط وانتفاء المانع اذ ليس الا تاخره عن العقد ولم يثبت
كونه مانعا شرعا ويشهد له اطلاق رواية بكار بن كردم قال قلت لابي عبد الله الرجل يلقى المراة فيقول لها زوجيني نفسك شهرا ولا يسمي الشهر
بعينه ثم يمضي فيلقاها بعد سنين قال فقال له شهره ان كان سماه وان لم يكن سماه فلا سبيل له عليها فان ظاهرها ان الشهر الذي سماه لو كان
بعد سنين لوجب بمقتضى الخبر ان يكون ذلك له وهو يقتضي الصحة وربما قيل بالبطلان لان صحة العقد توجب ترتب اثره عليه واثره هنا هو حقوق
الزوجية وذلك ممتنع مع تاخر الاجل فيكون فاسدا الا انا لا نعني بالفاسد الا ما لا يترتب اثره عليه ولانه لو صح العقد كذلك لزم كونها زوجة
للعاقد وخلية من الزوج في المدة فيلزم جواز تزويجها فيها لغيره خصوصا على تقدير وفاء المدة بالاجل والعدة والرواية المذكورة وان دلت
باطلاقها على الجواز لكنها ضعيفة السند مجهولة الراوي مرسلة فلا تصلح للدلالة ويمكن الجواب بان الاثر مترتب على العقد ومن ثم حكمنا
بالزوجية في المدة فلو كان غير مترتب لما صح في ذلك الوقت وتخلفه عن العقد بحسب مقتضى العقد وانما يتم ما ذكروه على تقدير اقتضائه الاتصال ثم
لا يوجد الاثر واما استلزامه جواز العقد عليها فيمكن منع الملازمة او لا من حيث انها ذات بعل والعقد على ذات البعل لا يجوز ويمكن التزام الجواز لما
ذكر ومنع كونها ذات بعل مطلقا في المدة المعينة ويترتب على ذلك ثبوت الحرمة قبل المدة وثبوت المهر لو مات قبلها فعلى الاول يمكن القول به
وعلى الثاني ينتفيان واما الحكم بنفي ذلك مع الجزم بعدم جواز التزويج كما اتفق لبعضهم فغير جيد والرواية المذكورة جعلت شاهدة للاعتبار
لا مستند الحكم فلا يضر ضعفها وكيف كان فالقول بجواز النكاح مع تاخر المدة عن العقد قوي الثاني لو شرط اجلا مطلقا كشهر ففي صحة العقد
وحمله على الاتصال او بطلانه قولان اجودهما الاول لدلالة العرف عليه واصالة صحة العقد ولان اثر العقد يجب ان يترتب عليه حين وقوعه الا
لمانع كما لو جعل متاخرا والمانع هنا منتف لان المطلق يوجد في ضمن المتصل ولدلالة قوله في الخبر السابق وان لم يكن سماه فلا سبيل له عليها
لان المفروض وقوع المطالبة بعد الشهر اذ لولا الحكم بالاتصال لبقي الشهر الا ان يجعل نفي السبيل كناية عن بطلان العقد لاستلزام البطلان نفي السبيل
ايضا والقول بالبطلان لابن ادريس محتجا بان الاجل مجهول لاحتماله الاتصال والانفصال وجوابه منع المجهولية فان العرف والاعتياد دال على الاتصال
كما مر وذلك يقتضي المعلومية ومثله ما لو جعله الى الخميس او ربيع فانه يحمل على الاقرب لدلالة العرف عليه قوله ولو قال مرة آه اذا اشترط مرة او مرات
معينة فاما ان يقتصرا على ذلك او يقيداه بزمان معين بحيث يكون اجلا او ظرفا للفعل او يقيداه بزمان معين بحيث يكون ظرفا خاصة كمرة في هذا
اليوم من غير ان يجعلا آخره منتهى الاجل فالاقسام ثلاثة الاول ان يقتصرا على ذكر العدد كالمرة والمرتين فصاعدا على وجه يضبط العدد من غير تقييد بزمان
وفيه قولان احدهما انه يصح وينقلب دائما وهو مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج استنادا الى رواية هشام بن سالم قال قلت لابي عبد الله اتزوج المراة متعة مرة مبهمة
قال فقال ذلك اشد عليك ترثها وترثك ولا يجوز لك ان تطلقها الا على طهر وشاهدين الحديث وفيه ضعف السند فان في طريقه موسى بن سعدان
وعبد الله بن القاسم وهما ضعيفان ولان الاجل شرط في عقد المتعة وقد اخل به والمشروط عدم عند عدم شرطه والدوام غير مقصود لهما فكيف يقع وليس
كما لو لم يذكر الاجل بل هو اضعف حكما لان المرة تقتضي وقتا مجهولا وهو يقتضي البطلان ايضا والثاني البطلان ذهب اليه الاكثر ومنهم المص في النافع
ووجهه ما ذكرناه في ترك الاجل في المتعة او جهالته وهو اقوى وفيه رواية اخرى وهي التي اشار اليها المص ان ذلك يصح ويتبع شرطه ولا يكون دائما و
ويبين منه بالفراغ من المرة الاخيرة والرواية في طريقها سهل بن زياد عن ابن فضال عن القاسم بن محمد عن رجل سماه قال سألت ابا عبد الله عن الرجل يتزوج
المراة على عرد واحد قال لا باس ولكن اذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر اليها وهذه الرواية كما قال المص مطرحة لضعفها بجميع من ذكرناه في سندها فان سهلا
ضعيف وابن فضال فطحي والقاسم بن محمد ضعيف ايضا ومشترك بينه وبين جماعة كلهم غير ثقات والرجل المبهم يوجب ارسالها ومع ذلك فهي مخالفة لما دل
على اشتراط الاجل في هذا العقد الثاني ان يشترط العدد في زمان معين بحيث يكون الزمان اجلا مضبوطا كيوم وشهر ولكن ذكر العدد شرط زائد
على ذلك ولا اشكال في الصحة لوجود المقتضي وهو العقد المستجمع للشرائط وانتفاء المانع اذ ليس هنا الا اشتراط ما ذكر ولا دليل على منافاته للعقد
وعموم المؤمنون عند شروطهم يشمله وح فيجب ان يلحظ الفائدة في عدم جواز الزيادة عن العدد المشروط بغير اذنها عملا بمقتضى الشرط لا لزوم فعل المشروط
اذ لا يجب الوطي في هذا العقد ولا تخرج عن الزوجية الا بانقضاء المدة ولا منافاة بين بقائها وتحريم الوطي ويجوز الاستمتاع بها في بقية المدة بغير
بغير الوطي لانها زوجة في الجملة وفي جواز الوطي باذنها وجه لان ذلك حقها فاذا اذنت جاز مع كونها زوجة ويحتمل المنع لان العقد لم يتضمن سوى ذلك العدد
ولم يتخصص الا بما ذكر فلو فرض زيادته بغير اذنها فعل حراما او عزر والظاهر انه لا يلزم عوض لانها زوجة في الجملة ولم يتعرض الاصحاب لذلك بل اطلقوا
عدم جواز الزيادة ولا اشكال فيه الثالث ان يشترطاه في وقت معين بحيث يكون ظرفا له كاليوم مثلا بمعنى انه لا يقع خارجا منه شيء ومتى انتهى العدد
المشروط فيه بانت منه كما انها تبين بانقضائه وان لم يفعل وفي صحته قولان اصحهما البطلان لجهالة الاجل اذ يحتمل الزيادة والنقصان حيث كان

مقيدا بانقضاء العدد ويظهر من الشيخ في النهاية الصحة حيث قال فان ذكر المرة والمرتين جاز اذا اسنده الى يوم معلوم فان اسناده الى اليوم اعم من جعله مجموع الاجل ٥٠٥
وجعل اليوم ظرفا كما ذكرناه وهذا هو الذي فهمه منه العلامة في المختلف فانه قال بعد نقله كلامه بصحة ذلك والبطلان مع ابهام المرة والحق البطلان في الجميع وعلل
البطلان بانه ذكر اجلا مجهولا ويجيء على قول الشيخ بانعقاد المشروط بالعدد المبهم صحيحة دائما ان يصح هنا كذلك لان الاجل المجهول باطل فيبقى غير المذكور
وجوابه الفرق ومنع الاصل قوله اذا ذكر المهر آه لا اشكال في صحة العقد حيث يذكر فيه الاجل والمهر لانهما ركنا هذا العقد كما دل عليه صحيحة زرارة لا تكون متعة
الا بامرين باجل مسمى واجر مسمى ومقتضى اشتراطهما بطلان العقد بالاخلال بهما او باحدهما وهو كذلك فيما عدا الاخلال بالاجل اجماعا وفيه ما تقدم
من الخلاف وان الاصح البطلان كالاخلال بالمهر وانما اعاد المسئلة لمناسبة استيفاء اقسام الاخلال بالشرطين قوله كل شرط يشترط فيه آه لا ريب في جواز
اشتراط كل شرط لا ينافي مقتضى العقد ولا يدل على نفيه دليل لعموم المؤمنون عند شروطهم وانما يلزم الوفاء به اذا وقع مصاحبا للايجاب او القبول
ليكون من جملة العقد المامور بالوفاء به فان جملة الايجاب والقبول وما يقترن بهما انما يتقدم على العقد او يتاخر عنه لا عبرة به لان الوفاء انما يجب
بالعقد لا بما يتقدم عليه او يتاخر وكما يعتد بما يقع في العقد من الشروط ويجب الوفاء به لما ذكرناه لا يعتبر اعادته بعده للاصل والقول الذي ذكره
المص عن بعض الاصحاب من اشتراط اعادته بعد العقد للشيخ في النهاية فانه قال فيها كل شرط يشترطه الرجل على المراة انما يكون له تاثير بعد ذكر العقد فان
فان ذكر الشروط وذكر بعدها العقد كانت الشروط التي قدم ذكرها باطلة لا تاثير لها فان كررها بعد العقد يثبت على ما شرط وانما ذكرنا
العبارة لانها تدل على ان الشروط المتاخرة عن العقد كافية وكذا المكررة قبله وبعده وليس فيها تعرض لاعتبار تكرير ما يذكر فيه الا بتكلف
ارادة تكرار ما سبق اعم من السابق على العقد والمقارن ونقل المص قد يغاير ظاهره ذلك وان المعتبر عند الشيخ تكرير ما وقع في العقد فيه
ربما صرح بان المعتبر من الشروط ما يقع بعد العقد ولم يعتبر تكريرها لانه قال وشروط النكاح تكون بعد العقد لان ما يكون قبل العقد لا اعتبار
بها يحصل بعده وحجته على العبارتين رواية بكير بن اعين قال قال ابو عبد الله اذا اشترطت على المراة شروط المتعة فرضيت بها واوجبت عليها
التزويج فاورد عليها شرطك الاول بعد النكاح فان اجازته جاز وان لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح والسند ضعيف
وفيه مع ذلك انه يحتمل ان يريد بالنكاح هنا الايجاب كما يظهر من قوله واوجبت عليها التزويج فاورد عليها شرطك الاول يعني في القبول بقرينة
الفاء المقتضية للتعقيب بغير مهلة لا ذكره بعد العقد مطلقا والمراد باجازتها لما يذكره له القبول ورضاها به لانها اذا لم ترض بما شرطه عليها يظهر
منها ما يدل على عدم اجازتها باللفظ بدل عليه وانما اعتبر رضاها لان ايجابها اولا كان مجردا عن الشروط لان الشروط واقعة عن الزوج قبل العقد
كما دل عليه الخبر وعلى هذا فلا دلالة للخبر مع قطع النظر عن سنده على مدعاه ويمكن الاحتجاج لقول الشيخ بحسنة عبد الله بن بكير او موثقته عن ابي عبد الله
قال ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز وهذه اوضح سندا ودلالة ولم يذكرها الشيخ في الاستدلال على ما ذكر
بل اقتصر على الرواية الاولى ويمكن حمل هذه الرواية على ما ذكر في الاولى بان يريد بالنكاح الايجاب مجازا وذكر الشرط بعده كناية عن ذكره في القبول وهو
جزء من العقد فلا ينافي غيره من العقود قوله للبالغة الرشيدة آه قد تقدم البحث في هذه المسئلة محررا وانما اعاده هنا للخلاف في عقد المتعة بخصوصه
وورود روايات في جوازها هنا بخصوصها وفيما سلف كفاية قوله يجوز ان يشترط آه لان ذلك شرط لا ينافي مقتضى العقد وقد يتعلق الغرض بالاستمتاع
في وقت دون آخر اما طلبا للاستبدادية او غيره من الاغراض وعموم المؤمنون عند شروطهم يشمله وما قيل ان مقتضى العقد اباحة الاستمتاع في كل وقت
فتخصيصه ببعض الاوقات ينافيه مندفع بان مطلق العقد لا يقتضي الاستمتاع في كل وقت لان ذلك حيث لا يشترط خلافه وانما يقتضيه العقد المطلق
اعني المجرد عن الشرط وموضع المنازع والكلام فيما لو اذنت في الوقت المشروط عدم الوطي فيه او ابتداء عن العقد كما تقدم وسيأتي في كلام المص في باب المهر
ما يفيد الجواز في نظيره قوله يجوز العزل آه اشتملت هذه المسئلة على ثلثة مطالب الاول جواز العزل عن المتمتع بها وان لم تاذن وظاهرهم انه محل وفاق
والدليل عليه بخصوصه من النص ضعيف وكان وجهه ان الغرض الاصلي فيه الاستمتاع دون النسل بخلاف الدوام ويمكن الاستدلال عليه ايضا بما روي
انهن بمنزلة الاماء ولا خلاف في جواز العزل عن الامة وبان الوطي لا يجب لهن والعزل كالجزء منه وليس فيه من الاخبار بخصوصه الا مقطوعة ابن ابي عمير قال الماء
ماء الرجل يضعه حيث يشاء الا انه اذا جاء بولد لم ينكره وشدد في انكار الولد وقد سبق في العزل عن مطلق الزوجات ما هو اجود من ذلك الثاني
ان الولد يلحق به وان عزل وهذا الحكم لا يختص بالمتعة بل بكل واطئ صحيحا والوجه فيه ما ذكر من احتمال سبق المني من حيث لم يشعر والولد يلحق بالفراش وفي
مقطوعة ابن ابي عمير السابقة ما يدل عليه وكذا اطلاق رواية محمد بن مسلم عن ابي عبد الله قال قلت ارايت ان حبلت قال هو ولده حكم بالحاقه
به من غير استفصال وهو دليل العموم الثالث لو نفى ولد المتعة انتفى ظاهرا ولم يتوقف على اللعان بخلاف الدائم وهو موضع وفاق ولان فراشها
ضعيف كالامة وقد تقدم تشبيههما بها وبالمستاجرة في الاخبار والحكم بانتفائه عنه مبني على الظاهر واما فيما بينه وبين الله فعليه ملاحظة ذلك وان
قبل قوله ظاهرا قوله لا يقع بها طلاق آه اشتملت هذه الجملة على مسائل الاولى انها لا يقع بها طلاق وهو موضع وفاق بل تبين بانقضاء المدة وفي
معناه هبته اياها فيقوم ذلك مقام الطلاق اذا اراد تعجيل البينونة وفي صحيحة محمد بن اسمعيل عن الرضا قال قلت وتبين بغير طلاق قال نعم
الثانية انه لا يقع بها ايلاء على اشهر القولين لقوله تعالى في قصة الايلاء وان عزموا الطلاق الدال على قبول المولى منها للطلاق والمتعة ليست كذلك
ولان من لوازم الايلاء المطالبة بالوطي وهو منتف فيها وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم وقال المرتضى يقع بها الايلاء لعموم قوله تعالى للذين
يؤلون من نسائهم فانه جمع مضاف وهو من صيغ العموم واجيب بانه مخصوص بقوله تعالى وان عزموا الطلاق فان عود الضمير الى بعض افراد العام يخصصه
وفيه نظر والمسئلة موضع خلاف بين الاصوليين وقد ذهب جماعة من المحققين الى انه لا يخصص وحيث نقول بعدم وقوع الايلاء يراد به اليمين الخاص

المرتب عليه حكم الإيلاء المذكور في بابه وذلك لا يمنع وقوع مطلق اليمين حيث لا يكون تركه متعلقه أولى فيلحقه أحكام اليمين المطلق كما سبق تحقيقه إن شاء الله في محله الثالثة أنه لا يقع بها لعان أما لنفي الولد فظاهر لانتفائه بغير لعان وهو موضع وفاق وأما للقذف فلصحيحة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها واحتجوا عليه أيضاً بصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام قال لا يلاعن الحر الأمة ولا الذمية ولا التي يتمتع بها وبرواية علي بن جعفر عن أخيه موسى وفي صحة الأولى منع لأن ابن سنان مشترك بين عبد الله وهو ثقة وبين محمد وهو ضعيف والاشتراك يمنع الوصف بالصحة والثانية قاصرة السند و الدلالة وقال المفيد والمرتضى بالوقوع لأنها زوجة فيدخل في عموم والذين يرمون أزواجهم وجوابه أن عموم القرآن يخص بالسنة وإن كانت آحاداً و التخصيص بما ذكرناه من الأخبار والجواب مبني على أصل المفيد وإلا فالمرتضى لا يعتبر خبر الواحد في نفسه فأولى أن لا يعتبره في تخصيص القرآن وقد ظهر مما بيناه من الخلاف في الإيلاء واللعان معاً أن الجار في قول المص على الأظهر يتعلق بالفعل في قوله لا يقع الشامل للأمرين الرابعة في وقوع الظهار بها تردد عند المص وخلاف بين الأصحاب فذهب جماعة منهم ابن إدريس إلى عدم الوقوع لأصالة بقاء الحل ولأن المظاهر يلزم بالفئة أو الطلاق ولا طلاق في المتعة ولا يجب الوطي فيلزم بالفئة مع أن إيجابها وحدها لا دليل عليه وإقامة هبة المدة مقام الطلاق قياس ولأن أمره بأحد الأمرين موقوف على المرافعة المتوقفة على وجوب الوطي وذهب الأكثر ومنهم المص إلى وقوعه بها لعموم الآية فإن المتمتع بها زوجة ولم يخص سبباً بخلاف ما سبق والإلزام بأحد الأمرين لا يوجب التخصيص لجواز اختصاصه بمن يمكن معه أحد الأمرين وهو الدائم وكذا المرافعة ويبقى أثر الظهار باقياً في غيره كوجوب اعتزالها وهذا هو الأقوى قوله لا يثبت بهذا العقد ميراث إلخ اختلف العلماء في توارث الزوجين بالعقد المنقطع على أقوال أحدها أنه يقتضي التوارث كالدائم حتى لو شرطا سقوطه بطل الشرط كما لو شرط عدمه في الدائم ولا يمنعه إلا موانعه المشهورة ويعبر عنه بأن المقتضي للإرث هو العقد لا بشرط شيء وهذا قول القاضي ابن البراج ومستنده عموم الآية الدالة على توريث الزوجة وهذه زوجة وإلا لم تحل لحصر الآية بقوله إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم وملك اليمين منتف عنها قطعاً فلو لم يثبت الآخر لزم تحريمها ولأن الزوجة تقبل التقسيم إليها وإلى الدائمة ومورد التقسيم مشترك بين الأقسام فيدخل في عموم ولكم نصف ما ترك أزواجكم ولهن الربع مما تركتم والجمع المضاف للعموم كما سبق ولا يرد منع توريث الذمية والقاتلة فليس العام المخصوص حجة في الباقي والأخبار الواردة بخلافه في المتعة مردودة أما لتعارضها كما ستقف عليه أو للطعن في سندها فيسقط وأما لأن خبر الواحد لا يخصص عموم القرآن وعليه يتفرع حكم ما لو شرطا سقوطه فإنه كاشتراط عدم إرث الدائمة لا يصح لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد والكتاب والسنة ولأن كل ما تقتضيه الماهية من حيث هي يستحيل عدمه مع وجودها ولقد كان هذا القول بالسيد المرتضى أشبه وبأصوله أنسب لكن عدل عنه لما ظنه من الإجماع على عدمه وثانيها عكسه وهو أنه لا توارث فيه من الجانبين سواء شرطا في العقد التوارث أو عدمه أو لم يشترطا شيئاً منهما وإلى هذا القول ذهب جماعة منهم أبو الصلاح الحلبي وابن إدريس والعلامة في أحد قوليه وولده فخر الدين والمحقق الشيخ علي وحجتهم التمسك بالأصل فإن الإرث حكم شرعي فيتوقف ثبوته على توظيف الشارع ومطلق الزوجية لا يقتضي استحقاق الإرث فإن من الزوجات من ترث ومنهن من لا ترث كالذمية ولما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث قال ليس بينهما ميراث اشترط أو لم يشترط وهي نص في الباب وقريب منها رواية جميل بن صالح عن عبد الله بن عمرو قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقلت ما حدها قال من حدها أن لا ترثك ولا ترثها فجعل نفي الميراث من مقتضى الماهية فوجب أن لا يثبت بها توارث مطلقاً أما مع عدم الاشتراط أو مع اشتراط العدم فواضح وأما مع اشتراط الإرث فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد على ما دل عليه الحديث فوجب أن يكون باطلاً ولأن الشرط لغير وارث محال إذ سببية الإرث شرعية لا جعلية ولأن الزيادة هنا على النص نسخ لأن الله تعالى عين فروض أرباب الفروض بجزء معلوم النسبة إلى كل التركة وكيفية قسمة غيرهم فلو زاد وارث نقص بخبر الواحد لزم نسخ القرآن بخبر الواحد وهو غير جائز هذا أوضح حججهم مجتمعة الأطراف وفيه نظر قولهم الأصل يقتضي عدمه قلنا قد انقطع الأصل بآية إرث الزوجين إن كانت داخلة وبما يأتي من الأخبار إن لم تكن وبأنكم قد أدخلتموها في عموم الأزواج في الأحكام الماضية إلا ما أخرجه الدليل الخارجي فتوظيف الشارع حاصل على هذا قولكم ومطلق الزوجية لا يقتضي الاستحقاق قلنا بل يقتضي الاستحقاق إلا مع وجود أحد الموانع وهي محصورة وكون هذا منها عين المتنازع والعام إذا خصص بغير الكافرة والقاتلة ونحوهما كان حجة في الباقي وأما رواية سعيد بن يسار فهي أجود ما في الباب سنداً ولكن في طريقها البرقي مطلقاً وهو مشترك بين ثلاثة محمد بن خالد وأخوه الحسن وابنه أحمد والكل ثقات على قول الشيخ أبي جعفر الطوسي ولكن النجاشي ضعّف محمداً وقال ابن الغضائري حديثه يعرف وينكر ويروي عن الضعفاء ويعتمد المراسيل وإذا تعارض الجرح والتعديل فالجرح مقدم وظاهر حال النجاشي أنه أضبط الجماعة وأعرفهم بحال الرجال وأما ابنه أحمد فقد طعن عليه كما طعن على أبيه من قبل وقال ابن الغضائري كان لا يبالي عمن أخذ ونفاه أحمد بن محمد بن عيسى عن قم لذلك ولغيره وبالجملة فحال هذا النسب المشترك مضطرب لا يدخل روايته في الصحيح ولا في معناه والشيخ في كتابي الأخبار حملها على ما إذا اشترط نفي الميراث أو لم يشترط فإنها لا ترث بل مع الشرط جمعاً بينه وبين ما يأتي من الأخبار الدالة على ثبوته مع الشرط ولا يخفى أنه خلاف الظاهر لأنه طريق الجمع خير من اطراح البعض وكيف كان فليس نصاً كما قيل بل ظاهر وأما رواية عبد الله بن عمرو فهي مجهولة السند بسببه وإن كان باقي طريقها واضحاً فلا تصلح حجة في مقابلة عموم القرآن ويمكن حملها على حالة الإطلاق من شرط جمعاً كما سيأتي وأما منافاة شرط الميراث لمقتضى العقد فيكون إن لم يدل دليل على جوازه فلا يكون منافياً وسننظر فيه ومنه يظهر الجواب عن قولهم إن الشرط لغير وارث محال فإنه إنما يكون محالاً لأنه حاجب لا بد دليل على صحته وقولهم إن الزيادة على النص نسخ فيمنع كون الزيادة نسخاً وقد حقق في الأصول سلمنا لكن نمنع استحالة النسخ بخبر الواحد وقد حقق في الأصول أيضاً سلمنا لكن نمنع الزيادة على النص على تقديره لأنها من جملة المنصوص الزوجة فإن قيل بالإرث مطلقاً فواضح وإن قيل به مع الشرط فيكون العقد المذكور

من موانع

من موانع الإرث إلا مع الشرط فيرجع إلى عموم الآية والرواية وثالثها أن أصل العقد لا يقتضي التوارث بل اشتراطه فإذا اشترطاه ثبت تبعاً للشرط أما عدم اقتضائه الإرث فللأدلة السابقة وأما ثبوته مع الشرط فلعموم المسلمون عند شروطهم وخصوص صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في حديث آخره فإن اشترطت الميراث فهما على شرطهما وحسنة أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث إن اشترطت الميراث كان وإن لم تشترط لم يكن وهذا الحديث كما دل على ثبوت الإرث فيه مع شرطه دل على نفيه بدونه فهو نص فيهما وهو من أجود طرق الحسن لأن فيه من غير الثقات إبراهيم بن هاشم القمي وهو جليل القدر كثير العلم والرواية ولكن لم ينصوا على توثيقه مع المدح الحسن فيه وبهذين الخبرين يجاب عن أدلة الفريقين الأولين لدلالتهما على كون اشتراط الميراث سائغاً لازماً فيثبت به وعلى أن أصل الزوجية لا يقتضيه فيكون الآية مخصوصة بهما كما خصصت في الزوجة الذمية وبرواية أن الكافر لا يرث المسلم ويظهر أن سببية الإرث مع اشتراطها تصير ثابتة بوضع الشارع وإن كانت متوقفة على أمر من قبل الوارث كما لو أسلم الكافر وكذا يظهر جواب ما قيل إنه لا مقتضي للتوارث هنا إلا الزوجية ولا يقتضي ميراث الزوجية إلا الآية فإن اندرجت هذه في الزوجة في الآية ورثت وإن لم يشترط ثبوته وبطل شرط نفيه وإن لم يندرج في الزوجة في الآية لم يثبت بالشرط لأنه شرط توريث من ليس بوارث وهو باطل ووجه الجواب عنه تسليم اندراجها في الآية إلا أنها بدون الشرط مخصصة بالروايتين المعتبرتين الإسناد وبالشرط داخلة في العموم لعدم المقتضي للتخصيص وهذا وإن كان غريباً في النظائر إلا أنه خير من اطراح الخبرين المعتبرين بل الأخبار لأن الأخبار الدالة على نفي التوارث يحمل على عدم اشتراطه جمعاً ويبقى خبر سعيد بن يسار يحمل على ما حمله عليه الشيخ وإن كان خلاف الظاهر لأنه محتمل وبه يحصل الجمع بينه وبين هذين إذ ليس في الباب خبر معتبر الإسناد غير هذه الثلاثة وليس فيها صحيح السند غير خبر محمد بن مسلم الدال على ثبوت الإرث بالشرط ولعل هذا أجود الأقوال وهو مختار المص هنا وقبله الشيخ وأتباعه إلا القاضي كما عرفت واختاره الشهيد في اللمعة ويتفرع على ذلك أنهما لو شرطاه لأحدهما دون الآخر فمقتضى الخبرين اتباع شرطهما وربما أشكل بأن أغلبية الإرث كونه من الجانبين عند وجوده من واحد ولكن وقع مثله في إرث المسلم الكافر دون العكس وإرث الولد المنفي باللعان إذا اعترف به الزوج بعد ذلك فإن الولد يرثه وهو لا يرث الولد ولأجل مثل ذلك حمل بعض الأصحاب الخبرين على إرادة الوصية باشتراط الإرث لا الإرث الحقيقي ولا يخفى ما فيه ورابعها عكسه وهو اقتضاء العقد الإرث ما لم يشترط سقوطه فيكون المقتضي للإرث هو العقد بشرط لا شيء وإذا شرطا ثبوته كان تأكيداً واشتراطاً لما يقتضيه العقد وهذا القول خيرة المرتضى وابن أبي عقيل ووجهه العمل بعموم الآية وعموم المسلمون عند شروطهم ويؤيده قول الباقر عليه السلام في موثقة محمد بن مسلم في الرجل يتزوج المرأة متعة إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا وإنما الشرط بعد النكاح وجوابه أن عموم الآية قد خص بما تقدم من الأخبار وعموم الأمر بالوفاء بالشرط نقول بموجبه وخبر محمد بن مسلم ضعيف السند وفيه مع ذلك مخالفة للقواعد المعلومة وهو كون الاعتبار بالشرط المتأخر عن عقد النكاح وقد تقدم أن المعتبر بما كان فيه والشيخ حمله في كتابي الأخبار على أن المراد أنهما يتوارثان ما لم يشترطا الأجل فلا أو صرح مع الإطلاق ليكون موافقاً للأخبار الدالة على أن عقد المتعة لا يقتضي الإرث بذاته وهو وإن كان خلاف الظاهر إلا أنه طريق الجمع ولو اطرح لضعف سنده وقوة مخالفه أمكن وقد تقدم القول في اعتبار الشيخ جعل الشرط بعد العقد وما فيه قوله إذا انقضى أجلها إلخ إذا دخل الزوج بها وانقضت مدتها أو وهبها إياها لزمها الاعتداد إن لم تكن يائسة وقد اختلف في تقديرها بسبب اختلاف الروايات الواردة في ذلك فذهب المص وجماعة منهم الشيخ وأتباعه إلى أن عدتها حيضتان إن كانت من ذوات الحيض وقال المفيد وابن إدريس وجماعة إنها طهران وإن كان بينهما حيضة وقال ابن بابويه في المقنع إنها حيضة ونصف وقال ابن أبي عقيل عدتها حيضة ولكل قول من هذه الأقوال رواية أو أكثر فمستند الأول رواية محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان وروى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام أن على المتعة ما على الأمة فيجتمع من الروايتين أن عدة المتعة حيضتان وحجة المفيد وأتباعه حسنة زرارة عن الباقر عليه السلام إن كان حر تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرءان مضافاً إلى صحيحة زرارة وهذا أوضح دلالة من الأول لأنها حسنة ومحمد بن الفضيل الذي يروي عن الكاظم عليه السلام ضعيف وإن كان العمل بها أحوط لأن العدة بالحيضتين أزيد منها بالقرءين ويبقى على تمام الحجة بيان أن المراد بالقرء الطهر لا الحيض وسيأتي في بابه واحتج له في المختلف أيضاً برواية ليث بن البختري المرادي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام كم تعتد الأمة من ماء العبد قال حيضة ووجه الاستدلال أن الاعتبار بالقرء الذي هو الطهر فبحيضة واحدة يحصل القرءان الطهر الذي طلقها فيه والقرء الذي بعد الحيضة والمتمتع بها كالأمة على ما تقدم وبما رواه عبد الله بن عمرو عن الصادق عليه السلام قال قلت فكم عدتها يعني المتمتع بها قال خمسة وأربعون يوماً أو حيضة مستقيمة والتقريب ما تقدم وفي الاستدلال بهما على المطلوب نظر لأن الحيضة تتحقق بدون الطهرين معاً فضلاً عن أحدهما كما لو أتاها الحيض بعد انتهاء المدة بغير فصل فإن الطهر السابق منتف وإذا انتهت أيام الحيض تحققت الحيضة التامة وإن لم يتم الطهر بل يمضي لحظة منه ومثل هذا لا يسمى طهراً في اعتبار العدة وإن اكتفي به لو كان سابقاً على الحيض والأولى الاحتجاج بما ذكرنا وجعل هاتين الروايتين حجة لمن اعتبر الحيضة الواحدة مع أن في طريق الروايتين ضعفاً ثم ما ذكره العلامة من التأويل للروايتين جعله الشيخ في سبيل الجمع بين الأخبار حذراً من التنافي ومثل هذا لا يأتي في الحمل إلا أن يحمل مستند ابن أبي عقيل وحجة ابن بابويه على اعتبار الحيضة ونصف صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في المرأة يتزوجها الرجل متعة إلى أن قال وإذا انقضت أيامها وهو حي اعتدت بحيضة ونصف مثل ما يجب على الأمة وهذه أجود من الجميع سنداً لكن الأول أشهر بين الأصحاب ويمكن حمل الحيضة والنصف على اعتبار الطهرين وهما لا يتحققان إلا بالدخول في الحيضة الثانية فأطلق على الحيضة الثانية اسم النصف مجازاً وهو أنسب بطريق الجمع بين الأخبار وأولى من اطراح بعضها هذا كله إذا كانت المرأة ممن تحيض ولو لم تحض وكانت في سن من تحيض اعتدت بخمسة وأربعين يوماً اتفاقاً ولا فرق فيها بين الحرة والأمة قوله وتعتد من الوفاة إلخ إذا مات زوج المتمتع بها فالبحث في عدتها للوفاة يقع في موضعين الأول أن تكون حرة وقد اختلف الأصحاب في مقدار عدتها فالأشهر بينهم ما اختاره المص من أنها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام إن كانت حائلاً أو بأبعد

٥٠٨ الاجلين بهاو من وضع الحمل ان كانت الملابة الدائم ووجه عموم قوله تع والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا الاية وصدق الزوجية عليها قبل الدخول
وبعده فتكون عدتها كما ذكر في الدائم وخصوص صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق قال سئلته عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها
العدة قال تعتد اربعة اشهر وعشرة ايام الحديث وصحيحة زرارة عن الباقر قال سئلته ما عدة المتمتعة اذا مات عنها الذي تمتع بها قال اربعة
اشهر وعشرا ثم قال يا زرارة كل النكاح اذا مات الرجل فعلى المرأة حرة كانت او امة وعلى اي وجه كان النكاح منه متعة او تزويجا او ملك يمين فالعدة
اربعة اشهر وعشرا الحديث وذهب جماعة منهم المفيد والمرتضى الى ان عدتها شهران وخمسة ايام استنادا الى رواية عبد الله بن علي بن ابي شعبة الحلبي
عن ابيه عن رجل عن ابي عبد الله ع قال سئلته عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ما عدتها قال خمسة وستون يوما ولانها كالامة في الحكم فكذلك
في الموت وفيه ان الخبر مرسل وفي طريقه علي بن الحسين الطاطري وهو ضعيف ومساواتها للامة مطلقا لا دليل عليه وقول المص على الاصح راجع الى الحكم
باعتدادها اربعة اشهر وعشرا وابعد الاجلين متفرع عليه لان من اعتبر ذلك يجعل عدة الحامل الاكثر منه ومن وضع الحمل ومن اعتبر نصفها
يجعل ابعد الاجلين منها ومن الوضع فالنزاع انما هو في عدة الحائل ويتفرع عليه عدة الحامل الثاني ان تكون امة وقد قطع المص بان عدتها منه
شهران وخمسة ايام نصف عدة الحرة على تقدير كونها امة تلاوهو مذهب الاكثر للاخبار الكثيرة الدالة على ان عدة الامة من وفاة زوجها هذا
العدد من غير فرق بين الدوام والمتعة منها صحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله ع قال الامة اذا توفي عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة ايام ومثلها
صحيحة الحلبي وفي معناها كثير وعليها حمل الشيخ رواية ابن ابي شعبة السابقة فخصص المرسلة بالامة لمناسبتها في العدة ولا باس به وذهب جماعة من الاصحاب
منهم ابن ادريس والعلامة في المختلف الى ان عدة الامة في الوفاة كعدة الحرة مطلقا وفي صحيحة زرارة السابقة ما يدل عليه ويشكل بمعارضتها بهذه الاخبار
الكثيرة وربما كانت اصح سندا وان شاركتها في وصف الصحة ومع ذلك ففيها اشكال اخر وهو تضمنها ان عدة الامة في الدوام كالحرة ولا
قائل به وكونها في الدوام على النصف يقتضي اولويته في المتعة لان عدتها اضعف في كثير من افرادها واصل نكاحها اضعف فلا يناسبها ان تكون
اقوى هنا وان كان العمل بها احوط ولو كانت الامة حاملا اعتدت بابعد الاجلين من المدة المذكورة ووضع الحمل ولم ينبه عليه المص اتكالا على ما
ذكره في الحرة اما اذا كانت الاشهر ابعد فظاهر التحديد بها في الاية والرواية واما اذا كان الوضع ابعد فلامتناع الخروج من العدة مع بقاء الحمل
لانه ثمرة المنافي الذي يقصد بالعدة ازالته ولعموم قوله تع واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فلا بد من مراعاة الامرين وذلك بابعد
الاجلين وفي مخالفته بينه يخفى فوله القسم الثالث في ملك اليمين المراد بالنكاح هنا الوطي لا العقد وان كان حقيقة في العقد وقرينة المجاز ان وطيهن
بالملك لا يدخل في العقد ووجه الحصر في الامرين المنع من تجاوز زمانه في قوله تع الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فان الاستثناء في سياق النفي
يفيد الحصر والنكاح بالتحليل يرجع الى احدهما اذ الاظهر انه تمليك المنفعة فيدخل في الملك وقيل انه عقد فيدخل فيه قوله لا يجوز للعبد اه
قد تقدم الكلام في ان عقد النكاح مطلقا اذا وقع فضوليا هل يكون باطلا او موقوفا على الاجازة فمن قال ببطلانه ثم ابطله هنا ومن قال بوقوفه
موقوفا اختلفوا فمنهم من ادعى هنا ايضا على اجازة السيد فان اجازه السيد صح والا بطل وهذا هو الذي اختاره المص والاكثر وهو
الاقوى وقد تقدم ما يدل عليه ويدل عليه بخصوصه حسنة زرارة عن الباقر قال سئلته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده قال ذلك الى السيد
ان شاء اجاز وان شاء فرق بينهما والقول بكون اجازة المالك كالعقد المستانف للشيخ في النهاية فانه قال من عقد على امة غيره بغير اذن مولاها
كان العقد باطلا فان رضي المولى بذلك العقد كان رضاه كالعقد المستانف يستباح به الفرج وقد اختلف في تنزيل كلامه حيث ان ظاهره
التناقض لحكمه ببطلان العقد ثم الاكتفاء فيه بالاجازة وجعلها مبيحة للنكاح كالعقد والعلامة في المختلف نزل كلامه على ان المراد بكونه باطلا
انه يؤول الى البطلان لان ما يقع باطلا في نفسه لا يصح باجازة المولى وعلى هذا فيكون قوله كالقول الاول وقريب منه تاويل المص له في نكت النهاية
بمعنى عدم الافادة لملك البضع لا بمعنى سقوطه اصلا فاذا اجاز المولى العقد ملك به البضع قال ويدل عليه ما رواه الشيخ في رواية الوليد بن صبيح عن الصادق
ان كانا لذكر تزوجها من غير اذن مولاها فالنكاح فاسد ثم لما اجمعنا على ان اجازة المولى العقد الفضولي ماضية في النكاح جمع بين الامرين بذلك
وهذا التنزيل لا يطابق جعله في الكتاب القول مغايرا للقول بوقوفه على الاجازة ومنهم من اول كلام الشيخ بامر اخر وهو ان العقد يكون باطلا
بدون الاذن كما ذكر ولكن الاجازة تقوم مقام التحليل فيكون الرضا عبارة عن التحليل ومن ثم فرضها في الامة لان العبد لا يباح فيه ذلك وفيه
نظر لان التحليل منحصر في عبارات وليس الرضا منها فلا يتحقق تحليل ولا عقد لانه حكم ببطلانه والاولى تنزيل كلام الشيخ على المعنى الاول وجعلهما
قولا واحدا لان اطلاق البطلان على الموقوف شايع كثير وهو مشهور من حيث اشتراكهما في عدم ترتب الاثر ويؤيده مع ذلك ان المص جعل القول
المذكور شاملا للعبد والامة مع ان الشيخ فرضه في الامة وتخصيصها لا يحسن الا على التاويل الاخر والقول بالبطلان فيهما لابن ادريس مع حكمه
بصحة نكاح الفضولي في غير المملوك محتجا بالنهي المقتضي للفساد وقد عرفت فساد كليته وبرد عليه منعه من كليته واما الاحتجاج له بما روي عن النبي ايما
مملوك تزوج بغير اذن مولاه فنكاحه باطل فلا يناسب اصل ابن ادريس لانه خبر واحد مع ان ظاهره عامي وهو لا يكتفي به لو كان خاصيا والقول بالفرق بين نكاح العبد
والامة بغير اذن المولى فيبطل الاول ويبطل الثاني لابن حمزة ومستنده على البطلان ما تقدم وعلى الصحة في العبد رواية زرارة السابقة المتضمنة
لتوقف تزويج المملوك على اجازة سيده وهو ظاهر في الذكر وفي اخره ايضا تصريح بانه لا يحل قال قلت له اصلحك الله ان الحكم بن عتيبة وابراهيم النخعي
واصحابهما يقولون ان اصل النكاح فاسد فلا يحل اجازة السيد له فقال ابو جعفر انه لم يعص الله انما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز وربما
قيل بان المملوك شامل للذكر والانثى فيفيد الحكمين وقد ورد التصريح بحكم العبد في رواية زرارة ايضا قال سئلته عن رجل تزوج عبده

٥٠٩ بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه قال ذلك لمولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء اجاز نكاحهما قوله ولو اذن المولى اه قد تقدم الخلاف في مهر زوجة
المملوك ونفقتها هل هو على المولى او في كسب العبد وبيان المختار في ذلك وانما اعاده لمناسبة الباب واما كون مهر الامة لمولاها فلان بضعها ومنافعها
مملوكة له فيكون المهر الذي هو عوضه كذلك قوله وكذا لو كان اه لا فرق في توقف نكاح المملوك على اذن مالكه بين كونه متحدا او متعددا لتحقق المالكية
لكل واحد وقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه عقلا وشرعا والقول بوقوع النكاح موقوفا على اذن جميع الملاك او باطلا كالقول في المالك المتحد
وكذا القول في المهر والنفقة ويوزع على كل واحد بمقدار ما يخصه من الملك قوله اذا كان الابوان اه لا خلاف في ان الولد اذا كان ابواه رقيقين يكون
رقيقا اذ لا وجه لحريته وانما هو تابع لهما فان كانا لمالك واحد فالولد له وان كان لكل واحد منهما مالك فالولد بينهما نصفان لانه نماء ملكهما لا مزية
لاحدهما على الاخر بخلاف باقي الحيوانات فان الولد لمالك الام وفرقوا بينهما بان النسب مقصود في الادميين وهو تابع لهما فيه بخلاف غيره من الحيوانات
فان النسب فيه غير معتبر والنمو والتبعية فيه لاحق بالام خاصة وفي الفرق خفاء ان لم يكن هناك اجماع مع ان ابا الصلاح ذهب الى انه يتبع الام كغيره
من الحيوانات ولو شرط احد المولين انفراده بالولد او زيادة عن نصيبه صح الشرط ولزم لعموم المسلمون عند شروطهم قوله ولو كان احد الزوجين اه
اذا كان احد الابوين حرا والاخر مملوكا فالمشهور بين الاصحاب كون الولد حرا مطلقا للاخبار الكثيرة الدالة عليه منها حسنة ابن ابي عمير عن عبد الله بن سنان
عن ابي عبد الله ع في العبد يكون تحته الحرة قال ولده احرار فان اعتق المملوك لحق بابيه وفي حسنة اخرى لابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله
قال سئلته عن الرجل الحر يتزوج بامة قوم الولد مماليك او احرار قال اذا كان احد ابويه حرا فالولد احرار وفي رواية اخرى عن جميل بن دراج في طريقها
الحكم بن مسكين عن ابي عبد الله ع قال اذا تزوج العبد الحرة فولده احرار واذا تزوج الحر الامة فولده احرار وغير ذلك من الاخبار الا ان اجودها طريقا
ما تقدم وخالف في الحكم ابن الجنيد فجعل الولد رقا تبعا للمملوك من ابويه الا مع اشتراط حريته لانه نماء مملوكه فيتبعه ولا نحو الادمي يغلب اذا اجتمع
مع حق الله تع ولرواية ابي بصير قال لو ان رجلا دبر جارية ثم زوجها من رجل فوطئها كانت جاريته وولدها منه مدبرين كما لو ان رجلا اتى قوما
فتزوج اليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك ورواية الحسن بن زياد قال قلت له امة كان مولاها يقع عليها ثم بدا له فزوجها ما منزلة ولدها قال الا ان
يشترط زوجها وكتب بضعف الروايتين وقطعهما فيقصر ان عن مقاومة الروايات الكثيرة الدالة على تبعية الولد للحر وبمنع حق الادمي هنا لان
الحرية اقوى ومن ثم بني العتق على التغليب والسراية ولان الاصل في الانسان الحرية خرج منه ما اخرجه الدليل فيبقى ما سواه هذا كله مع الاطلاق
اما اذا اشترطت الحرية فلا اشكال في تحققها واذا شرطت الرقية فالمشهور بين الاصحاب صحة الشرط لعموم قوله تع اوفوا بالعقود وقوله المسلمون
عند شروطهم ولرواية ابي بصير السابقة فان الشيخ نزلها على الشرط ومورده وان كان مخصوصا بالامة الا انه لا قائل بالفرق والمصنف
القول الى الشهرة ايذانا بضعف مستنده وهو كذلك فان عموم الاخبار السابقة يتناول محل النزاع ووجه عمومها من حيث انها حكاية احوال
لم يستفصل فيها فيعم ورواية ابي بصير مع ما فيها من ضعف السند والقطع لا تدل على مطلوبهم وان حملها الشيخ على غير ظاهرها لئلا تنافي
الاخبار السالفة واما عموم الاية والخبر فمشروط بكون الشرط مشروعا والحرية امر يختص بحق الله تع ومن ثم كان حرا بدون الشرط فلا مدخل
للشرط في تغييرها كما لو شرط رقية ولد الحرين ولان الولد ليس ملكا للحر حتى يصح اشتراط رقيته وانما الحق فيه لله تع ومن ثم لم يجز اشتراط رقية
حر الاصل فلا يشرع اشتراط الرقية وبذلك يكون مستثنى من العموم وهذا هو الاقوى وان كان المشهور خلافه ثم على تقدير فساد
الشرط ينبغي ان يتبعه فساد العقد لعدم وقوع التراضي بدونه ويحتمل صحة العقد مع فساد الشرط وقد تقدم له نظائر ويتفرع على ذلك ما لو وطئها
بهذا العقد واولدها فان صححنا العقد فالولد حر وكذا ان قلنا بفساده وكان جاهلا بالفساد ولو كان عالما فهو زان والولد رق تبعا للامة لا
بسبب الشرط وان قلنا بصحة الشرط لزم ولم يسقط بالاسقاط وانما يعود الى الحرية بسبب جديد كالتنكيل ونحوه واعلم ان الرواية المذكورة رواها
الشيخ في بيعه مقطوعة وتبعه العلماء على ذلك فوصفوها بالقطع سواء عملوا بها ام لا مع انه في الاستبصار وصلها الى ابي عبد الله ع فيخرج بذلك
لكن لم يخرج به عن الاضطراب من حيث ان الراوي واحد وسقوطها ضعيف السند فان في طريقها ابا سعيد وهو مجهول او مشترك بين الثقة والضعيف
قوله اذا تزوج الحر امة اه اذا تزوج الحر امة من غير اذن مالكها ثم وطئها قبل الرضا فلا يخ اما ان يكونا عالمين بالتحريم او جاهلين او بالتفريق فالصور اربع
الاولى ان يكونا عالمين بالتحريم فالوطي زنا فيثبت عليهما الحد بحسب حالهما وفي ثبوت المهر للمولى قولان احدهما وبه قطع المص عدمه لانها زانية ولا مهر
للزانية لقوله لا مهر لبغي وهو نكرة في سياق النفي فيعم موضع النزاع واللام هنا للاختصاص الدال على مطلق المقابلة مثلها في قولك لا اجرة للدار
ولا للدابة ولا للعبد ونحو ذلك فيشمل الملك والاستحقاق ولان البضع لا يثبت لمنافعه عوض الا بعقد او شبهة او اكراه لها لتخرج عن كونها
بغيا والثاني ثبوت المهر للمولى لان البضع ملكه فلا يؤثر علمها ورضاها في سقوط حقه والخبر مع تسليمه لا يتناول محل النزاع من وجهين احدهما ان
المهر مختص بالحرة فلا يقال لعوض بضع الامة مهر الا مجازا بل يطلق عليه اسم العقر او العشر او نصفه ونحو ذلك ومن ثم يطلق على الحرة اسم المهيرة فعيلة
بمعنى مهورة ويقال في الفرق في ضرب يقولهم او زوجه بنت مهيرة فادخل عليه بنت امة والثاني من جهة اللام فان المنفي انما هو ملك البغي للمهر او استحقاقها
او اختصاصها والثلثة منتفية عن الامة لان المختص به انما هو المولى واستحقاقه له او ملكه واضح وعلى تقدير استعمالها في مطلق المقابلة فمعناها
مشترك والمشترك لا يحمل على احد معانيه بدون القرينة وهي منتفية ان لم يكن في الاستحقاق او الملك اظهر بقرينة المهر المتعين للحرة وهذا
القول متجه الا انه يتوقف على اثبات كون البضع مضمونا على هذا الوجه فان ما ثبت لنا على نهج الامور الصرفة ليكون مطلق الانتفاع به موجبا
للعوض وانما يستحق العوض به على وجه مخصوص فانه لو قبل احد مملوكة الغير او استمتع بها بما دون الوطي لم يكن له عوض بخلاف ما لو استخدمها

٥٢ وللزم عدم نقصانها بسبب والثالث على الزاني العقوبة الدنيوية والاخروية وما سواه يحتاج الى دليل وهو حاصل مع العقد والشبهة نعم لو كانت بكرا لزمه ارش البكارة لانها جناية فلا تدخل في المهر هنا وان دخلت فيه على بعض الوجوه وربما احتمل كونه مهرا لان الشارع جعله تبعا للوطي فيأتي فيه الخلاف السابق والاصح الاول لان الجناية على المال المملوك الموجبة لنقص المالية مضمونة بغير اشكال بخلاف المهر واما حكم الولد الناشي من ذلك فانه يكون رقا لمولاها بغير اشكال كما في كل ولد يحدث للامة عن زنا الثانية ان يكونا جاهلين بالتحريم اما بان لم يعلما تحريم التزويج بغير اذن مالك الامة او بعلمه ولكن حدثت لهما شبهة اوجبت ذلك كان وجدها على فراشه فظنها زوجة او امة وان كان قد عقد عليها او لا فان مجرد العقد لا اثر له وظنت هي انه مولاها ونحو ذلك ولا حد على احدهما للشبهة الدارئة له وعليه المهر هنا قطعا وهل هو المسمى او مهر المثل قولان تقدم مثلهما في باب الرضاع وغيره ويظهر من المص انه المسمى لانه العوض الذي تراضيا عليه بالعقد وهو صحيح ظاهرا بسبب الشبهة وفيه نظر لفساد العقد في نفس الامر ولا اثر لظهور صحته والامر بخلافه فثبوت مهر المثل اقوى وفيه قول ثالث انه العشر او نصفه وسيأتي وانما لم يذكر المص هنا اقتصارا على مورد النص فانه لم يرد الا في مدعية العتق اذا تزوجها الحر وان اتت بولد كان حرا تابعا لابيه ولكن على الاب قيمته للمولى لانه نماء ملكه وتعتبر القيمة يوم سقوطه حيا لانه وقت الحيلولة وافراده بالتقويم والحكم عليه بالمالية لو كان رقا ولو سقط ميتا فلا شيء له لانه لا قيمة للميت وفي حكم كونه جنينا لا ينفرد بالتقويم الثالثة ان يكون الحر جاهلا والامة عالمة والحكم في سقوط الحد ولحوق الولد به ووجوب القيمة كالسابقة وكذا في وجوب المهر على ما اطلقه المص وجماعة بناء على انه وطي محترم من قبله من حيث الشبهة فيثبت عوضه وظاهرهم بل صرح بعضهم عدم الفرق بين علمها وجهلها في ذلك هنا ولا يخلو عن اشكال لانها مع العلم بغي فينبغي مجيء الخلاف السابق لكن لم يذكروه هنا الرابعة عكسه بان يكون هي الجاهلة خاصة فالحد عليه وينتفي عنه الولد لانه عاهر وله الحجر ويثبت عليه المهر لمولاها والولد رق له وهذا كله اذا لم يجز المولى العقد فان اجازه قبل الوطي فواضح وان كان بعده بني على ان الاجازة هل هي كاشفة عن صحة العقد من حينه ام مصححة له من حينها فعلى الاول وهو الاقوى يلحق به الولد وان كان عالما حال الوطي بالتحريم ويسقط عنه الحد وان كان قد وطئ محرما حال انه ويلزمه المهر لانكشاف كونها زوجة حال الوطي واقدامه على المحرم يوجب التعزير لا الحد وعلى الثاني يبقى الاحكام السابقة باسرها لانها حين الوطي لم تكن زوجة ظاهرا ولا في نفس الامر وانما كان قد حصل جزء السبب المبيح ولا يتم الا بعد الوطي فكان كما لو لم يكن هناك عقد اصلا قوله وكذا لو عقد عليها آه ما تقدم حكم ما اذا تزوج الحر الامة من غير ان تدعي هي الحرية وهذا حكم ما لو ادعتها وانما جعلهما مسئلتين مع اتحادهما في الحكم عنده لوقوع الخلاف في هذه الصورة بخصوصها وتحقيقها ان الامة اذا ادعت الحرية فعقد عليها الحر النكاح فان كان عالما بفساد دعويها وبالتحريم فحكمه كالصورة الاولى من المسئلة السابقة وان كان جاهلا بالحال اما لدعويها انها حرة الاصل وهو لا يعلم بالحال فيبنى على الظاهر ومع علمه بكونها مملوكة ولكن ظهر له قرائن كثيرة تثمر الظن بصدقها فتوهم الحل بذلك او توهم الحل بمجرد دعويها وبالجملة حصل له شبهة جوازه تزويجها على تلك الحال فالحكم كما مر من عدم الحد ولزوم المهر لانه عوض عن الوطي المحترم اذ هو ليس بزنا ولا ملك يمين هكذا اطلق الجميع بل ادعى عليه بعضهم اجماع المسلمين ولم يفرق بين كونها عالمة بالتحريم وجاهلة ولو قيل بعدم لزوم المهر على تقدير علمها كالسابق امكن لوجود العلة وهي كونها بغيا وقد وقع على المهر مع فساده في نفس الامر وعموم نفي المهر في الخبر على القول به لا يوجب ثبوته لكن الامر في الاتفاق كما ترى ثم في تقديره اقوال احدها انه المسمى لانه عقد صحيح قبض فيه احد العوضين فيجب الاخر وعروض الفسخ لا يوجب فساده من اصله وهو ظاهر اختيار المص والاكثر وفيه نظر لانه واقع بغير اذن السيد ولا اثر لصحته ظاهرا اذا تبين فساده بعد ذلك ودعوى كون الفسخ لا يفسده من اصله غير سديدة والثاني انه مهر المثل ذهب اليه الشيخ في ط ونقله فخر الدين عن ابن حمزة كما نقل الاول عن القاضي ابن البراج وردهما الشهيد في شرح الارشاد وحكم بانهما قائلان بالثالث ووجه هذا القول ما اشرنا اليه سابقا من انها ملك الغير والنكاح موقوف على رضاه فحيث لم يرض بطل من اصله فكان كالفاسد وقد حصل الوطي المحترم بسبب الجهل فوجب مهر المثل وهو واضح هذا اذا لم يجز المولى والا فالمسمى وان كان الوطي قبل الاجازة بناء على القول الاصح من انها كاشفة والثالث وجوب عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصفه ان كانت ثيبا وهو مختار الشيخ في يه والقاضي وابن حمزة ومستنده صحيحة الوليد بن صبيح عن ابي عبد الله ع في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها امة دلست نفسها قال ان كان الذي زوجها اياه من غير مواليها فالنكاح فاسد قلت كيف يصنع بالمهر الذي اخذت منه قال ان وجد مما اعطاها شيئا فليأخذه وان لم يجد شيئا فلا شيء له عليها وان كان زوجها اياه ولي لها ارتجع على وليها بما اخذت منه ولمواليها عليه عشر قيمتها ان كانت بكرا وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها قلت فان جاءت منه بولد قال اولادها منه احرار اذا كان النكاح بغير اذن المولى وينبغي ان يكون العمل بها لصحتها وربما حملت على ما اذا طابق العشر او نصفه لمهر المثل وهو بعيد ومن الجائز اختصاص الامة بهذا الحكم وجعل مهر المثل للحرة او للامة ايضا في غير موضع النص وقول المص بعد ذلك ولو كان دفع اليها مهرا استعاد ما وجد منه لا يتم هذا القول لانه مذكور معه في الرواية ومع ذلك يجري على مختار المص بل على الاقوال كلها الا انا ان جعلنا الواجب مهر المثل او العشر او نصفه فهو للمالك لا يتعين الا بقبضه فدفعه اليها لم يتعين الا بقبض المالك او وكيله فيكون باقيا على ملكه فله استعادة ما يجده منه ويتبعها بما تلف بعد عتقها واما على القول بلزوم المسمى وكان المدفوع هو المسمى او بعضه فهو مضمون على الدافع الى ان يصل الى السيد او وكيله فان تلف قبل ذلك غرم للسيد بدله ويتبعها بالتالف كذلك وانما جعلنا هذا الحكم من تتمة القول بوجوب العشر او نصفه خاصة مع جريانه على الجميع لان ما بعده من الاحكام مخصوص بهذا القول فلا يلائم توسط حكم مغاير لها بين احكامه والاحكام الباقية وهي قوله وكان ولدها منه رقا وهذا مذهب الشيخ واتباعه واما المص فقد تقدم حكمه بان الولد مع الشبهة الجارية على الاب يكون حرا وان لزمته القيمة وهذا منه لان المفروض اشتباه الحال عليه

وكذا لو عقد عليها لدعواها الحرية لزمه المهر ... فيها ان كانت بكرا ... العشر ان كان ثيبا ... الموضع لو كان دفع ... مهرا استعاد ما وجد منه ... وكان ولدها منه رقا ... ان يفكه بالقيمة ... ويلزم المولى ... ان يحال ... متن

ومن ثم لحوقه به وقد صرح بكونه حرا في الرواية السابقة التي هي مستند الشيخ على وجوب العشر او نصفه لكنه خالف في الحكم بحرية الولد وحكم بكونه رقا وعلى الاب فكه بقيمته يوم سقط حيا وعلى المولى دفعه اليه ومع اعساره يستسعى في القيمة ومستند ذلك كله رواية زرارة في الحسن قال قلت لابي عبد الله ع امة ابقت من مواليها فاتت قبيلة غير قبيلتها فادعت انها حرة فوثب عليها رجل فتزوجها فظفر بها مولاها بعد ذلك وقد ولدت اولادا فقال ان اقام البينة الزوج على انه تزوجها على انها حرة اعتق ولدها وذهب القوم بامتهم وان لم يقم البينة اوجع ظهره واسترق ولده وموثقة سماعة قال سئلت ابا عبد الله ع عن مملوكة اتت قوما وزعمت انها حرة فتزوجها رجل منهم واولدها ولدا ثم ان مولاها اتاهم فاقام عندهم البينة انها مملوكة واقرت الجارية بذلك فقال تدفع الى مولاها هي وولدها وعلى مولاها ان يدفع ولدها الى ابيه بقيمته يوم يصير اليه قلت فان لم يكن لابيه ما يأخذ ابنه به قال يسعى ابوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده قلت فان ابى الاب ان يسعى في ثمن ابنه قال فعلى الامام ان يفتديه ولا يملك ولد حر وحمل الشيخ الرواية الاولى الدالة على ان الولد حر على ما اذا ادى الاب ثمنه او على ما اذا شهد شاهدان انها حرة جمعا بين الاخبار لكن الرواية الدالة على حريته اصح سندا فالعمل بها اولى وتظهر فائدة القولين مع اتفاقهما على وجوب دفع القيمة وحريته بدفعها فيما لو لم يدفعها لفقر او غيره فعلى القول بحريته تبقى دينا في ذمته والولد حر وعلى القول الاخر يتوقف على دفعها وما الحكم باستسعاء الاب في القيمة مبني على رواية سماعة وسندها ضعيف به وهو من جملة الديون ولا يجب الاستسعاء فيها بل ينظر الى الميسرة لعموم قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وهذا اقوى ويمكن حمل الامر بالاستسعاء على الاستحباب قوله فان ابى السعي آه هذا البحث متفرع على قول الشيخ بكون الولد رقا وان اباه يستسعى قال الشيخ فان امتنع من السعي فداه الامام من سهم الرقاب في المسند رواية سماعة السابقة وزاد الشيخ فيها كون فداءه من سهم الرقاب ولم يتعرض في الرواية لمحله هل هو بيت المال او الزكوة والشيخ نظر الى ان الولد رق وفكه واجب فيدخل في عموم قوله تعالى وفي الرقاب وبهذا التوجيه يندفع انكار ابن ادريس فك الامام له من السهم المذكور بناء على ان الولد حر فكيف يشتري من سهم الرقاب وهذا الانكار مصادرة لان الشيخ لا يقول بحرية الولد حتى يرد عليه ذلك نعم قول ابن ادريس جيد بناء على القول بالحرية لا بهذه التفريعة التي ردها على الشيخ والمص جعل هذا البحث مستقلا اجاريا على القولين وجعل عدم قبول الشيخ عدم وجوب فكه على الامام لانه قيمته دين لازم للاب فلا يجب عليه دفعه عنه كغيره من الديون وهذا القول قوي لضعف مستند الحكم بوجوبه على الامام ثم القائلون بوجوبه على الامام اختلفوا في محله فقيل سهم الرقاب كما نقلناه عن الشيخ وهو حسن على مذهبه من رقية الولد وقيل من بيت المال لانه معد للمصالح وهذا منها وان قلنا بكون الولد حرا فلا باس به حيث يكون في بيت المال سعة لمثل ذلك وهذا هو مراد من اطلق وجوبه على الامام واعلم ان محل الخلاف في وجوب الفك على الامام وعدمه هو المسئلة الاخيرة كما هو منطوق الرواية وكلام الشيخ واما غيرها مما يجب على الاب فيه فك الولد فليس فيه ما يدل على وجوبه على الامام حيث يتعذر اخذه من الاب ويمكن تمشي الوجوب من حيث الاشتراك في العلة وقصره على مورده لحكم في الرواية بكون الولد رقا فتخليصه من الرقية منهم اقوى من انعقد حرا وانما وجب على الاب قيمته لا من حيث كونه رقا في وقته من الاوقات بل لانه عوض ما فات على المولى من نماء الامة و الطريق الى معرفته هو تقويم الولد فتكون قيمته دينا من ديون الاب لا تعلق للامام بها ولا لاية الزكوة وهذا هو الوجه وقد تلخص مما ذكرناه ان القول بفداء الامام له ضعيف المستند وانا ان قلنا به لكان محله بيت المال ان جعلنا الولد حرا او سهم الرقاب ان جعلناه رقا وانا لا نوثر كونه حرا وقيمته على الاب تؤخذ منه مع يساره وينظر بها مع اعساره قوله اذا زوج عبده آه ذهب الشيخان واتباعهما الى وجوب الاعطاء لحسنة الحلبي قال قلت لابي عبد الله ع الرجل كيف ينكح عبده امته قال يقول انكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله او من قبل مولاه ولو مد من طعام او درهم ونحو ذلك وقريب منها رواية الحلبي عن الباقر ع وذهب المص والاكثر الى الاستحباب لعدم صراحة الرواية في الوجوب لما فيه من جبر قلبها مع ان المملوك ملك لمولاها فلا وجه لوجوب صرف شيء من ماله الى جزء من ملكه وما يدفعه العبد هو من مال المولى ايضا لان ما بيده من كسبه او غيره هو للمولى وليس هذا كالنفقة الواجبة للمملوك على المولى لان النفقة لم تجب في مقابلة شيء وانما هي من توابع المالية التي لا يتم بقاؤها الا بها بخلاف المهر الذي هو عوض البضع وهو ملك للمولى فلا معنى لاستحقاق المولى على نفسه شيئا في مقابلة ملك اخر له واعلم ان الظاهر من حال هذا المدفوع انه ليس على جهة كونه مهرا بل مجرد الصلة والبر وجبر الخاطر للمملوكين ولهذا لا يتقدر بقدر مهر المثل مع الدخول ولا بغيره وح فلا فرق على القول بوجوبه او استحبابه بين القول بكون تزويج المولى عبده بامته عقدا او اباحة لو وجوب ومن ثم اطلق المص وغيره القول بالوجوب او الاستحباب وربما قيل انه مخصوص بالقول بكونه عقدا ليكون ذلك مهرا اما على القول بالاباحة فلا وجه له لو وجب واطلاق النص والفتوى يأبى هذا التفصيل والحكمة متحققة على التقديرين قوله ولو مات كان الخيار للوارث فلانه ملكه فامره بيده ولان ذلك ثابت في كل من يتلقى الملك وان لم يكن وارثا فهنا اولى لقيامه مقام المورث الذي كان امره بيده واما انتفاء الخيار للامة فلعدم المقتضي له قوله اذا تزوج العبد آه هذه المسئلة عكس السابقة الثالثة وكان اتباعها بها من غير تخلل الرابعة اوفق بحقيقة المقابلة وحاصل الحكم فيها ان العبد اذا تزوج بحرة من دون اذن مولاه فاما ان تكون عالمة بانه رق او لا وعلى تقدير علمها برقيته اما ان تعلم بتحريم نكاحه والحال هذه ام لا فان علمت بالتحريم فلا مهر لها ولا نفقة لتضييعها حقها لعلمها بحاله فكانت بغيا لا مهر لها ويشهد له مع موافقته للاصول الشرعية رواية السكوني عن ابي عبد الله ع قال قال رسول الله ص ايما امرأة زوجت نفسها عبدا بغير اذن مواليه فقد اباحت فرجها ولا صداق لها ولم يذكر واهنا ان عليها الحد مع العلم فيمكن اتكاله على القواعد المقررة من وجوبه على الزاني العالم وهو صادق عليها ومجرد العقد لا يعد شبهة عند تمام العلم بفساده فضعف عقلها لا يوجب اخراجها من القواعد الكلية مع دخولها في التكليف وربما قيل الاحد عليها

وانا بالمعنى فيحل ... الامام قبل تعذر ... فيها ضعف وقيل ... لانه للاب ... قيل بوجوب الفك على الامام ... فلو اتى بعض ... الرقاب وغيره من سهم ... اذا زوج عبده امته ... ان يعطيها المولى شيئا من ماله ... قيل نعم والاستحباب اشبه ... ولو مات كان الخيار للورثة ... في امضاء العقد وفسخه ... ولا خيار للامة ... اذا تزوج العبد بحرة مع العلم ... بعدم الاذن لم يكن لها مهر ... ولا نفقة مع علمها بالتحريم ... وكان اولادها منه رقا ... ولو كانت جاهلة كانوا احرارا ... ولا يجب عليها قيمتهم وكان ... مهرها لازما لذمة العبد ... ان دخل بها يتبع به اذا ... متن

٥١٢ وحمل كلامهم على ظاهره من عدم الوجوب من حيث ان هذا العقد فضولي موقوف على الاجازة فلا يبعد عده شبهة بالنسبة الى المرأة لضعف عقلها دون الرجل ويضعف بان ذلك وارد في عقد الفضولي على الحر المولى عليه اذا علمت بالتحريم دونه ويمكن الاستيناس له بظاهر حسنة زرارة عن الباقر ع قال سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما الى قوله في الحديث انه لم يعص الله انما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز وفي رواية اخرى عن زرارة عنه ع قال سألته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه قال ذلك لمولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء اجاز نكاحهما الى قوله فقلت لابي جعفر ع ان اصل النكاح كان عاصيا فقال ابو جعفر ع انما اتى شيئا حلالا وليس بعاص لله انما عصى سيده ولم يعص ذلك كاتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدة واشباهه ولعل هذه النصوص هي الموجبة لعدم ذكر الحد الآن في مفاوضتها لعمومات الادلة الدالة على ثبوته نظرا الى ان الاولى ليست صريحة والثانية في طريقها موسى بن بكر وهو ضعيف ثم ان الفرق ولعل في هذه الحالة فرق لمولاه لعدم لحوق بها نسب بينهما فلا وجه لحريته وهو نماء العبد وفي بعض الروايات دلالة عليه لعل هذا لو كان كونها زانية محضا ولو جهلت التحريم اما لجهلها بالرق او بالحكم فان الحر لانه لاحق بها فيتبعها في الحرية لما تقدم من تبعيته لاشرف الطرفين ولا قيمة عليها للمولى لانه نماؤها حقيقة وانما حكم بالقيمة حيث بسبب الرقية وهي اثر وما قيل في الفرق ان الاب سبب فاعلي بالنسبة الى الولد فهو المباشر والام قابل ومتى اجتمع المباشر وغيره في الاتلاف فالضمان انما هو على المباشر ولما امتنع ان يثبت للسيد على مملوكه مال امتنع استحقاق القيمة هنا فهو تكلف ظاهر واما المهر فانه مع الجهل يثبت في ذمة العبد لان الوطي المحترم لا يخلو من مهر فيتبع به اذا اعتق والمراد به المسمى او مهر المثل على ما مر من الخلاف ولو اجاز المولى بعد ذلك فلا ريب في كونه المسمى واما النفقة فهي تابعة لصحة العقد بالاجازة فان انتفت انتفت لعدم الزوجية التي هي مناطها هنا قوله اذا تزوج عبد بامة الخ هذا التفصيل ذكره الاصحاب كذلك وظاهرهم الاتفاق عليه وظهر من بعضهم انه منصوص ولم نقف عليه والحكم فيه مع اذن المولين واضح لانه نماء الابوين فناسب ان يكون للمولين مع ان ابا الصلاح جعل الولد لمولى الام خاصة كغيرها من الحيوانات الا ان يشترط مولى العبد فيكون له بحسب شرطه والمشهور ما ذكره المص واما مع عدم اذنهما معا فكذا لما تقدم من الاخبار ما يؤنس بانه ليس كالزنا المحض فلذلك الحقوه بالواذناه واما الحوقه بمن لم ياذن اذا اذن احدهما دون الاخر فقد علله بان الاذن لمملوكه في التزويج مطلقا مقدم على فوات الولد منه لانه قد يتزوج من ليس برق فينعقد الولد حرا بخلاف من لم ياذن فيكون الولد له خاصة واما حكم الزنا والحاق الولد بالامة فظاهر لان الزاني لا يلحق به ولد وان شاركته الامة في ذلك لانه نماؤها وان كان اصله محرما وبالجملة فهذه احكام متوقفة على نص او اجماع والا فللبحث فيها مجال قوله لو تزوج امة الخ اما بطلان العقد فلان ملك الجزء يبطل عقده لامتناع ان يعقد الانسان لنفسه على امته عقدا وهو يستلزم بطلان الاستدامة ولا يمكن الحكم ببقاء العقد في الجزء الاخر لان العقد لا يتبعض ليبطل في بعضه ويصح في بعض اخر فتعين بطلانه في الجميع واما تحريم وطيها حينئذ فلاستلزامه التصرف في مال الغير بغير اذنه الممنوع عقلا وشرعا ولا طريق الى حلها له الا بشراء الجميع او بيع الجميع ثم تجديد سبب مبيح له ولا يكفي رضاء الشريك بالعقد السابق لما ذكرناه من بطلانه وخالف في ذلك الشيخ في يه حيث قال وحرم عليه الا ان يشتري النصف الاخر او يرضى مالك نصفها بالعقد فيكون ذلك عقدا مستأنفا وتبعه تلميذه القاضي واستضعفه المص وهو ظ لانه ان كان قد بطل بالشراء كما هو الظ فكيف يصير صحيحا بمجرد الرضا وان لم يبطل فلا وجه لاعتبار رضاه بعد العقد لانه وقع اولا برضاه ولم يتجدد له ملك فلا يقف على اجازته ثانيا وللمص في نكت النهاية بالحمل على ايقاع البيع على النصف الثاني ويكون الطريق الى حلها في كلام الشيخ امرا واحدا وهو شراء النصف الاخر والتقدير الا ان يشتري النصف الاخر من البايع ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد فيكون الاجازة له كالعقد المستانف ويكون الالف من قوله او وقعت سهوا من الناسخ او يكون بمعنى الواو وهذا التاويل وان كان بعيدا الا ان بناء حكم الشيخ على ظاهره ابعد قال العلامة في لف بعد نقله لذلك الوجه عندي ان الاشارة بذلك الى العقد الاول وبطلانه في حق الشريك ثم وهذا الوجه ضعيف جدا لان العقد ان لم يكن باطلا في حق الشريك لا معنى لاعتبار رضى الشريك به بعد العقد مع ما فيه من لزوم تبعيض سبب الاباحة قوله ولو حللها له الخ هذا من جملة الاسباب المقتضية لاباحة الامة المذكورة للمشتري وهو تحليل الشريك وقد اختلف في افادته الاباحة فذهب الاكثر الى عدم حلها بذلك لاستلزامه تبعيض سبب الاباحة بمعنى حصوله بامرين مع ان الله تع حصره في امرين العقد والملك في قوله الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والتفصيل قاطع للشركة فلا يكون الملفق منهما سببا والمعلوم من الاية ارادة منع الخلو والجمع معا لان المنفصلة وان احتملت الامرين الا ان هذا المعنى متيقن ومنع الخلو خاصة غير متيقن والاصل تحريم الفرج بغير سبب محلل واذا احتمل الامران وجب الاقتصار على المتحقق منهما وذهب ابن ادريس الى حلها بذلك ولا يلزم التبعيض لان التحليل شعبة من الملك من حيث انه تمليك المنفعة ومن ثم لم يخرج عن الحصر المذكور في الاية والا لما حلت به وح فيكون حل جميعها بالملك ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع في جارية بين رجلين دبراها جميعا ثم احل احدهما فرجها لصاحبه قال هو له حلال وهذه الرواية تصلح شاهدا لابن ادريس فانه لا يستند الى مثل هذه الاخبار مع صحتها فكيف مع ضعفها وكلام ابن ادريس متوجه وان كان المنع اولى وما قيل من بقاء التبعيض من حيث ان بعضها مستباح بملك الرقبة والاخر بملك المنفعة وهما متغايران وان التحليل اما عقد او اباحة وكلاهما مغاير لملك الرقبة فيلزم التبعيض فيه ان التبعيض الممنوع ما خرج عن القسمين المذكورين في الاية لا مطلق التبعيض لان الغرض رجوع ما قيل بانه سبب للحل الى ما ذكر في الاية من القسمين من غير ان يكون مجتمعا فيهما ولما جعل التحليل راجعا الى ملك اليمين لئلا يخرج عن القسمين كان مجموع ما يقع من افراده سببا واحدا سواء كان مستندا الى ملك الرقبة ام الى التحليل ام اليهما ام الى المجموع منها او من احدهما كما لو اشترى بعض الامة وابيح له بعض الاخر او حلل له جميع الشركاء الذين ليس له فيها شركة او اجتمع الامران كما

هنا يمزج

٥١٣ هنا فيرجع الامر كله الى استباحة جميعها بالملك وان اختلفت اسبابا واما ما قيل في وجه الاباحة للمالك بذلك والخروج عن التبعيض من ان الامة قبل التحليل من الشريك محرمة باجمعها وبالتحليل حلت فليس السبب المحلل الا التحليل وهو واحد وفيه ان تحريمها قبل التحليل انما كان لعدم تمام السبب حيث ان بعضها مملوك له وبعضها لغيره وتحليل الشريك اوجب تمام السبب لا انه سبب تام في الحل فان الشريك لم يحلل الا نصيبه ولهذا لو كانت لشريكين فاحلها احدهما لم يحل فظهر ان حلها حيث كان من احد الشريكين لصاحبه انما هو لتمام السبب لا لانه سبب تام وفرق بين الامرين والمدعى لا يتم الا بالامر الثاني قوله وكذا لو ملك نصفها الخ لا شبهة في ان وطي المالك للامة التي قد اعتق بعضها غير جائز بالملك لان النصف الاخر حر وليس ملك البعض كافيا في الحل ولما عرفت ان الفرج لا يستباح بشيئين مختلفين ظهر انه لا يباح وطيها ايضا بالعقد لاستلزامه تعدد السبب واولى منه انه لا يباح بالاباحة لذلك لان المرأة ليس لها تحليل نفسها بخلاف الشريك واما اذا هاياها وعقد عليها متعة في ايامها فالاكثر على منعه لانه لا يخرج عن كونه مالكا لذلك البعض بالمهاياة وهو يمنع من العقد لاستحالة العقد على ملكه وتعدد السبب واليه اشار المص بقوله لما ذكرناه من العلة ولان منافع البضع لا تدخل في المهاياة والا لحل المتعة بغيره في ايامها وهو باطل اتفاقا وقال الشيخ في يه بالجواز لرواية محمد بن مسلم السابقة عن الباقر ع في جارية بين شريكين دبراها جميعا ثم احل احدهما فرجها لشريكه فقال هو له حلال الخبر قال وايهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من قبل الذي مات ونصفها مدبرا قلت ارايت ان اراد الباقي منهما ان يمسها اله ذلك قال لا الا ان يثبت عتقها ويتزوجها برضا منها قلت اليس قد صار نصفها حرا وقد ملكت نصف رقبتها والنصف الاخر للباقي منهما قال بلى قلت فان هي جعلت مولاها في حل من فرجها له ذلك قال لا يجوز ذلك قلت ولم لا يجوز له ذلك كما اجزت للذي كان له نصفها حين احل فرجها لشريكه منها قال ان الحرة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله ولكن لها من نفسها يوم وللذي دبرها يوم فان احب ان يتزوجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قل او كثر وفي الطريق ضعف فالقول بالمنع اصح واعلم انه لا يخفى ان المولى لو اذن لها في النكاح صح دواما ومتعة لاتحاد سبب الاباحة بالعقد والمهر بينهما بقدر الاستحقاق قوله ومن اللواحق سميت هذه الامور بذلك لانها تطرأ على عقد الامة فتوجب حكما لم يكن قبل ذلك من التسلط على فسخ العقد وتحريمها في بعض الموارد كما ستقف عليه مفصلا واطلاق الطوارئ عليها امر اغلبي لا اطلاق المبطلات للعقد كما ذكره غيره لانها لا تبطله مط كما لا يخفى بل قد تبطله وقد تؤول الى الابطال وانما خص الامور الثلاثة مع ان الطارئ على نكاح المماليك غير منحصر فيها لكثرة مباحثها وتشعب احكامها فناسب تخصيصها بالذكر وذكر الباقي في ضمنها او في محل اخر يناسبه قوله فاذا اعتقت المملوكة الخ اذا تجدد عتق الامة بعد تزويجها بعبد كان لها الخيار باجماع المسلمين والاصل فيه ان بريرة اعتقها عائشة فخيرها رسول الله ص واختلفت الروايات في ان زوجها واسمه كان مغيثا هل كان حرا او عبدا والقدر المتفق عليه تخييرها لو كان عبدا وهو ايضا موافق للحكمة لحدوث الكمال لها وبقاء نقصه بالعبودية المقتضي لتضررها من حيث ان سيده يمنعه عنها بحقوقه ولا ينفق على ولدها ولا ولاية له عليهم ولا ارث منه الى غير ذلك من الموجبات للتضرر واختلفوا في ثبوت الخيار لها اذا كان الزوج حرا فذهب الاكثر ومنهم الشيخ في يه والمص في النافع الى ثبوته ايضا لعموم صحيحة ابي الصباح الكناني عن الص ع قال ايما امرأة اعتقت فامرها بيدها ان شاءت اقامت وان شاءت فارقته وروا زيد الشحام عنه ع قال اذا اعتقت الامة ولها زوج خيرت ان كانت تحت حر او عبد وفي بيتها رواية محمد بن ادم عن الرضا ع وذهب المص في هذا الكتاب وقبله الشيخ في ط وف الى عدم الخيار لاصالة لزوم العقد فحدوث الخيار يحتاج الى دليل وهو منتف في الحر لما روي من ان زوج بريرة كان عبدا وهو اصل الحكم وجوابه ان الدليل موجود وهو الرواية الصحيحة السابقة الدالة بعمومها عليه وخصوص الروايتين الاخيرتين شاهد صريح وان ضعف طريقهما واما زوج بريرة فقد اختلفت الروايات فيه ففي بعضها انه كان عبدا وفي اخر انه كان حرا وعلى هذا فلا دلالة فيه على مطلوبنا وعلى الاول لا يدل الا من حيث المفهوم المخالف وهو ضعيف فكيف مع معارضته للمنطوق ولو كان مبعضا فاولى بالثبوت وكذا المدبر والمكاتب اذا تقرر ذلك فهذا الخيار على الفور ويظهر من الجماعة الاتفاق عليه اقتصارا في فسخ العقد اللازم على موضع اليقين والضرورة ولظ قوله ص لبريرة ملكت بضعك فاختاري فان الفاء للتعقيب من غير مهلة ويحتمل كونه على التراخي لثبوت الخيار في الجملة اجماعا فيستصحب الى ان يثبت المزيل والفاء اقتضت ثبوت الخيار من حين العتق بلا فصل ونحن نقول به لكنه لا ينافي امتداده ويؤيده ما روي ان مغيثا كان يطوف خلفها في سكك المدينة وان دموعه تسيل على لحيته يترضاها لتختاره وطلب من النبي ص ان يشفع له اليها فشفع له اليها فلم تقبل ولو كان على الفور لبطل حقها بالتاخير و استغنى عن الشفاعة واجيب بان ظاهر الحديث ان الشفاعة كانت بعد فسخها ولذلك ادعى انه كان يطوف ويبكي ولم يامرها بترك الفسخ بل قال لها لو راجعته فانه ابو ولدك فقالت يا رسول الله تامرني بامرك فقال لا بل انما انا شافع فقالت لا حاجة لي فيه والظ ان المراد من المراجعة تجديد النكاح وفيه نظر لان ما ذكر من الرواية ليس صريحا في وقوع الفسخ وكون ذلك على وجه المراجعة وفي بعض الفاظ الرواية تصريح بكون ذلك طلبا للاختيار فعن ابن عباس قال كان زوج بريرة عبدا يقال له مغيث كاني انظر اليه يطوف وراءها في سكك المدينة وان دموعه تسيل على لحيته يترضاها لتختاره فلم تفعل وفي رواية اخرى انه ص قال لبريرة ان قربك فلا خيار لك وهو دليل على التراخي وفي روايات الاصحاب ان النبي ص قال لها اختاري بغير فاء رواه عبد الله بن سنان في الصحيح وغيره والامر لا يفيد الفور وعلى كل حال فلا خروج عما عليه الاصحاب بقي في المسألة مباحث يتم بها احكامها الاول الحكم معلق على عتق مجموع الامة فلو اعتق بعضها فلا خيار لها وقوفا فيما خالف الاصل على مورده ولا فرق بين كون الاكثر هو بعض الحرية او بعض الرقية لانتفاء المقتضي فيهما ولو كمل عتقها تخيرت ح لوجود المقتضي في هذه الحالة والثاني لو كان الزوج عبدا وقلنا باختصاص الحكم به فلم تتخير حتى اعتق مع عدم منافاته الفورية كما لو لم تعلم بالعتق حتى اعتق ففي بقاء خيارها

٥١٤ اوزوال الرجهان اصحهما الاول لثبوته بالعتق والاصل بقاؤه كما في سائر الحقوق ثم لو ثبت ان تجدد الحرية من مسقطاته ووجه السقوط زوال الضرر بحريته وان سبب الخيار على هذا القول مركب من تجدد حريتها ورقيته والمركب يرتفع بارتفاع بعض اجزائه ويضعف بمنع علية السبب قبل عتقه و كونه شرطا في الثبوت فلا يقتضي شرطيته في البقاء الثالث لو كانت صغيرة او مجنونة تثبت لها الخيار عند الكمال وليس للمولى هنا تولي الاختيار لانه منوط بالشهوة والميل القلبي فلا يعتد بوقوعه من غيرها واذا كملت كان لها الخيار على الفور وللزوج الوطي قبل الاختيار لبقاء الزوجية ما لم تفسخ وكذا القول في وطيه قبل اختيارها وهي كاملة حيث لا ينافي الفورية الرابع لا فرق في ثبوت الخيار بين كونه قبل الدخول وبعده ثم ان كان قبله سقط المهر اذ الفسخ جاء من قبلها كاملا وان كان بعده فهو بحاله لاستقراره بالدخول سواء كان العتق قبل الدخول او بعده على الاصح لان الفسخ انما يرفع النكاح من حينه وان كان سببه قبل الدخول وح فقد استقر المسمى وحيث يستقر باختيارها الزوج او بالدخول قبل الفسخ فهو للسيد لوجوبه بالعقد على الاصح وكونها حالة العقد مملوكة الخامس لو اخرت الفسخ جهلا بالعتق لم يسقط خيارها وكذا مع علمها به وجهل الخيار او الفورية على الاقوى وكذا لو نسيت احدها وتقبل دعواها الجهل والنسيان مع امكانه في حقها مع اليمين لان ذلك لا يعرف الا من قبلها واصالة الجهل مستصحبة وربما فرق بين الجهل باصل الخيار والجهل بفوريته وحكم بعذرها في الاول دون الثاني من حيث اندفاع الضرر مع العلم بالخيار ولاشعاره بالرضا حيث اخره وح فانه ان التاخير جاز ان يكون لفائدة التروي ونحوه فحيث لا تعلم باشتراط الفورية لم يكن التاخير دليلا على الرضا وغايته كونه اعم فلا يدل على الخاص السادس يستثنى من الحكم بتخييرها على الاطلاق صورة واحدة وهي ما اذا كان قد زوجها بمقدار ثلث ماله وهو قيمتها ثلث ماله وترك ما لا ينفذ قيمتها ثم اعتقها في مرضه او اوصى بعتقها ووقع العتق قبل الدخول فان تخييرها للعتق يوجب سقوط المهر كاملا فلا ينفذ العتق في جميعها لانحصار التركة في الجارية ومقدار قيمتها فيبطل العتق فيما زاد على الثلث فيبطل خيارها لاشتراطه بعتق جميعها كما سلف فيؤدي ثبوته الى عدم ثبوته وهو دور ولا فرق في ذلك بين وقوع التزويج في مرضه وعدمه لان تزويجها لا يتضمن اتلافا بل اكتسابا للمهر نعم يشترط وقوع العتق في المرض اذا جعلنا منجزات المريض من الثلث او كونه بطريق الوصية كما مثلناه ولو كان العتق في حال الصحة او بعد الدخول كان لها التخيير بحاله ولو لم

ولو اعتق العبد اه انما لم يكن له خيار كالامة لوجود النقص المثبت لخيارها دونه ولان تخلصه منها بالطلاق بيده بخلافها واثبت له الخيار بعض العامة قياسا عليها وكما لا يثبت له الخيار لا يثبت لمولاه لانتفاء المقتضي في حقه وكذا الاخيار لزوجته حرة كانت او امة لانها رضيت به عبدا فاولى ان ترضى به حرا وهذا التعليل موجود في رواية علي بن حنظلة عن ابي عبد الله ع في قوله لانها قد تزوجته عبدا ورضيت به فهو حين صار حرا احق ان ترضى به قوله ولو زوج عبده امته اه وجه الخيار مع تقدم عتقها واضح لانه عبد فيثبت لها الخيار اجماعا عملا بالادلة السابقة واما اذا اعتقا دفعة سواء كانا لمالك واحد ام مالكين فثبوت الخيار لها مبني على تخييرها لو كانت تحت حر لان عتقهما دفعة اقتضى كون الحكم بخيارها حال الحرية فلا يثبت لها الخيار الا على القول به والمص قد نفاه فيما سبق وقد نبه العلامة في عد على ترتب الحكم بتخييرها هنا على الخلاف وهو اجود مما ذكره المص من هذا الوجه وفي التحرير وافق على اختصاص التخيير بما لو كان الزوج عبدا واثبت الخيار لها على تقدير عتقهما معا كما هنا قوله ويجوز ان يجعل اه من القواعد المعلومة ان تزويج الانسان امته باي مهر كان باطل الا اذا جعل مهرها عتقها فانه يجوز عند علماء اهل البيت ع قاطبة قال في لف لا نعرف فيه مخالفا من علمائنا والاصل فيه ان النبي ص اصطفى صفية بنت حيي بن اخطب من ولد هرون بن عمران ع في فتح خيبر ثم اعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها بعد ان حاضت حيضة والاخبار من طرق اهل البيت ع في ذلك كثيرة دالة على تعدية الجواز الى غيره ص خلاف ما يقوله كثير من العامة ان ذلك من خصايصه ص فروى محمد بن مسلم عن الباقر ع قال ايما رجل شاء ان يعتق جاريته ويتزوجها ويجعل صداقها عتقها فعل وروى عبيد بن زرارة عن الص ع قال قلت له رجل قال لجاريته اعتقتك وجعلت عتقك مهرك فقال جائز وروى الحلبي عن ابي عبد الله ع قال سألته عن الرجل يعتق الامة ويقول جعلت عتقك مهرك فقال حسن وغير ذلك من الاخبار وقد اورد المص في النكت على ذلك سؤالات واجاب عنها وحاصلها انه كيف يجوز ان يتزوج جاريته وهي مملوكة البضع بغير التزويج وكيف يتحقق الايجاب والقبول وهي مملوكة ثم المهر يجب ان يكون متحققا قبل العقد ومع تقديم العقد الذي هو مذهب الاكثر لا يكون متحققا ثم يلزم منه الدور فان العقد لا يتحقق الا بالمهر الذي هو العتق والعتق لا يتحقق الا بعد العقد والقبول واجاب بانه انما يمنع من العقد على مملوكته لبقاء الرقية وليس هنا لان العتق والعقد متقارنان ولانه كما جاز ان يعقد لغيره عليها لعدم تملك ذلك الغير جاز ان يعقد عليها لنفسه لعدم استقرار ملكه فانها تصير حرة ويمنع وجوب تحقق المهر قبل العقد ولم لا يجوز ان يكتفي بمقارنته للعقد وهو هنا كذلك فان المهر العتق وهو يقارن العقد سواء تقدم التزويج ام تاخر والدور غير لازم لانا نمنع توقف العقد على المهر وان استلزمه فان العقد عليها في نفسه جائز ولها صلاحية الاصداق كغيرها فلم لا يجوز جعلها او جعل فك ملكها مهرا لها ثم لو سلمنا منافاة هذه المسئلة للاصول فقد ورد النقل المستفيض عن اهل البيت ع بجوازه على وجه لا يمكن رده فوجب المصير اليها ويصير اصلا بنفسها كما صار ضرب الدية على العاقلة اصلا اذا تقرر ذلك فقد اختلف الاصحاب في اشتراط تقديم التزويج على العتق وعكسه وجواز كل منهما فالمشهور بينهم اشتراط تقديم التزويج ذهب اليه الشيخ في يه واتباعه وجماعة ومنهم المص في النافع لرواية علي بن جعفر عن اخيه قال سألته عن رجل قال لامته اعتقتك وجعلت عتقك مهرك فقال عتقت وهي بالخيار ان شاءت تزوجته وان شاءت فلا فان تزوجته فليعطها شيئا وان قال قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فان النكاح باطل ولا يعطيها شيئا ورواية محمد بن آدم عن الرضا ع في الرجل يقول لجاريته قد اعتقتك وجعلت صداقك عتقك قال جاز العتق والامر اليها ان شاءت زوجته نفسها وان شاءت لم تفعل فان زوجته نفسها فاحب له ان

يعطيها

٥١٥ يعطيها شيئا وفي دلالتهما على المطلوب مع قطع النظر عن سندهما بعد لان القائل بالصحة على تقدير تقديم العتق يعتبر معه التصريح بالتزويج وهو منتف في الروايتين فانه لم يذكر فيهما سوى العتق والمهر ولم يصرح بالتزويج ويدل عليه تصريحه بالبطلان في رواية علي بن جعفر مع تقديم التزويج الذي هو مطلوبهم فكيف يستند اليه على اشتراط تقديمه بها والسند لو اتضح بما ذكره المص من ان العتق لو سبق صارت حرة فلم يتعين تزويجها بدون رضاها بل كان لها الخيار في القبول والامتناع وجوابه ما سيأتي من ان الكلام لا يتم الا باخره فلا يقع العتق بدون التزويج كما لو قال اعتقتك وعليك خدمة سنة فانه يقع العتق وتلزمه الخدمة وذهب الشيخ في ف وابو الصلاح الى اشتراط تقديم العتق واختاره العلامة في لف والارشاد وولده فخر الدين في الشرح لرواية عبيد بن زرارة السابقة عن الص ع المتضمنة لتقديم قوله اعتقتك فقال جائز واورد عليها ان المطلوب اللزوم والجواز اعم منه واجيب بان المتبادر من مثل هذا الجواز الصحة لان السؤال انما هو عن حكم هذا العقد من حيث صحته وفساده فاذا اجيب بالجواز كان معناه الصحة وهو مجاز شايع ولانه يلزم من الصحة ان يكون جائزا ويمتنع انه اراد بالجواز التزلزل لان النكاح على هذا التقدير غير متزلزل بل اما واقع لازما او غير واقع والحق فالمسؤل عنه اللزوم فلو اريد غيره لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة او وقت السؤال وفي الرواية ايضا خلوها من لفظ التزويج كالاولتين واجيب بان اعتبار لفظه لا خفاء فيه فلعل السائل اعتمد على ظهوره واقتصر في السؤال على موضع الحاجة وفيه انه وارد في الاولتين وقد رددنا به ذلك واحتج الرابض بما ذكره المص من ان بضع الامة مباح لمالكها بدون العقد فلا يستباح بالعقد فلا بد من تقديم العتق ليقع العقد على الحرة ويضعف بان الكلام انما يتم باخره ولولا ذلك لم يصح جعل العتق مهرا لانه لو حكم بوقوعه باول الصيغة امتنع اعتباره في التزويج الثاني به بعده ومن دليل الفريقين وجوابهما ظهر ان الحق عدم الفرق بين تقديم العتق والتزويج وهو الذي استحسنه المص واكثر المتاخرين بقي في المسئلة بحث اخر وهو انه هل يفتقر في صحة النكاح مع الصيغة الواقعة من المولى الى لفظ من الامة يدل على الرضا ام لا الظاهر من اطلاق النصوص والفتاوى عدمه ولا نعلم فيه مخالفا ممن يجوز التزويج فاذا اعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها كان في معنى الاستثناء حل نكاحها من مقتضيات العتق لان مقتضاه يرفع ذلك التحريم ولانها حال الصيغة رقيقة لا اعتبار برضاها فلو اعتبر لزم بطلان ما وقع من المولى لانه قائم مقام القبول من حيث انه وظيفته ووظيفة الايجاب من جانبها ولا بد من كمال المتعاقدين حال الايجاب والقبول معا وهو منتف هنا وقيل يشترط قبولها بعد ذلك لاشتمال الصيغة على عقد النكاح وهو مركب شرعا من الايجاب والقبول ولا يمنع منه كونها رقيقة لانها بمنزلة الحرة حيث تصير حرة بتمامه فرقيتها غير مستقرة ولولا ذلك لامتنع تزويجها والواقع منها منزلة الايجاب وان كان بلفظ القبول لحصول ما يعتبر في العقد من اللفظ الواقع من المولى فكان المعتبر من جانبها مجرد الرضا به سواء كان سميناه ايجابا ام قبولا والاول اقوى قوله وام الولد اه لا ريب ان مجرد الاستيلاد ليس سببا في العتق نعم تتشبث به بالحرية وانما تعتق بموت المولى لان ولدها ينتقل اليه منها شيء او تنتقل جميعا اذا كان هو الوارث خاصة فيعتق عليه ما يرثه منها لما علم من ان ملك الولد لاحد ابويه يوجب عتقه عليه مط ولو بقي منها شيء خارج عن ملكه سرى اليه العتق ان كان نصيبه من التركة يفي به والا عتق بقدره ولو عجز النصيب من المتخلف منها سعت فيه ومن لا يلزم ولدها السعي فيه ولا يسري عليه لو كان له مال من غير التركة لما سيأتي من ان السراية مشروطة بالملك الاختياري والارث ليس منه وانما يسري عليه في باقي نصيبه من التركة لاطلاق النصوص الكثيرة انها تعتق من نصيبه من التركة والا لكان الاصل يقتضي ان لا يعتق عليه سوى نصيبه منها وقيل بوجوب سعي الولد في فك باقيها ابن حمزة وقريب منه قول الشيخ في ط فانه اوجب على الولد فكها من ماله وقال في يه يجب السعي على الولد اذا كان ثمنها دينا على مولاها ولم يخلف غيرها الا صالة البرائة والاول الاقوى من وجوب السعي عليه وعدم المقتضي للسراية عليه حتى يجب عليه فكها من بقية ماله لعدم الاختيار في ملكها وهذه المسئلة بباب الاستيلاد انسب وسنذكرها فيه مرة اخرى وانما ذكرها هاهنا ليفرع عليها ما سيأتي من قوله ولو كان ثمنها دينا فتزوجها المالك الخ فانه من مسائل النكاح قوله ولو مات اه التقييد بموته في حيوة ابيه ليخرج ما لو مات بعده فانها تعتق عليه كاملا وينبه بقوله عادت الى محض الرق على انها بالاستيلاد لم تخرج من اصل الرق وانما تتشبث بالحرية من حيث صلاحيتها للعتق بموت سيدها وولدها حي فاذا مات الولد في حيوة ابيه زالت تلك العلاقة التي تتشبث بها ورجعت الى الرق المحض المجوز للبيع وغيره وهذا مذهب علمائنا وخالف فيه الجمهور قوله ويجوز بيعها اه لا خلاف في جواز بيعها في ثمن رقبتها اذا مات مولاها ولم يخلف سواها واختلفوا فيما اذا كان حيا في هذه الحالة والاقوى جواز بيعها في الحالين وهو الذي قطع به المص ولم يفرق بين الامرين ولم ينقل خلافا فيه لندور القائل به وضعف مستنده ويدل على جواز بيعها في ثمن رقبتها مط رواية عمر بن يزيد عن ابي الحسن ع قال سألته عن ام الولد تباع في الدين قال نعم في ثمن رقبتها وروى عمر بن يزيد في الصحيح قال قلت لابي ابراهيم ع اسئلك قال سل قلت لم باع امير المؤمنين ع امهات الاولاد قال في فكاك رقابهن قلت وكيف ذلك قال ايما رجل اشترى جارية فاولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ ولدها منها وبيعت فادي ثمنها قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال لا وهذه الرواية كما دلت على جواز بيعها في ثمن رقبتها في هذه الحالة مط الشاملة لموت المولى وعدمه دلت على عدم جواز بيعها في غيره من الديون الشامل لما لو استغرقت التركة والقول المحكي بجواز بيعها في دينه وان لم يكن ثمنا لها مع موته واستغراق الدين للتركة لابن حمزة واختاره الشهيد في اللمعة وتوقف في لف ووجهه ان عتقها بعد موت مولاها انما هو من نصيب ولدها ولا نصيب على تقدير استغراق الدين التركة لقوله تع من بعد وصية يوصي بها او دين ولرواية ابي بصير عن ابي عبد الله ع وفي اخرها قال وان مات وعليه دين قومت على ابنها وان كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها وجوابه ان الاقوى انتقال التركة الى الوارث مط وان منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين ويلزمه اداء مقدار قيمة النصيب من ماله والرواية قاصرة سندا ودلالة ومشتملة من الاحكام على ما لا نقول به

٥١٦ الاصول فلا اعتداد بها ولو لم ولو كان ثم نهاد بناه القول المذكور للشيخ في يه واتباعه وقبله لابن الجنيد يعول لاجل صحيحة هشام بن سالم عن ابي بصير قال
سئل ابو عبد الله ع عن رجل باع من رجل جارية بكذا الى سنة فلما قبضها المشتري اعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك
بشهر فقال ابو عبد الله ع ان كان الذي اشتراها الى سنة له مال او عقدة يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه جائزا وان لم
يملك مالا او عقدة يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه باطلا لانه عتق ما لا يملك واري انها رق لمولاها الاول قيل له
وان كانت علقت من الذي اعتقها وتزوجها ما حال الذي في بطنها فقال الذي في بطنها مع امها كهيئتها قال المص في النكت ان سلم هذا النقل فلا كلام
لجواز استثناء هذا الحكم من جميع الاصول المنافية لعلة لا نعلمها لكن عندي ان هذا خبر واحد لا نعضده دليل فالرجوع الى الاصل اولى وهنا
مرجح بردها وقبله الفاضل ابن ادريس لمخالفتها الاصول الشرعية المقتضية لصحة التزويج والعتق لمصادفتهما الملك الصحيح وصدورهما من اهلها
الموجب لصحتهما وحرية الولد وقد اختلف المتاخرون في تاويلها لاعتنائهم بها من حيث السند فحملها العلامة على وقوع العتق والنكاح والشرا
في مرض الموت بناء على مذهبه من بطلان التصرف المنجز مع وجود الدين المستغرق وح فيرجع رقا ويتبين بطلان النكاح واعترضه السيد عميد
الدين بان الرواية اقتضت عودها وولدها رقا كهيئتها وتاويله لا يتم الا في عودها الى الرق لا في عود الولد لان غايته بطلان العتق في المرض فيبقى
امة فاذا وطي الحر امة لا ينقلب ولده رقا بل غايته ان امه تباع في الدين واجاب فخر الدين عن ذلك بانه ليس في الرواية ما يدل على رقية
الولد اذ ليس فيها الا قوله كهيئتها وهو اعم من ان يكون كهيئتها في حال الحكم بحريتها قبل ظهور عجزه عن الثمن فيكون حرا او بعده فيكون رقا
ولا دلالة للعام على الخاص باحد الدلالات ورده الشهيد في شرح الارشاد بان هذا كلام على النص فان المفهوم من قوله كهيئتها ليس الا ان حكمها
في حال السؤال وقد حكم قبل ذلك بانها رق فيكون الولد رقا فهو دال على رقية الولد بالمطابقة اذ هذا اللفظ موضوع لهذا المعنى ويجوز مثل
هذا التاويل يمنع التمسك بجميع النصوص وفي التزامه ما لا يخفى ولقد ظهر بذلك ان الحمل لا يتم في الولد ويشكل في الام ايضا من وجه اخر وهو ان الرواية
دلت على عودها رقا للبايع ومقتضى الحمل جواز بيعها في دينه لا عودها الى ملكه وحملها بعضهم على فساد البيع وعلم المشتري به فانه يكون زانيا و
يلحقه الاحكام ورد بان الرواية تضمنت انه اذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق والنكاح جائزين ومع القول بفساد البيع لا يمكن
جوازهما سواء خلف شيئا ام لا وحملها ثالث على انه فعل ذلك مضارة والعتق يشترط فيه القربة ورد بانه لا يتم ايضا في الولد والاولى ان الموجب
لهذا الاعتبار والتكلف لهذه الرواية المخالفة للاصل هو ما اعتقدوه من صحة سندها وقد صرح بصحتها جماعة من الاصحاب المعتبرين كالعلامة
وتلميذه الفخر والعميد والشهيد وغيرهم وفي صحتها عندي نظر من وجهين احدهما ان ابا بصير الذي يروي عنه مشترك بين اثنين ليث بن البختري
المرادي وهو المشهور بالثقة على ما فيه ويحيى بن القسم الاسدي وهو واقفي ضعيف مخلط وكلاهما يطلق عليهما هذه الكنية ويكنيان بابي محمد
وربما قيل بان الاول اسدي ايضا وكلاهما يروي عن ابي عبد الله ع فعند الاطلاق يحتمل كونه كلا منهما وقد يحصل التميز باضافة الاسم فانه واقع في
كثير من الروايات وقد يحصل بالوصف كقول ابي بصير في رواية الصلوة في دم القروح ان قايدي اخبرني انك صليت وفي ثوبك دم فانه يدل
على كونه ابا بصير الضعيف لانه كان مكفوفا يحتاج الى القايد وهذا الاشكال ات في كل رواية يرويها ابو بصير ويطلق فينبغي التنبيه له فقد
اطلق الاصحاب الصحة على روايات كثيرة في طريقها ابو بصير مطلقا والامر ليس كذلك هذا مع قطع النظر عن حال هشام بن سالم وما كان عليه من
الاعتقاد المشهور والله يتولى اسرار عباده الثاني ان الشيخ ذكر هذه الرواية في يب في ثلثة مواضع اثنان منها رواها هشام بن سالم عن ابي عبد الله ع
كما ذكرناه سابقا والثالث عن هشام عن ابي عبد الله ع بغير واسطة ورواها الكليني في الكافي ايضا عن هشام عنه بغير واسطة وهذه الرواية
هي التي يظهر من المص اختيارها لانه نسبها الى هشام خاصة وكذا اصل فيما سيأتي في كتاب العتق فانه اعادها مرة اخرى وح فتكون الرواية مضطربة
الاسناد والاضطراب في الاسناد يمنع من صحة الرواية كما قرر في علم دراية الحديث والغرض ان هذه الرواية ليست مقطوعا بالصحة في سندها كما ذكروه
فلا يصعب اطراحها حيث تخالف الامور القطعية التي تشهد لها الاصول الشرعية واعلم ايضا ان الرواية تضمنت كون الثمن نسيئة وكان ينبغي
لمن عمل بمضمونها الجمود على النص لتقييد به لان الالحاق هنا ممتنع ولو بمخالفته وجه ما ولكن الشيخ في يه اطلق الحكم في الثمن حيث يكون دينا
سواء كان نسيئة ام حالا وتبعه المص وغيره في نقل ذلك القول وكذلك قيد في الرواية الامة بكونها بكرا وبموته وهي حامل وتكون النسيئة الى
سنة والشيخ لم يعتبر ذلك نظرا الى عدم مدخلية مثل ذلك في اختلاف الحكم ويمكن الفرق بين موته حاملا كما ذكر وموته بعد وضعها لتبعية الحمل
للحامل في كثير من الاحكام اوما عند قوم ولو كان بدل الامة عبدا فاشتراه نسيئة او مطلقا واعتقه ففي لحوق الحكم به نظر لما ذكر واتحاد طريق المسئلة
وعلى المختار من رد الرواية مطلقا يسهل الخطب وان كان ولا بد فالاقتصار على المنصوص قوله واما البيع اه المراد بكون البيع كالطلاق تساويهما في
السببية في التسلط على فسخ النكاح لان كل واحد لا يعد ذلك في الطلقات المحرمة ولا يوجب انفساخ النكاح بنفسه
بل يوجب الخيار للبايع والمشتري بخلاف الطلاق والاصل في هذه العبارة الروايات كصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما ع قال طلاق الامة بيعها او بيع
زوجها وقال في الرجل يزوج امته رجلا اخر ثم يبيعها قال هو فراق ما بينهما الا ان يشاء المشتري ان يدعهما اه وربما توهم انحصار الطلاق في البيع من
حيث انه وقع مبتدأ وخبره البيع والمبتدأ منحصر في الخبر ويندفع بمنع الانحصار وانما المراد التشبيه به كما ذكرناه ويؤيده قوله ع في خبر بريد بن
معوية وغيره من اشترى مملوكة لها زوج فان بيعها طلاقها فان شاء المشتري فرق بينهما وان شاء تركها على نكاحها فعكس الاسناد والاصل في الحكم بعد
النص ان بقاء النكاح لازما في هذه الحالة مظنة ضرر المالك اذ قد لا يناسبه بقاء النكاح فجعل له طريق الى التخلص بالفسخ ولا فرق بين كون

٥١٧ البيع قبل الدخول وبعده ولا بين كون الزوج حرا او مملوكا ولا بين كون المالك واحدا او اكثر وهذا الخيار على الفور اقتصارا في الحكم المخالف على اقل
من الزمان واما الجهل بالفورية ففي كونه عذرا الوجهان السابقان في العتق قوله وكذا احكم العبد اه كما يثبت الخيار لمشتري الامة ولو باعهما معا كذا
يثبت لمشتري العبد المتزوج لوجود العلة فيهما ولتناول النصوص لهما وقد تقدم في صحيحة محمد بن مسلم ما يدل على الحكمين معا وهذا الحكم مع
كون الزوجة امة كما ورد في الرواية وغيرها او حرة فالاكثرون على ثبوت الخيار ايضا لتساويهما في المعنى المقتضي له وهو دفع الضرر ببقاء الزوجية
ولرواية محمد بن علي عن ابي الحسن ع قال اذا زوج المملوك حرة فللمولى ان يفرق بينهما فان زوجه المولى حرة فله ان يفرق بينهما وليس يعتبر البيع لاحتمال حمله
على ان له ان يفعل ما يؤول الى التفريق بان يبيع فيثبت الخيار المنجر الى التفريق مجازا ولا يخفى عليك بعد هذا التاويل مع كون الرواية ضعيفة
كما اشار اليه المص فان في طريقها موسى بن بكر وهو واقفي ومحمد بن علي مشترك بين الثقة وغيره وانكر الحكم ابن ادريس وجعل الرواية شاذة والقياس
على الامة باطلا وشنع عليه في المختلف بحمله على القياس لانه لو فقدنا النصوص في هذا الباب لامكن استنباط مساواة العبد للامة في ذلك الى انه
لم يفرق بينهما في مثل هذه الاحكام كما لم يفرق في التقويم وغيره ولا يخفى عليك ما في هذا البحث وقول ابن ادريس متوجه لعدم دليل صالح على
ثبوت هذا الحكم المخالف للاصل ومنع من تساوي الحرة والامة في هذا المعنى لان الحرة اشرف ولا يلزم من ثبوت الحكم في الادنى ثبوته في الاعلى
والرواية قد عرفت ضعفها وبعدها عن الدلالة ويظهر من المص اختيار قول ابن ادريس على احتمال وللتوقف مجال واعلم ان ظاهرهم حكمهم بالخيار
للمشتري في العبد والامة اذا كان الاخر رقا يقتضي انحصار الخيار في المشتري فليس للاخر اعتراض وهذا احد القولين في المسئلة وهو الذي
اختاره ابن ادريس لان الدليل انما دل على ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الملك فيبقى غيره على اصل اللزوم وقال الشيخ في يه ان الخيار للمشتري
وللمولى الاخر ومال اليه في المختلف محتجا بان الذي لم يبع انما رضي بالعقد مع المالك الاول والاغراض تختلف باختلاف الملاك وبان البايع
اوجد سبب الفسخ وهو الخيار للمشتري فيكون للاخر ذلك ايضا لانه مالك فيثبت له ما يثبت له وفيهما نظر لان الحكم بالتسلط على الفسخ يحتاج
الى دليل صالح وعدم رضاه بالعقد مع المشتري ليس من الادلة المفيدة لذلك وايجاد البايع سبب الفسخ لا يوجب ثبوته للاخر بل في مورد النص
نحو المشتري فان هذه السببية تابعة للنص لا للمناسبات وكلام ابن ادريس في غاية الجودة لان الاصل لزوم العقد في غير ما دل النص على
خلافه وهو منتف في المتنازع قوله ولو كانا لمالك اه هنا مسائل الاولى لو كان كل واحد من العبد والامة المتزوجين لمالك واحد فباعهما لاثنين
سواء باع احدهما لواحد والاخر لاخر كما هو لفظ ام باعهما معا لاثنين على وجه الاشتراك كان الخيار في فسخ عقدهما وامضائه للمشتري المتعدد
كما ثبت للواحد لوجود المقتضي في الجميع ودلالة النصوص على ان بيع كل منهما بمنزلة الطلاق ولا اثر في ذلك لتعدد المشتري واتحاده الثانية
لو باع احدهما خاصة كان الخيار في فسخ العقد وامضائه لكل من البايع والمشتري اما للمشتري فلما سلف واما للبايع فلاطلاق النص السابق
في كون البيع كالطلاق ومعناه ثبوت التسلط على فسخ العقد المتناول لهما لاشتراكهما في المعنى المقتضي لجواز الفسخ فان المشتري كما تضرر بتزويج
مملوكه بغير مملوكه كذلك البايع وح فيتوقف عقدهما على رضاء المتبايعين معا فان اتفقا على ابقائه لزم وان اتفقا على فسخه او سبق احدهما فسخه
والاخر امضائه انفسخ اما الاول فظ واما الثاني فلان رضاء احدهما لا يوجب لزومه من جانبه ويبقى من الجانب الاخر متزلزلا فاذا اختار الفسخ
كما لو يكن للاخر خيار ومثله ما لو اشترك الخيار بين البايع والمشتري فاختار احدهما الامضاء والاخر الفسخ الثالثة حيث يتفقان على ابقاء
العقد فما يتجدد من الاولاد يكون للمولين على السواء لانه نماء ما لهما فيكون بينهما كالاصل وقال ابن البراج يكون الولد لسيد الامة وقد تقدم
ان ابا الصلاح قال كذلك في نظيره قوله اذا زوج امته اه لما كان المهر عوض البضع وفي النكاح شائبة المعاوضة فحق العوض ان يكون لمالك
المعوض وحيث كان بضع الامة مملوكا لسيدها فالمهر له فان باعها بعد الدخول فقد استقر المهر للمولى البايع سواء اجاز المشتري النكاح ام لا و
سواء قبض البايع شيئا من المهر ام لا فلا يؤثر فيه البيع ولا الطلاق ولا غيرهما من انواع الفسخ وان كان البيع قبل الدخول فقد تقرر ان للمشتري
الخيار فان فسخ سقط المهر لان الفرقة قبل الدخول اذا كانت من قبل المرأة توجب سقوطه وهي هنا من المولى هو مالك البضع فيكون ذلك
كما لو كان من قبلها لانها المالكة له وغيره وان اجاز النكاح لزم وكان المهر له لان الاجازة كالعقد المستانف فيطالب بجميع المهر فان كان الزوج
اقبضه للبايع استرده منه ودفعه الى الثاني هذا هو الذي اصله ابن ادريس وارتضاه المص وجماعة المتاخرين وقال في يه اذا زوج الرجل جارية
من غيره وسمى لها مهرا معينا وقدم الرجل من جملة المهر شيئا معينا ثم باع الرجل الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهر ولا لمن يشتريها الا ان يرضى
بالعقد وتبعه ابن البراج واستند في هذا التفصيل الى رواية ضعيفة السند لا يصلح لاثبات مثل هذا الحكم الذي لا يوافق الاصول وللشيخ
في ط تفصيل اخر في المسئلة ليس بجيد وكيف كان فما ذكره المص اجود الاقوال في المسئلة نعم لو قيل انه مع عدم الدخول واجازة العقد يكون المهر
للاول لوجوبه وهي في ملكه او نصفه بناء على ان البيع بمنزلة الطلاق كما ذكر في النصوص فيختص نصف المهر بالنسبة الى البايع امكن وقد تقدم
مثله في الامة المزوجة اذا اعتقت قبل الدخول فاجازت ان المهر للسيد لانه وجب بالعقد ولعل الوجه في العدول عنه ان المهر لم يجب بالعقد
مجانا بل في مقابل العوض وهو منافع البضع وقد خرجت عنه بالبيع قبل التسليم وتعذر عليه تسليمها للزوج الذي هو باذل المهر في مقابلها فلا
يتصور بقاؤه للاول والفرق بين البيع والعتق ان البيع معاوضة تقتضي تمليك المنافع تبعا للعين بخلاف العتق فانه لا يقتضي تمليكا وانما
هو فك ملك فيكون المنافع كالمستثناة للسيد في البيع ينتقل الى المشتري لانه على تقدير البيع بعد التزويج يكون انتقلت المنافع
عن ملك البايع فلم يتضمن البيع الا العين خاصة بالنسبة الى هذه المنفعة الخاصة وهي منفعة البضع ويبقى غيرها من المنافع تابعة للعين كما

لو باع العين المؤجرة او المحبسة على القول بالجواز فلا ينافي البيع كون المهر للبائع في مقابلة ما نقله من المنافع قبله لأنا نقول هذا التوجيه تم لو قلنا بلزوم
عقد النكاح وعدم تسلط المشتري على فسخه كما يقوله العامة اما على ما يقوله الاصحاب من جعله بيد المشتري بل الطلاق النصوص تنزيل البيع منزلة الطلاق
من غير تقييد بفسخ المشتري لا تكون المنافع التي نقلها البائع في مقابلة المهر سالمة للزوج بل جاء رفعها من قبل المولى البائع فكان ذلك كالبائع كفسخ الزوجة
قبل الدخول الموجب لسقوط المهر ومن ثم قيل بأن تبقى اجازة المشتري كالعقد المستأنف قوله لو زوج عبده اه قد تقدم الكلام في هذه المسئلة
من جهة الفسخ وأن ابن ادريس المنكر له واما المهر فقد عرفت ما سلف انه يلزم المولى ثم ان كان البيع بعد الدخول فقد استقر عليه المهر فلا اشكال
في وجوب دفعه على المولى البائع وان كان قبله فقد اختلف الاصحاب فيه فذهب الشيخ وجماعة الى وجوب نصفه على المولى كما تقدم في نظيره من انه
فرقة قبل الدخول فاوجب تنصيف المهر كالطلاق وزيد هنا رواية علي بن ابي حمزة عن ابي الحسن ع في رجل تزوج مملوكا له امرأة حرة على مائة درهم
ثم انه باعه قبل ان يدخل عليها فقال يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها انما هو بمنزلة دين استدانه بامر سيده وابن ادريس انكر تنصيف
المهر كما انكر الاصل لما تقدم مرارا من ان ثبوت المهر بالعقد وتنصيفه بالطلاق قبل الدخول على خلاف الاصل لا يوجب الحاق غيره به وهذه
الرواية ضعيفة السند بابن ابي حمزة وقول ابن ادريس وجيه في الموضعين والجماعة زعموا ان ضعف الرواية منجبر بالشهرة فواضح الشيخ هنا
وان خالفوه في غيرها لعدم النص ويظهر من المص التوقف في المسئلة وله وجه مراعاة لجانب الاصحاب قوله لو باع امته اه انما لم يقبل في فساد البيع لانه
قد حكم بصحته ظاهرا فلا يقدح فيه دعوى البائع ما يوجب فساده كما في كل موضع يدعي احدهما الفساد والاخر الصحة فان مدعي الصحة يقدم حيث
لا بينة نعم لو ادعى عليه العلم بذلك حلف على نفيه هذا كله اذا كان الحمل موجودا حال البيع قطعا كما لو ولد لاقل من ستة اشهر من حينه او ما
كالولادة لاقصى الحمل فما دون ولم يدخل بها المشتري او لم يعلم دخوله وامكان كونه منه فان الولد يلحق به ولا شبهة في ان دعوى البائع هذه لو سمعت بحكم
بفساد البيع لعدم صحة بيع ام الولد في غير ما استثني وهذا البيع منه فلا يقبل في فساد البيع ثم ان لم يكن له شرط ادخال الحمل في البيع فاقراره بالولد نافذ
بغير اشكال لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولا معارض فيه لحق احد وان كان الحمل داخلا في البيع اما بالاصل على قول او بالشرط ففي قبول دعواه
تردد من اقتضاء المانع حيث انه مجرد الحاق الولد به لا ضرر فيه على الغير اذ لا ضرر على المشتري في كون عبده ابنا للبائع حيث لا يمنع استرقاقه وهو الغرض
ومن توقع الضرر بنفوذ هذا الاقرار لامكان ان يموت المقر عن غير وارث ويخلف تركة فانه على تقدير ثبوت النسب يشتري من التركة قهرا على سيده
ليرث وذلك ضرر على السيد فلا يكون الاقرار نافذا والاقوى نفوذه على المقر خاصة ولا ينفذ على المشتري مط وتظهر الفائدة فيما لو انتقل الى ملك
البائع بوجه من الوجوه فانه يحكم بعتقه وبدون ذلك لا ينفذ في حق المشتري فلا يشتري في الصورة المفروضة منه قهرا نعم لو رضي ببيعه اختيارا اجاز اداء
الثمن من تركة المقر وعتقه عملا بعموم قبول مثل هذا الاقرار على المقر واما التردد في نفوذ الاقرار فيه من حيث تبعض القبول في الدعوى الواحدة فيقبل
في بعضها وهو الولد دون بعض وهو كون امه ام ولد فلا يقدح ذلك في القبول لان العمل بالاصلين المتنافيين في حقوق الناس واجب فيعطى كل
كل واحد من الاقسام ما يقتضيه ومثله في ابواب الفقه كثير قوله فاذا تزوج العبد اه اذا تزوج العبد باذن سيده فلا يخ اما ان يكون الزوجة امة
للمولى او لا وان كانت امة لغيره او حرة فان كان الاول فامر النكاح بيد المولى فله ان يطلق وبامره بذلك ويفرق بينهما في كل وقت وهو موضع وفاق ويدل عليه
بخصوصه صحيحة محمد بن مسلم قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل ينكح امته من رجل ايفرق بينهما اذا شاء فقال اذا كان مملوكه فليفرق بينهما اذا شاء ان الله
يقول عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فليس للعبد شيء من الامر وفي صحيحة اخرى لمحمد بن مسلم قال سئلت الباقر ع عن قول الله تع والمحصنات من النساء الا ما
ملكت ايمانكم قال هو ان يامر الرجل عبده وتحته امته فيقول له اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسها وغيرهما من الاخبار الكثيرة وان
كان الثاني فالمشهور بين الاصحاب ان طلاقه بيده ليس للسيد اجباره عليه ولا منعه عنه لعموم قوله ص الطلاق بيد من اخذ بالساق وخصوص رواية
محمد بن الفضيل عن الكاظم ع قال طلاق العبد اذا تزوج امرأة حرة او تزوج وليدة قوم اخرين الى العبد وان تزوج وليدة مولاه كان هو الذي يفرق
بينهما ان شاء وان شاء نزعها منه بغير طلاق ورواية ليث المرادي عن الص ع قال سئلته عن العبد هل يجوز طلاقه فقال ان كانت امتك
فلا ان الله تع يقول عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وان كانت امة قوم اخرين او حرة جاز طلاقه والاولى اوضح دلالة على المطلوب من الثانية لتصريحها با
امر الطلاق الى العبد واما الثانية فليس فيها الا جواز طلاق العبد وليس فيها دلالة على منع ومن الطلاق لكن لما دلت على جوازه وقوعه منه ولا
قائل بالتشريك بينهما في الطلاق اقتضى المط وذهب جماعة منهم ابن الجنيد وابن ابي عقيل الى نفي ملكية العبد للطلاق من راس لصحيحة بريد بن معوية
وغيره عن ابي جعفر وابي عبد الله ع انهما قالا في العبد المملوك ليس له طلاق الا باذن مواليه وصحيحة زرارة عنهما ع قالا المملوك لا يجوز طلاقه ولا
نكاحه الا باذن سيده قلت فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء الشيء الطلاق
وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الكاظم ع قال لا طلاق للعبد الا باذن مواليه وصحيحة شعيب بن يعقوب العقرقوفي عن ابي عبد الله ع قال سئل وانا عنده
اسمع عن طلاق العبد قال ليس له طلاق ولا نكاح وقرأ الاية ثم قال لا يقدر على طلاق ولا نكاح الا باذن مولاه والنكرة المنفية للعموم واجيب
بحملها على ما اذا تزوج بامة مولاه جمعا بينها وبين ما تقدم فانه خاص وهذه عامة والخاص مقدم وفيه نظر لان هذه الاخبار صحيحة وتلك ضعيفة
لان الاول عامي ومحمد بن الفضيل في الثاني مشترك بين الثقة وغيره وفي طريق الثالثة ابن فضال وفيه ما فيه والمفضل بن صالح وهو ضعيف
بالاتفاق فكيف يخصص بها عموم تلك الاخبار الكثيرة الصحيحة واستدلوا على المذهب الاول برواية علي بن جعفر عن اخيه الكاظم عن ابائه عن علي ع
انه اتاه رجل بعبده فقال ان عبدي تزوج بغير اذني ففرق بينهما فقال علي ع لسيده فرق بينهما فقال السيد لعبده يا عدو الله طلق فقال علي ع كيف قلت له

قال قلت له طلق فقال علي ع الان فان شئت فطلق وان شئت فامسك فقال السيد يا امير المؤمنين امر كان بيدي فجعلته بيد غيري قال ذلك لانك
حيث قلت له طلق اقررت له بالنكاح ووجه الدلالة انه فوض الطلاق الى مشية العبد وظاهره انه تزوج بامة غير مولاه وقد ذكر العلامة في المختلف والشهيد
في شرح الارشاد وجماعة ان طريق هذا الحديث حسن فيكون اجود من الاخبار السابقة وعندي في دلالته وسنده نظر اما الاول فلان السيد امره
بالطلاق فكان ذلك اذنا له فيه فقول علي ع له الان فان شئت فطلق وان شئت فامسك لا يدل على مطلوبهم لجواز كون التخيير ناشيا من امر السيد له
بالطلاق فانه يقتضي الاذن فيه فان طلق وقع بالاذن وان امسك لم يجبر عليه لان القائل يوقفه على اذن السيد لا يقول بان له اجباره عليه اذ ليس
في الاخبار التي استدل بها ما يدل على جواز اجباره عليه نعم لابي الصلاح قول ثالث في المسئلة وهو ان للسيد ان يجبره عليه مستندا الى ان طاعته
واجبة عليه وهذا الخبر يصلح حجة عليه ويمنع من وجوب طاعته مط وعلى ما قررناه لا يلزم من الخبر كون الطلاق بيد العبد مط وهو المط واما الثاني فلان
في سند الحديث بنان بن محمد وحاله مجهول ولم ينص الاصحاب عليه بمدح ولا جرح نعم ذكروا بيان بالباء المثناة بعد الباء المفردة الجزري ومدحوه
ولم يذكروا اباه فلا يلزم ان يكون هو وقال الكشي في كتابه عبد الله بن محمد بن عيسى الاسدي الملقب بنان ولم يضبطه ولم ينص عليه بشيء ولا ذكره
غيره في القسمين ووصف الرواية بالحسن غير واضح اذا تقرر ذلك نمي المسئلة مباحث الاول في قول المص اذا زوج عبده امته كان عقدا صحيحا لا اباحة
اشارة الى ان نكاح السيد عبده امته ضرب من ضروب النكاح كنز ويجه بغيرها يفتقر الى العقد المشتمل على الايجاب والقبول فلا يكفي مجرد الاذن له في
نكاح الامة وهو اشهر القولين في المسئلة واستدلوا عليه بصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ع قال سئلته عن الرجل كيف ينكح امته قال يجزيه ان يقول قد
انكحتك فلانة ويعطيها شيئا من قبله او من قبل مولاه ولو مدا من طعام او درهم او نحو ذلك ووجه الاستدلال به انه سماه نكاحا والنكاح حقيقة
في العقد كما مر وامر باعطاء شيء ولا يجب المهر الا في العقد دون الاباحة وحيث دل ذلك على انه عقد كان الواقع من المولى ايجابا فيعتبر معه القبول
من السيد او العبد باذنه ليتم العقد لان تسميته نكاحا يستلزم اعتبار القبول وفي صحيحة علي بن يقطين عن ابي الحسن ع انه سئل عن المملوك ايحل
له ان يطا الامة من غير تزويج اذا احل له مولاه قال لا يحل له فنفى حل الوطي بالتحليل من دون التزويج فانحصر الحل في العقد لانه لا واسطة في حل
الفرج بين العقد والملك والقول الثاني لابن ادريس انه اباحة فلا يفتقر الى الايجاب والقبول المعتبرين في النكاح بل يكفي اللفظ الدال عليها من
المولى لانه لو كان حقيقيا لم يرتفع الا بالطلاق مع انه ينفسخ بمجرد تفريق المولى بينهما ويدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ع وقد تقدمت وفيها
ان يامر الرجل عبده وتحته امته فيقول اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسها ووجه الاستدلال به من وجهين احدهما عدم توقف رفعه
على الطلاق بل يكفي فيه مجرد الامر بالاعتزال الرافع للاباحة السابقة والثاني حكمه برفع الحل بيد المولى ولو كان نكاحا لكان رفعه بيد الزوج للحديث
النبوي السابق ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع في المملوك يكون لمولاه او لمولاته امة فيريد ان يجمع بينهما اينكحه نكاحا او يجزيه ان يقول قد
انكحتك فلانة ويعطي من قبله شيئا او من قبل العبد قال نعم ولو مدا وقد رايته يعطي الدرهم والجواب بمنع ظاهر في الاجزاء بما ذكر دون ان يكون
نكاحا والمراد بالنكاح المنفي اعتباره ما اشتمل على الايجاب والقبول لان المثبت مشتمل على الايجاب خاصة وهذا يؤيد ان المراد بالنكاح في صحيحة
محمد بن مسلم السابقة هو هذا الايجاب خاصة مع ان ظاهرها يدل عليه وانما تكلفوا الاعتبار العقد فيها من اطلاق لفظ النكاح وكذا القولين له
وجه وجيه ولا يخ كلام ابن ادريس من قوة وان كان الوقوف مع المشهور اولى بمقام الفروج وما ينبغي فيها من مراعاة الاحتياط واعلم ان القول الاول
يقتضي اعتبار الايجاب والقبول لتضمنه لجعله عقدا ويظهر من لعة انه عقد ومع ذلك لا يفتقر الى القبول لانه بعد رد كلام ابن ادريس والاحتجاج عليه
بالاخبار السابقة قال لان النكاح يفتقر الى القبول ولا يفتقر هذا الى القبول فلا يكون نكاحا لانا نقول القبول انما يشترط في حق من يملك القبول
والعبد لا يملك القبول لان للمولى اجباره على النكاح فله هنا وتحصل من ذلك ثلثة اقوال في المسئلة اشتراط وقوع النكاح المذكور بالايجاب
والقبول والاكتفاء بالايجاب مع تسميته نكاحا وكونه اباحة يكفي فيه كل ما دل على الاذن والاوسط متجه لان اعتبار قبول العبد ساقط وايجاب
المولى دال على قبوله والمعتبر من القبول الدلالة على رضا فهو متحقق فيه بما يصدر عنه من اللفظ المفيد للنكاح الثاني يكفي في فسخ المولى لهذا النكاح
كل لفظ دل عليه من الطلاق والفسخ وامرهما بالتفريق وغير ذلك كما دلت عليه الاخبار السابقة وهو ظ على القول بكونه اباحة لانها ترتفع بكل
لفظ دل على الرجوع عنها واما على القول بكونه عقدا فلان مقتضى النصوص كون رفع هذا العقد بيد المولى فلا يقدح في ارتفاعه بغير الطلاق
كما يرتفع النكاح بالفسخ ونحوه في مواضع كثيرة ثم ان رفعه بلفظ الطلاق وجمع شروطه عد طلاقا في حق الزوجين هذا ان جعلنا الاصل نكاحا
وان جعلناه اباحة فالمتجه ان لا يكون رفعه طلاقا مط وان لم يجمع شروطه بان لم يسمعه شاهدان ولا وقع في طهر لم يواقعها فيه ونحو ذلك
عد فسخا باطلا عن امره باعتزالها المعتد دفعها في النصوص الصحيحة فلا يلحقه احكام الطلاق واولى منه لو اوقعه بصيغة الفسخ او غيرها سواء
جعلناه نكاحا ام اباحة اما اذا قلنا انه اباحة فظ لان وقوع الطلاق فرع ثبوت النكاح واما على انه نكاح فلانه لم يقع بلفظ الطلاق والطلاق
لا يقع بالكناية وعلى تقدير وقوعه بلفظ الطلاق الذي لم يستجمع الشرائط لا يبعد القدح في كونه طلاقا لكنه يفيد الفسخ كما ذكرناه والنكاح لو
كان حقيقيا يرتفع بالفسخ في موارد فهنا اولى وقيل يكون جميع ما يفسخ به النكاح طلاقا لافادته فائدته كالخلع ولان المولى مخير في كل منهما وهو
يشعر بتساوي المقصود من الطلاق بالفسخ ونحوه وبهذا يفرق بينه وبين الفسخ بالعيب ونحوه فان البدلية عن الطلاق هنا حاصلة دون
ضرورة الفسخ ويضعف بانه لا يلزم من زوال قيد النكاح به ان يكون كالطلاق في جميع الاحكام ويتفرع على القولين اعتبار شروط الطلاق
فيه وعدها في الطلقات وفي المسئلة قول اخر وهو انه متى وقع بلفظ الطلاق كان طلاقا مطلقا فان تخلف بعض شروطه وقع باطلا لا فسخا

واجتمع الشروط كان طلاقا حقيقيا وان وقع الفسخ بغير لفظ الطلاق لم يكن طلاقا والاول اظهر الثالث لو لم يباشر المولى الطلاق ولكن امر به العبد فهل يكون
مجرد الامر فسخا ام لا فيه وجهان من دلالته عليه كما دل عليه ما هو اضعف منه كالامر بالاعتزال ونحوه ومن ان المفهوم ارادة ايجاده من العبد فلا
يحصل قبله وان الامر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجية الى حين ايقاعه فلو دل على الفسخ قبلها لنافى مدلول اللفظ ولانه لو دل على الفسخ لامتنع فعل
مقتضاه ووجه الملازمة ان الفسخ لو وقع لامتنع الطلاق مع انه مامور به فلا يكون ممتنعا وجوابه ان دلالته على ارادة ايجاد الطلاق مطابقة فلا ينافي
دلالته بالالتزام على كونه فسخا وهو المدعى ويمنع كون الامر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجية الى حينه وانما يستدعيه الطلاق الصحيح والقائل بكون الامر
فسخا لا يجعل الطلاق الواقع بعده صحيحا وهو جواب الثالث فان الامر اذا دل على الفسخ لا ينافيه امتناع فعل مقتضاه من حيث انفساخ النكاح فلا
يوقف على فسخ اخر ثم على تقدير افادته الفسخ هل يكون طلاقا ام فسخا مبني على كون الفسخ والامر بالاعتزال طلاقا ام لا فان قلنا به فهو اولى لانه اقوى
دلالة عليه من ذلك والاقوى عدمه بل غايته ان يكون فسخا نعم لو لم يجعله فسخا وامتثل العبد الامر فطلق كان طلاقا على الاقوى لوقوع صيغته من اهلها
باعتبار الامر فوجد المقتضي له وانتفى المانع ووجه العدم ظاهر الحصر المستفاد من صحيحة محمد بن مسلم في امر السيد بالاعتزال ويضعف بالاجماع على عدم
الانحصار فوقوعه على تقدير الاول بعدم كون الامر فسخا اقوى قوله ولو طلقها الزوج اه القول بعدم التداخل للشيخ واتباعه وابن ادريس استنادا الى ما
اشار اليه المص من ان العدة والاستبراء حكمان مختلفان ولكل منهما سبب يقتضيه وتعدد الاسباب يقتضي تعدد المسببات الا بدليل يوجب التداخل والاقوى
ما اختاره المص من التداخل لوجود الدليل المقتضي له وهو ان الغرض من الاستبراء انما هو العلم ببراءة الرحم كيف اتفق ولهذا اكتفى باستبراء البايع
لو كانت امراة او حائضا والعدة ادل على ذلك ولانها بانقضاء العدة مستبراة فلا يجب عليها استبراء اخر ولان وجوب الاستبراء بالبيع انما هو من
احتمال وطي البايع لغرض وطي المشتري وكلاهما ممتنع في صورة النزاع والمفروض البيع بعد الطلاق والظ عدم الفرق بينه وبين العكس حيث يقع الطلاق
قبل الفسخ ولو اتى بالواو عوض ثم كان انسب حتى يفيد مطلق الجمع دون الترتيب قوله واما الملك فنوعان اه قد تقدم ان نكاح الاماء يستباح بامرين
العقد والملك وقد ذكر حكم العقد وهذا الباب لبيان احكام الوطي بالملك ولما كان منقسما الى ملك العين وملك المنفعة بين احكامه
في موضعين وابتدأ بملك الرقبة لانه الاصل واعلم ان النص والاجماع متطابقان على جواز النكاح بملك اليمين وعلى عدم انحصاره في عدد بخلاف
نكاحهن بالعقد ولعل الوجه فيه خفة حقوق المملوكة وكون استحقاق منافع البضع بالمالية فيكون كالتصرف في سائر الاموال فلا ينظر فيهما الى ما ينظر
الى النكاح بالعقد من محذور الحيف والميل قوله وان يجمع في الملك اه لما كان قد غلب في ملك اليمين مراعاة جانب المالية وكان الوطي تابعا له جاز الجمع
بالملك بين من يحرم الجمع بينهما بالعقد كالام وابنتها والاختين لكن لا يجوز الجمع بينهما في الوطي لتحقق المنافاة فان وطي واحدة من الام والبنت حرمت
عليه الاخرى مطلقا تحريما مؤبدا باي نوع كان من انواع الوطي واما الاختان فان وطي احديهما يوجب تحريم الاخرى جمعا لا عينا بمعنى انه ما دامت الموطوءة
في ملكه يحرم عليه وطي الاخرى فاذا اخرجها حلت الاخرى وقد سبق الكلام في ذلك قوله ويجوز ان يملك اه قد عرفت ان ملك اليمين يغلب فيه جانب
المالية فكما لا يمنع ان ينتقل الى كل من الاب والابن مال الاخر كذا لا يمنع ان ينتقل اليه مملوكته وان كانت موطوءة لان تحريم الوطي لا يقدح في صحة الملك
كما لو ملك بعض من يحرم عليه بالنسب اما تحريم موطوءة كل واحد على الاخر فلعموم ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم وحلائل ابنائكم قوله ويحرم على المالك اه
اذا زوج الرجل امته لعبده او غيره صارت من مولاها بمنزلة الاجنبية لا يحل له منها الا ما يحل له من امة غيره كنظر الوجه والكفين بغير شهوة ويحرم عليه
جميع وجوه الاستمتاع ونظر ما يحل منها بشهوة والنصوص به كثيرة والوجه مع ذلك النص ان وجوه الاستمتاع صارت مملوكة للزوج فتحرم على غيره لامتناع
حل الاستمتاع بالمراة لازيد من واحد شرعا وفي معناها المحللة للغير بالنسبة الى المالك مع كون التحليل منا ولا للوطي وغاية التحريم خروجها
من النكاح بطلاق او موت او فسخ او انقضاء مدته ان كان موقتا بمدة وانقضاء عدتها سواء كانت بائنة ام رجعية قوله ولا يجوز وطي امة
لا شبهة في تحريم وطيها بالملك لانه ليس تاما ويمكن شمول الملك لملك المنفعة ليشمل ما اذا احللها له الشريك فانها لا تحل ايضا لان سبب الحل لا
يتبعض وقد تقدم البحث في ذلك قوله ولا يجوز للمشتري اه هذا اذا كانت في سن الحيض كما سيأتي ويستفاد من تخصيصه تحريم الوطي جواز غيره من الاستمتاع
وهو كذلك على الاقوى قوله ولو كان لها زوج اه لا اشكال في لزوم العقد اذا اجازه المشتري لان المانع من لزومه كان هو الخيار وقد زال باجازته وكذا
لو علم فلم يتعرض له لما تقدم من ان الخيار على الفور فاذا اخرها بطل خياره وكذا القول في ملك الزوج سواء كان هو البايع ام غيره وحيث يفسخ
المشتري العقد لا تحل له حتى تنقضي عدتها من الفسخ كالطلاق بمضي قرئين او شهر ونصف ان لم تحض ومثلها تحيض وفي اخبار كثيرة اطلاق الطلاق
على هذا البيع لكونه سببا في التسلط على الفسخ فاذا حصل الفسخ كان طلاقا بطريق اولى وقيل يكفي استبراؤها بحيضة او خمسة واربعين يوما
لاطلاق النصوص باستبراء الامة للمشتري اذا اشتراها وهو متحقق هنا وهو الذي اختاره العلامة والاقوى الاول وهو الذي اختاره المص ولم يتعلل
غيره قوله ويجوز ان يبتاع اه لا خلاف في جواز شراء النساء ذوات الازواج من اهل الحرب لو من الزوج لورود الاخبار به ولانهم فيء للمسلم في الحقيقة
لا يتوقف اخذهم على الشراء وانما جعل الشراء وسيلة اليه ولا شرط في الجواز وكذا شراء بناتهم وابنائهم ولو من الاباء ويترتب على هذا الملك احكام
التي من جملتها حل الوطي وهو المقصود في الباب واطلاق البيع على ذلك بطريق المجاز باعتبار صورته والا فهو بالاستنقاذ اشبه منه بالبيع والا
انه لا يترتب عليه احكام من طرف المشتري حتى لو كان المبيع قريبه الذي ينعتق عليه عتق بمجرد البيع وتسلط عليه لافادة البيع الملك المقتضي للعتق
وكذا يجوز شراء ما يسبيه اهل الضلال من اهل الحرب وان كان جميعا او بعضه للامام للاذن في ذلك من قبلهم في اخبار كثيرة ورد واستعمل

الفضل الهاشمي في الصحيح قال سئلت ابا عبد الله ع عن سبي الاكراد اذا حاربوا من حارب من المشركين هل يحل نكاحهم وشراؤهم قال نعم قوله كل من ملك اه
المشهور بين الاصحاب ان كل من ملك امة بوجه من وجوه التملك من بيع او هبة او ارث او صلح او قرض او استرقاق او غير ذلك لم يجز له وطيها قبل الاستبراء
ورواياتهم به كثيرة لكنها وردت في البيع والشراء والاسترقاق وعديها الى غيرها من التملكات لاشتراكها في المقتضي له وهو العلم ببراءة رحمها
من ماء الغير والاحتياط على الانساب من الاختلاط وقصر ابن ادريس ذلك على مورد النص مطالبا بدليل التعدي مستندا الى اصل الحل وقوله تعالى او
ما ملكت ايمانهم والمذهب اشتهر مطلقا وقد وافق ابن ادريس الاصحاب في رواية سعد الاشعري عن الرضا ع ان البايع يستبرئها قبل بيعها
بحيضتين وحملت على الاستحباب وان كانت في سن من تحيض ولم تحض في ستبرئها بخمسة واربعين يوما لرواية منصور بن حازم قال سئلت ابا
عبد الله ع عن عدة الامة التي لم تبلغ المحيض وهو يخاف عليها فقال خمسة واربعون ليلة ومثله روى عبد الرحمن بن ابي عبد الله ع وقال المفيد كذا
يستبرئها بثلاثة اشهر وهو متروك ويعتبر في الحيضة حيث يعلق عليها الحكم ان تكون معلومة فلا يكفي ايام التحيض المعتبرة بالروايات ونحوها كالتوقيت
العدد والوقت معا او عملا بالعادة خاصة لان المطلوب من الاستبراء العلم ببراءة الرحم وانما يظهر ذلك مع تيقن الحيض لا بما حكم به للضرورة لبعض
الاحكام حذرا من الحرج بالاحتياط في جميع الازمان وهل يعتبر فيمن هي كذلك مضي شهر لانه بدل الحيضة فيمن لا يستقيم الحيض او خمسة و
اربعين يوما الحاقا لها بمن لا حيض لها او مضي زمان يقطع بحصول الحيض فيه كما لو اضلت عادتها في شهر فتتربص شهرا او في اكثر فتتربص بقدره
اوجه اجودها الاخير ان اتفق القطع والا فالثاني اذا تقرر ذلك فقد استثنى المص من الاستبراء عليها مواضع الاول ان تكون عند انتقال ملكها
اليه حائضا فيكتفي باكمال حيضها لحصول الغرض بذلك وهو العلم ببراءة الرحم من الحمل عادة ومثل هذا الاستبراء لا عرفا ولا شرعا وانما
المانع الحيض كغيرها ولصحيحة الحلبي عن الص ع قال سئلته عن رجل اشترى جارية وهي حائض قال اذا طهرت فليمسها ان شاء ومثلها مقطوعة سماعة
بل هو اصح واوضح دلالة وقال ابن ادريس لا بد من استبرائها بعد هذه الحيضة بقرئين لعموم الامر بالاستبراء وجوابه القول بموجبه فان الاستبراء
قد حصل بذلك كما دلت عليه الرواية وحكمه فيها بالقرئين لا وجه له لتصريح الروايات بالاكتفاء بالحيضة وقد تقدم رواية بالحيضتين وحملت على
الاستحباب جمعا الثاني ان تكون لعدل واخبر باستبرائها للصحيحة حفص بن البختري عن ابي عبد الله ع في الرجل يشتري الامة من رجل فيقول اني لم اطأها
فقال ان وثق به فلا باس بان ياتيها وصحيحة ابن سنان عنه ع وفيها قلت افرايت ان ابتاع وهي طاهر وزعم صاحبها انه لم يطاها منذ طهرت قال ان كان
عندك امينا فمسها وصحيحة ابي بصير عنه ع مثلها وجوابه ان امنته فمسها وقد اشتركت الاخبار في الوثوق به وفي استيمانه ولم يذكر العدالة ولكن المص
وجماعة حملوه على العدل لانه لا وثوق بالفاسق وفيه نظر لجواز الوثوق واستيمان من ليس بعدل اذ من شروط العدالة ما لا يخل فواته بالثقة والامانة
ولا يلزم من عدم الوثوق بخبر الفاسق اشتراط العدالة لان بينهما واسطة وقد تقدم تعبير المص بالثقة موافقا للرواية في بيع الحيوان وهو انسب بها
ابن ادريس هنا ايضا واوجب الاستبراء لعموم الامر وخصوص رواية عبد الله بن سنان قال قلت لابي عبد الله ع اشتري الجارية من الرجل المامون فيخبرني
انه لم يمسها منذ طمثت عنده وطهرت قال ليس بجائز ان ياتيها حتى يستبرئها بحيضة ولكن يجوز لك ما دون الفرج ان الذين يشترون الاماء ثم
ياتونهن قبل ان يستبرؤهن فاولئك الزناة باموالهم وجوابه ان عموم الاوامر قد خص بما ذكر من الروايات والرواية الا ... مع ضعف سندها بعبد الله
بن القسم يمكن حملها على الكراهة جمعا مع ان عبد الله بن سنان روى الجواز ايضا وفي اخرها ما يؤذن بالكراهة لانه قال الا مر شديد فان كنت لا بد
فاعلا فتحفظ لا تنزل عليها واعلم ان في صحة الروايتين الاخيرتين من روايات الجواز عندي نظر لان ابن سنان مطلق مشترك بين عبد الله ومحمد و
الاول ثقة دون الثاني وابو بصير تقدم عن قريب انه مشترك ايضا والطريق بسواهما صحيح فرشهد بصحتهما من طالب باليقين الثالث ان تكون
منتقلة من امراة فلا يجب استبراؤها لرواية ابن ابي عمير عن حفص عن ابي عبد الله ع في الامة تكون للمراة فتبيعها قال لا باس بان يطاها من غير ان يستبرئها
ورواية زرارة قال اشتريت جارية بالبصرة من امراة فخبرتني انه لم يطاها احد فوقعت عليها ولم استبرئها فسئلت عن ذلك ابا جعفر ع فقال هو ذا انا
قد فعلت ذلك وما اريد ان اعود ورواية الحسن بن محبوب عن رفاعة قال سئلت ابا الحسن ع عن الامة تكون لامراة فتبيعها قال لا باس ان يطاها من غير ان يستبرئها
والرواية الاخيرة اوضح سندا من الاوليين وهي من الحسن او الصحيح وكيف كان فالعمل بمضمونها اظهر وخالف ابن ادريس هنا ودليله وجوابه كما مر الرابع ان
تكون الامة يائسة من الحيض لانتفاء المقتضي له وفي رواية منصور بن حازم قال سئلت ابا عبد الله ع عن الجارية التي لا يخاف عليها الحمل قال ليس عليها
عدة ومثلها رواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله عنه ع وفي رواية ابن سنان السابقة قال سئلت ابا عبد الله ع عن الرجل يشتري الجارية لم تحض قال
يعتزلها شهرا ان كانت قد يئست ويمكن حملها على الاستحباب وفي معناها الصغيرة التي لم تبلغ المحيض ولم يذكرها معها وذكره في باب البيع
ويمكن ان يكون وجه تركها ان المراد منها عند الاطلاق من سنها دون تسع سنين ومن كانت كذلك فوطيها حرام مط وغيره لا يحرم في زمن الاستبراء
لكنها مذكورة في روايات كثيرة وفيها التصريح بجواز وطيها بغير استبراء فمنها صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله ع قال في رجل ابتاع جارية ولم تطمث
قال ان كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحبل فليس عليها عدة وليطاها ان شاء وان كانت قد بلغت ولم تطمث فان عليها العدة ولا يمكن تنزيلها
على من تجاوز سنها التسع ولم تحض بناء على الغ... من عدم حيضهن بعد التسع ايضا ليجمع بين جواز وطيها وعدم بلوغها المحيض لان هذا الحمل ياباه
قوله وان كانت قد بلغت ولم تطمث فان عليها العدة لان ... بها عند الاصحاب يحصل بالتسع وفي صحيحة عبد الله بن ابي يعفور عن ابي عبد الله ع قال في
الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحمل اذا اشتراها الرجل قال ليس عليها عدة يقع عليها وقريب منها صحيحة عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال اذا قعدت
عن المحيض او لم تحض فلا عدة عليها وفي هذه الروايات ... معتبرة دلالة على ان الامة التي بلغت التسع ولم تحض لا استبراء عليها وليس فيها ما ينافي

٥٢٢ ذلك بخلاف رواية الحلبي وهي ايضاً موافقة لحكمة الاستبراء لان بنت العشر سنين وما قاربها لا تحبل عادة فلا مقتضى لاستبرائها كالبائسة ولعمرها
في زمن الاستبراء مطلق الاستمتاع ظهرت الفائدة في الصغيرة في غير الوطي من ضروب الخامس ان ينتقل اليه وهي حامل فيسقط استبراؤها ومفهوم
كلامه هنا الجواز وظاهره مط على كراهيته وهو الذي اختاره الشيخ في الخلاف وكتابي الاخبار مدعياً عليه الاجماع مع انه اختار في يه التحريم قبل مضي اربعة
اشهر وعشرة ايام وهذا هو الذي يقتضيه الاخبار المعتبرة الاسناد فروى رفاعة بن موسى عن ابي عبد الله ع قال سئلته عن الامة الحبلى يشتريها
الرجل قال سئل ابي عن ذلك فقال احلتها اية وحرمتها الاخرى وانا ناه عنها نفسي وولدي فقال الرجل فانا ارجوان انتهى اذا نهيت نفسك وولدك
وهذا ظاهر في الكراهة وورد اخبار تقتضي النهي عنه لكن في طريقها احمد بن قيس وهو مشترك بين الثقة وغيره وفي طريق اخر اسحق بن عمار وحاله
معلوم ويمكن حمل النهي فيها على الكراهة جمعا وقد اختار المص في باب البيع التحريم قبل مضي اربعة اشهر وعشرة ايام كمذهب الشيخ في يه ويدل
عليه رواية رفاعة ايضا الصحيحة او الحسنة عن ابي الحسن موسى ع قلت اشتري الجارية الى ان قال قلت فان كانت حاملا فما لي منها ان اردت قال لك
مادون الفرج الى ان تبلغ في حملها اربعة اشهر وعشرة ايام واذا جاز حملها اربعة اشهر وعشرة ايام فلا باس بنكاحها في الفرج وظاهر الرواية
تحريم الوطي في المدة المذكورة لكنه بالمفهوم لا بالمنطوق وبالجملة فالتفصيل لا باس به ويعضد هذا المفهوم ما ورد من النهي عن وطيها مط فيكون
شاهدا على التحريم وعاضدا وان ضعف طريقه ويخص التحريم بما دون الاربعة اشهر وعشرة لتصريح هذا الخبر بجوازه فيحمل النهي عما زاد على الكراهة
جمعا ويكفي في اثبات الكراهة مثل ذلك وان ضعف طريقه بخلاف التحريم واما القول بالتحريم مط علا باطلاق الاخبار كما اختاره جماعة وحمل ما دل على
الجواز على كون الحمل من زنا فبعيد جدا لضعف ماخذه وفي المسئلة اقوال اخر وقد مضى جملة من مباحثها في بيع الحيوان قوله اذا ملك امة فاعتقها اه هذا
ايضا من المواضع التي سقط فيها استبراء الامة ومستنده صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع في الرجل يشتري الجارية ثم يعتقها ثم يتزوجها هل يقع عليها
قبل ان يستبرئ رحمها قال يستبرئ رحمها بحيضة قلت فان وقع عليها قال لا باس ومثله رواية عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله ع ورواية ابي العباس عنه ع
وهي كما تدل على جواز الوطي بغير استبراء تدل على ان الاستبراء افضل وظاهر الاصحاب الاتفاق عليه ويدل عليه ايضا ان الاستبراء انما يثبت وجوبه
في المملوكة وقد خرجت بالعتق عن كونها مملوكة والاستبراء وان ثبت بالشراء قبل العتق لكنه سقط بعتقها لصيرورتها اجنبية بالنسبة اليه
والى غيره فاذا اراد انشاء النكاح كانت كغيرها من الاجنبيات نعم قيده بعض الاصحاب بان لا يعلم لها وطي محرم والا وجب الاستبراء بحيضة ولا
باس به لوجود المقتضي له بخلاف ما لو جهل الحال فان الاصل عدم الوطي الا ما دل الدليل على وجوب الاستبراء منه ولو مع الجهل وذلك في المملوكة
فيبقى غيرها على الاصل والحق بعضهم بالعتق تزويج المولى للامة المباحة فانه لا يجب على الزوج استبراؤها ما لم يعلم سبق وطي محرم في ذلك الطهر
وذلك لان الاستبراء تابع لانتقال الملك وهو منتف هنا وعلى هذا فيمكن ان يجعل ذلك وسيلة الى سقوط الاستبراء عن المولى بان يزوجها
من غيره ثم يطلقها الزوج قبل الدخول فيسقط الاستبراء بالتزويج والعدة بالطلاق قبل المسيس وان وجد ما يظن كونه علة للاستبراء وهو
اعتبار براءة الرحم من ماء السابق فان العلة مستنبطة لا منصوصة ومثله الحيلة على اسقاطه ببيعها من امرأة ونحو ذلك قوله ولو كان وطئها اه
ما تقدم حكم الامة المعتقة بالنسبة الى المولى المعتق وهذا حكمها بالنسبة الى غيره وحاصل الحكم ان المولى اذا اعتق امته فلا يخلو اما ان يكون بعد وطيها
او قبله فان كان قبل الوطي جاز لغيره تزويجها بغير عدة ولا استبراء وان امكن ان تكون موطوءة في ذلك الطهر لغير المعتق بان يكون المعتق
اشتراها ثم اعتقها قبل ان تحيض عنده ووجه جواز تزويجها لغيره بغير استبراء ما تقدم من جواز تزويج مولاها بها من غير استبراء من حيث انه
مختص بالمالك وتابع لنقل الملك وهو هنا منتف لانها حرة بل تقدم جواز تزويجها لغيره قبل العتق فبعده اولى وهذا الحكم يستفاد من
مفهوم العبارة لا من منطوقها لانه جعل مورد المنع من تزويج الغير بها كونها موطوءة للمولى قبل العتق ومفهومه انه لو لم يطاها حل تزويجها
لغيره من غير استبراء ويؤيده ما ذكر في الحكم السابق وان كان عتقها بعد وطي المولى لم يجز لغيره تزويجها في ذلك الطهر قطعا لانه وطي
محترم فلا بد من مراعات التخلص منه حذرا من اختلاط الانساب والمعتبر في عدة الطلاق لرواية زرارة قال سئلت ابا عبد الله ع عن
رجل اعتق سريته الى ان يزوجها بغير عدة قال نعم قلت فغيره قال لا حتى تعتد ثلثة اشهر ومثله رواية حسن عنه ع وهي تدل باطلاقها على توقف
تزويج غير المولى بها على العدة مط لكنها محمولة على ما لو علم الوطي لقصورها عن افادة الحكم مط وانما يعتبر الثلثة الاشهر على تقدير سبقها على الاقراء
او انها كناية عن اقراء لانها غالبا لا تكون الا في ثلثة اشهر والا فالمعتبر عدة الطلاق ويظهر من الجماعة انه لا خلاف في ذلك والا فالمستند لا يخ
من ضعف لان في طريق الرواية الاولى محمد بن عيسى وفيه كلام وفي الثانية في سندها جهالة ولكن مثل ذلك يجبر بالشهرة عند الاصحاب مع ان
الاولى ليست بعيدة في الضعف لان محمد بن عيسى قد رجح بعض الاصحاب العمل بروايته قوله اما الصيغة اه لا اشكال في اعتبار صيغة خاصة
لهذا النوع من النكاح كما تعتبر في غيره لان مجرد التراضي لا يكفي في حل الفروج اجماعا ولا اي لفظ اتفق وقد اتفقوا على الاجتزاء بلفظ التحليل
وهو الوارد في الروايات ففي صحيحة الفضيل بن يسار قال قلت لابي عبد الله ع جعلت فداك ان بعض اصحابنا قد روى عنك انك قلت
اذا احل الرجل لاخيه جاريته فهي له حلال فقال نعم يا فضيل الحديث وعن محمد بن اسمعيل بن بزيع في الصحيح قال سئلت ابا الحسن ع عن امرأة
حللت لي جاريتها فقال ذلك وغيرهما من الاخبار الكثيرة ولا بد مع لفظ التحليل من مراعات ما يعتبر في العقود من لفظ الماضي الدال على الانشاء
كقوله احللت لك وطيها او جعلتك في حل من وطيها فلا يكفي مثل انت في حل من وطيها لعدم كونه صريحا في الانشاء كذا قال الجماعة وقد
تقدم في باب عقود النكاح ما فيه واولى بالاشكال هنا لان التحليل نوع اباحة وبابها اوسع ولا يكفي بلفظ العارية وان كان متعلقها

الثاني اذا ملك الامة وطئها كان له العقد عليها وطؤها من غير استبراء او الاستبراء افضل ولو كان وطئها ام العقد اصعبها الا بمكن لغيره العقد عليها الا بعد العدة وهي ثلثة اشهر ان لم تكن الثالث الثاني ملك المنفعة والحكم النظر في الصيغة فان يقول اما الصيغة اطلتك وطئها او جعلتك في حل من وطئها لا يجاب بلفظ العارية وهل يحتاج بلفظ الاباحة فيه خلاف اظهره الجواز ولو قال وهبتك وطئها او سوغتك فرارا او ملكتك فريقا لا اعتبار له في الاباحة بلزم الجواز بها ومن اقتصر على التحليل منع منع

اباحة المنفعة مع بقاء العين على ملك المالك لاصالة بقاء التحريم فيما عدا المنصوص عليه ولرواية ابي العباس البقباق عن الصادق ع قال سئله رجل عن ٥٢٣
عارية الفروج فقال حرام ثم سكت قليلا وقال لكن لا باس بان يحل الرجل جاريته لاخيه واختلفوا في الاجتزاء بلفظ الاباحة فالاكثر ومنهم الشيخ
في النهاية واتباعه والمرتضى والعلامة في احد قوليه على انه لا يفيد الحل وقوفا مع ظاهر النصوص وتمسكا بالاصل وذهب الشيخ في ط وابن ادريس
والمص والعلامة في القول الاخر الى الاكتفاء به لمشاركتها للتحليل في المعنى ويجوز اقامة كل من المترادفين مقام الاخر كما ذكر في الاصول ورد بمنع
الاكتفاء بالمرادف فان عقد النكاح شائبة العبادة وكثير من احكامه توقيفية والاحتياط فيه اهم المطالب ويتفرع على القولين ما لو قال وهبتك
وطيها او سوغتك او ملكتك فمن اجاز الاباحة اكتفى باحد هذه لانها بمعناها ومن اقتصر على التحليل منع هنا والاولى المنع هنا مط لان
الهبة والتمليك بعينا ولان الاعيان اما الهبة فقطعا واما التمليك فغالبا وليس الوطي عينا واما التسويغ فهو بمعنى الاباحة واخفى
والحق ان صيغ العقود اللازمة والنكاح ان كانت توقيفية لم يصح بكل واحد من هذه الالفاظ لعدم ورودها بل يقتصر على التحليل وان
اكتفى في العقد بما ادى المعنى جاز بلفظ الاباحة والتسويغ دون الهبة لما ذكرناه والها للاعيان اما التمليك فانه وان غلب استعماله
في نقل الاعيان الا انه يستعمل في نقل المنافع ومن ثم استدل على جواز هذا النوع من النكاح بدخوله في قوله او ما ملكت ايمانهم فيجعل الملك هنا
للمنفعة وجعل الملك منقسما اليهما فاذا استعمل في هذا المعنى كان قرينة على ارادة المنفعة منه خاصة فيتجه الاكتفاء به قوله وهل هو عقد او
فيه خلاف بين الاصحاب ومنشاؤه عصمة الفروج من الاستمتاع بغير العقد او الملك ولعل الاقرب هو الاخير لما كان حل الفروج منحصرا في العقد
او الملك بقوله تع الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وكان القول بحل الامة بالتحليل ثابتا عند علمائنا وجب ان لا يكون خارجا عن الامرين
وقد اختلفوا في رده الى ايهما فذهب المرتضى الى انه عقد والتحليل عبارة عنه والاكثر ومنهم المص على انه تمليك منفعة مع بقاء الاصل لان
الحل دائر مع الامرين كما ذكرناه وخواص العقد منتفية عنه لانه ان كان عقد دوام توقف رفعه على الطلاق والفسخ في موارده ووجب المهر بالدخول
ونحو ذلك من خواصه وكلها منتفية عنه وان كان متعة توقف على ذكر الاجل والمهر ولا مهر مع التحليل ولا يشترط فيه الاجل على الاصح للاصل
وعلى القولين يعتبر القبول اما على العقد فظ واما على التمليك فلانه في معنى هبة المنفعة فيكون ايضا من قبيل العقود وانما نفينا عنه اسم عقد
النكاح لا مطلق العقود والتحقيق انه عقد في الجملة على التقديرين قوله وفي تحليل امته اه اختلف الاصحاب في ان المولى اذا احل امته لعبده هل
يحل له بذلك التام لا على قولين احدهما واختاره الشيخ في يه والعلامة في لف وولده فخر الدين العدم لصحيحة علي بن يقطين عن ابي الحسن ع انه
سئل عن المملوك ايحل له ان يطأ الامة من غير تزويج اذا احل له مولاه قال لا يحل له ولانه نوع تمليك والعبد ليس اهلا له والثاني وهو مذهب
ابن ادريس واختاره المص الحل لوجود المقتضي وانتفاء المانع اذ ليس الا كونه لا يملك ونفي ملكه مط مسلم لكن المراد بالملك هنا الاباحة بمعنى
استحقاق البضع واباحته له لا الملك بالمعنى المشهور لان ملك البضع لا معنى له الا الاستحقاق المذكور ومن ثم لو تصرف فيه متصرف كالزوج
بالشبهة يكون عوضه وهو المهر للمرأة لا لمالك البضع وهذا على حد قولهم فلان يملك الحكم ونحو ذلك فان المراد به اصل الاستحقاق والعبد اهل له
هذا النوع والرواية التي اشار المص اليها لا تدل على الجواز لم نقف عليها ولا ذكرها غيره ولو ثبتت لامكن حمل رواية المنع على الكراهة واما حملها
على تحليل المولى لعبده امة الغير او انه اراد التحليل بدون الصيغة فبعيد نعم حملها على التقية لا باس به لان الناس يمنعون التحليل مط ومع
ذلك ففي تكلف الحمل مع عدم وجود المعارض اشكال واعلم انه لا فرق على القولين بين تحليل امته لعبده وعبد غيره اذا اذن سيده وانما خص
عبده لموضع النص قوله ويجوز تحليل المدبرة اه فيهما وهما عموم النص كما بيناه والفرق ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال سئلته عن
جارية بين رجلين دبراها جميعا ثم احل احدهما فرجها لصاحبه قال هو له حلال قوله وقيل ملك اه قد تقدم البحث في هذه المسئلة مستوفى و
الرواية التي دلت على الحكم فلا وجه لاعادته قوله لا يجب لا فضا اه لما كان هذا النوع من الاستمتاع تابعا للفظ الدال عليه وجب مراعاة اللفظ
فكل ما بيناه ولم يدل عليه باحدى الدلالات ملكه المحلل له وما خرج عن ذلك لا يحل فاذا احل له النظر لم يتناول غيره من ضروب الاستمتاع
لعدم دلالته عليها بوجه لانه اضعفها ولو احل له الوطي دل عليه بالمطابقة وعلى ما سواها بالتضمن وعلى باقي مقدماته الاستمتاع من اللمس والنظر و
القبلة وغيرها بالالتزام فيدخل جميع ذلك في تحليله ووجه لزومها لها كونها محسوبة من مقدماته ولا ينفك عنها غالبا فهو لزوم عرفي وان
لم يكن عقليا ومثل ذلك كاف في مثل هذا ولو احل له بعض مقدماته غير النظر دخل فيه ما استلزمه دون غيره فاذا احل له القبلة استباح اللمس
للتوقف عليه وقد دل على ذلك كله رواية الحسين بن عطية عن ابي عبد الله ع قال اذا احل الرجل من جاريته قبلة لم يحل له غيرها فان احل له منها
دون الفرج لم يحل له غيره فان احل له الفرج حل له جميعها وفي صحيحة الفضيل عنه ع ولو احل له قبلة منها لم يحل له سوى ذلك وهذا كله مما بيناه وله التحليل
اما المحرم فلا يدخل في تحليل الوطي ولا في مقدماته ولا العكس لانفكاك كل منهما عن الاخر حسا وعقلا قوله ولو وطي اه اذا احل له ما دون الوطي
او المحرم كان الوطي بالنسبة اليه كغيره من الاجانب فان وطئ عالما بالتحريم كان عاصيا وكان الولد لمولاها كما في نظائره لانتفائه عن الزاني
وينبغي ترتب حكم الزنا من الحد وغيره عليه لكن يظهر من الرواية عدمه واما ثبوت عوض البضع فيبنى على ضمانه من الامة مط او مع عدم البغي
وقد تقدم الخلاف فيه وان المص يشترط في ثبوته جهلها او اكراهها وحيث يثبت العوض فهو العشر ان كانت بكرا ونصفه ان كانت ثيبا او
ارش البكارة مضافا الى العشر كما سلف وقد دل على ذلك صحيحة الفضيل السابقة وفيها قلت ارايت ان احل له ما دون الفرج فغلبته
الشهوة فافتضها قال لا ينبغي له ذلك قلت فان فعل يكون زانيا قال لا ولكن يكون خائنا ويغرم لصاحبها عشر قيمتها ان كانت بكرا

[illegible]

٥٢٤ وان لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها ولعل اطلاق المص الحكم بالعشر او نصفه تبعاً لاطلاق الرواية وكذا الحكم بكونه عاصياً ولم يقل زانياً وعدم تعرضه للحد كما ذكره مبني على تضمن الرواية جميع ذلك ولو وطئ جاهلاً فالولد حر وعليه قيمته يوم سقط حياً لمولاها كما سلف قوله ولد المحلل اه اذا حصل من تحليل الوطي ولد فان شرط في صيغة التحليل كونه حراً كان حراً ولا قيمة على الاب اجماعاً وان شرط كونه رقاً بني على صحة هذا الشرط في نكاح الامة و عدمه وقد تقدم وان اطلقا العقد فلم يشترطا رقيته ولا حريته فللاصحاب قولان احدهما وهو الذي اختاره المص وجعله اصح الروايتين انه حر فلا قيمة على ابيه وهو مذهب الشيخ في ف والمتاخرين لبناء الحرية على التغليب والسراية والولد يكون من النطفتين فيغلب جانب الحرية ولعموم الاخبار السابقة المتضمنة ان ولد الحر لا يكون الا حراً وخصوص حسنة زرارة قال قلت لابي جعفر ع الرجل يحلل جاريته لاخيه قال لا باس قال قلت فانها جاءت بولد قال يضم اليه ولده ويرد الجارية على صاحبها قلت له انه لم ياذن في ذلك قال انه قد اذن له وهو لا يامن ان يكون ذلك وموثقة اسحق بن عمار عن ابي عبد الله ع وفيها قلت فجاءت بولد قال يلحق بالحر من ابويه وغير ذلك من الاخبار وقال الشيخ في ط ويه وكتابي الاخبار الولد رق لرواية ضريس بن عبد الملك عن الص وفيها قلت فان جاءت بولد قال هو لمولى الجارية الا ان يكون قد اشترط حين احلها له انه ان جاءت بولد فهو حر ومثلها رواية الحسين العطار ورواية ابي بصير بن عبد الحميد وفي طريق الاولى علي بن فضال والثانية مجهولة بالعطار والثالثة بعبد الرحمن بن حماد وابرهيم ضعيف فلذلك قال المص ان الاولى اصح الروايتين ولو قال اوضح الروايتين سنداً كان اجود لاشتراكهما في عدم الوصف بالصحة فضلاً عن كون الاولى اصح قوله لا باس ان يطأ اه هنا احكام ختم بها مسائل نكاح الامة الاولى نفي الباس عن وطي الامة وفي البيت غيرها وان رأها وسمع نفسها وقد تقدم كراهة ذلك في الحرة وانه من غشي امرأته وفي البيت صبي فنظر اليهما ويسمع كلامهما ما افلح ابداً ان كان غلاماً كان زانياً وان كانت جارية كانت زانية وفي الامة روى عبد الله بن ابي يعفور في الصحيح عن ابي عبد الله م في الرجل ينكح الجارية من جواريه ومعه في البيت من يرى ذلك ويسمعه قال لا باس ونفي الباس وان لم يناف الكراهة من حيث ان مدلوله نفي التحريم الا انه ظاهر في ذلك حيث اقتصر عليه من غير نكير ولا تشديد الثانية نفي الباس ايض ان ينام بين امتين بخلاف الحرة فانه يكره ولما فيه من الامتهان وقد روى عبد الرحمن بن ابي نجران ان ابا الحسن ع كان ينام بين جاريتين الثالثة يكره وطي الامة الفاجرة اي الزانية بالملك كما يكره بالعقد لما فيه من العار وخوف اختلاط المائين وروى محمد بن مسلم قال سئلت ابا جعفر ع عن الخبيثة يتزوجها الرجل قال لا وان كان له امة وطئها ولا يتخذها ام ولد والمراد بذلك ان يعزل عنها حذراً من حملها الرابعة يكره وطي من ولد من الزنا وان كانت في نفسها عفيفة روى الحلبي عن ابي عبد الله ع قال سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا عليه جناح ان يطأها قال لا وان تنزه عن ذلك فهو احب الي وروى محمد بن مسلم عن احدهما في الرجل يشتري الجارية او يتزوجها لغير رشدة ويتخذها لنفسه فقال ان لم يخف العيب على ولده فلا باس قوله ويلحق بالنكاح اه اي العيوب المتفق على جواز الفسخ بها والا ففي المختار المص كون الجب من عيوبه ايض فيكون اربعة لكنه افرده للخلاف فيه وسيبين انه من عيوبه سنة بزيادة الجذام والبرص قوله فالجنون سببه اه لا خلاف في كون الجنون من عيوب الرجل المجوزة لفسخ المراة للنكاح في الجملة ثم ان كان متقدماً على العقد او مقارناً له يثبت لها به الفسخ مط سواء كان مطبقاً او ادواراً وسواء عقل اوقات الصلوة ام لا وان كان متجدداً بعد العقد سواء كان قد وطئ ام لا فان كان لا يعقل اوقات الصلوة فلها الفسخ ايض وان عقل ح فاكثر المتقدمين كالشيخ واتباعه على عدم الفسخ والاولى عدم اشتراطه لعدم وجود دليل يفيد التقييد وتناول الجنون باطلاقه لجميع اقسامه فان الجنون فنون والجامع بينها فساد العقل كيفما اتفق ولعموم الباب حيث روى صحيحة الحلبي عن الص انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل وهو شامل لما قبل العقد وبعده ولما يعقل معه اوقات الصلوة وغيره ورواية علي بن ابي حمزة قال سئل ابو ابرهيم ع عن امراة يكون لها زوج اصيب في عقله من بعد ما تزوجها او عرض له جنون قال لها ان تنزع نفسها منه ان شائت وهي صريحة في المتجدد وشاملة باطلاقها لما قبل الدخول وبعده ومع ترك الاستفصال من الامام وهو دليل العموم لكن طريقها ضعيف فعمدة الامر على الاتفاق على كون الجنون عيباً مط مع عدم وجود دليل مخصص وقول المص وقيل يشترط في المتجدد ان لا يعقل اوقات الصلوة يقتضي ان المتقدم لا خلاف في جواز الفسخ به سواء كان عقل ام لا وما ذكره هو المشهور في كلام الاصحاب فانهم لم يقيدوا الجنون بذلك الا في المتجدد بعد العقد ولكن ابن حمزة اطلق ان الجنون الموجب للخيار في الرجل هو الذي لا يعقل معه اوقات الصلوة وهو يشمل المتقدم منه والمتجدد وكيف كان فلا دليل على اعتبار ذلك وان كان مشهوراً وتردد المص في ذلك لشهرة القول لا لقوة دليله فانه يراعي جانب الشهرة ويمكن على هذا ان يتمسك في المتجدد بعد العقد مط باستصحاب لزوم العقد في غير موضع الوفاق لكن الرواية الصحيحة مطلقة في الجنون فتشمل موضع النزاع قوله والخصاء اه الخصاء بكسر الاول وبالمد والوجاء بالكسر والمد ايض هو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما بل قيل انه من افراد الخصاء فهنا ولفظه والمشهور بين الاصحاب كونه عيباً والنصوص به كثيرة منها صحيحة ابن مسكان وموثقة ابن بكير عن احدهما وموثقة سماعة عن ابي عبد الله ان خصياً دلس نفسه لامراة قال يفرق بينهما وتاخذ المراة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه وظاهر الاخبار كون العيب موجوداً قبل العقد ولكنه يحتمل للمتجدد منه قبل الدخول فلذلك قطع بكونه عيباً مع سبقه واختلف في المتجدد والاولى ان المتجدد بعد الدخول لا يثبت به فسخ استصحاباً للزوم العقد وعدم تناول النصوص له فان التدليس انما يتحقق قبل الدخول ويبقى الاشكال في المتجدد بين العقد والدخول من تناول النصوص له باطلاقها وظهور ارادة المتقدم واصالة اللزوم مع ما في النصوص من ضعف في السند او دلالة وقال الشيخ في ط وف ان الخصاء ليس بعيب محتجاً بان الخصي يولج ويبالغ وحالته اكثر من الفحل وانما لا ينزل وعدم الانزال ليس بعيب وهو مردود بتعاضد النصوص وكثرتها وعمل معظم الاصحاب واما التعليل بان اهم مقاصد النكاح التناسل وهو مفقود في الخصي فلا يكفي اصل القدرة مع

قوله

٥٢٥ فوائده فمنقوض بالفحل الذي لا ينزل مع الاجماع على عدم الفسخ فيه وانما الاعتماد على عموم النصوص الدالة على الفسخ بعيب الخصاء قوله والعنن اه العنن بالفتح هو الضعف المخصوص بالعضو والاسم العنة بالضم وهي الرجل الذي كان كذلك عنين كسكين وهو من جملة عيوب الرجل الذي تسلط المراة على فسخ نكاحه بالنص والاجماع ويثبت الفسخ به مع تقدمه على العقد اجماعاً وكذا مع تجدده قبل الوطي على المشهور لتناول النص له كرواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال العنين يتربص به سنة ثم ان شائت امراته تزوجت وان شائت اقامت ولو تجدد بعد الوطي ولو مرة فلا فسخ للاصل وهو قول الشيخ وكثير ولرواية اسحق بن عمار عن الص ان علياً كان يقول اذا تزوج الرجل المراة فوقع عليها مرة ثم اعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت ورواية غياث الضبي عن ابي عبد الله ع قال في العنين اذا علم انه عنين لا ياتي النساء فرق بينهما واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما وذهب المفيد وجماعة الى ان لها الفسخ ايض للاشتراك في الضرر الحاصل بالياس من الوطي ولاطلاق الروايات بثبوت الخيار للمراة من غير تفصيل كصحيحة محمد بن مسلم السابقة ورواية ابي الصباح الكناني قال سئلت ابا عبد الله عن امراة ابتلي زوجها فلا يقدر على الجماع ابداً اتفارقه قال نعم ان شائت وغيرهما من الاخبار الكثيرة المعتبرة الاسناد واجيب بان تلك مفصلة وهذه مطلقة فيجب حملها على ما اذا لم يدخل جمعاً وهو جيد لو اعتبرت تلك فان اسحق بن عمار فطحي وغياثاً الضبي مجهول وفي قطع ذلك ولو وجه وحيث كانت العنة هي المرض المقتضي للعجز عن الايلاج ظهر انه لو عجز عن وطيها دون غيرها لا يكون عنيناً وكذا لو عجز عن وطيها قبلاً خاصة حيث يجوز دبرها اذ لا عجز فلا عنة وان حصل الضعف في الجملة ويظهر من المفيد ان المعتبر قدرته عليها ولا عبرة بغيرها لانه قال فان وصل اليها ولو مرة واحدة فهو املك بها وان لم يصل اليها في السنة كان لها الخيار وان حصل بالرجل عنة بعد صحته كان الحكم كما ذكرناه والاصحاب لم ينقلوا الخلاف عنه الا في العنة المتجددة مع الحجر مط قوله وهل يفسخ اه المشهور بين الاصحاب انه من جملة عيوب الرجل لم ينقل احد منهم فيه خلافاً ولكن المص تردد فيه هنا ووجهه عدم النص عليه بخصوصه وانما ورد في النصوص الفسخ بالخصاء والعنن من انهما عيوب الجماع ولما كان الحكم بالخيار في هذه العيوب على خلاف الاصل فلا بد لثبته من دليل صالح ليخرج عن حكم الاصل والا فالاصل في العقد اللزوم وليس على الجب دليل صالح ويمكن اثباته من النصوص الدالة على حكم الخصاء فانه اقوى عيباً منه لقدرة الخصي على الجماع في الجملة بل قيل انه يصير اقوى من الفحل بواسطة عدم خروج المني منه ومن ثم ذهب بعضهم الى عدم كونه عيباً لذلك بخلاف المجبوب فانه قد انتفى عنه القدرة على الجماع لانتفاء الالة وكذا استفادته من العنين لمشاركته له في المعنى وزيادة لان العنين يمكن برؤه والمجبوب يستحيل ويمكن استفادته ايض من عموم الاخبار كقوله في رواية ابي الصباح الكناني السابقة في امراة ابتلي زوجها فلا يقدر على الجماع مضافاً الى لزوم الضرر بالمراة على تقدير عدم اثبات الخيار لها وهو منفي وح فالمذهب كونه عيباً وهو الذي اختاره المص بعد التردد بشرط ان لا يبقى له ما يمكن معه الوطي ولو مقدار الحشفة لان … الوطي يحصل بمقدار ذلك ومن ثم رتب عليه احكامه من وجوب الغسل والمهر والحد والاباحة للزوج المطلق ثلثاً وافساد العبادات كالحج والصيام ووجوب الكفارات وغير ذلك قوله ولو حدث الجب اه اذا تجدد الجب بعد العقد سواء كان قبل الوطي ام بعده هل يجوز للمراة الفسخ به كما لو سبق على العقد اختلف كلام الاصحاب فذهب الشيخ في ط وابن البراج وجماعة الى ثبوت الخيار به متى وجد واستدل عليه في ط بالاجماع وعموم الاخبار مع انه في موضع اخر من ط قال وعندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به الا الجنون وهذا يشعر بدعوى الاتفاق عليه وهو غريب في كلا … الى عدم الخيار بالحادث وهو مذهب ابن ادريس وكذا اختلف مذهب العلامة فيه ففي لف قوى جواز الفسخ بالجب والخصاء والعنة وان تجددت بعد الدخول وفي الارشاد قطع بعدم ثبوته بالمتجدد مطلقاً وكذا في التحرير ثم في موضع اخر منه قرب جواز الفسخ بالمتجدد من الجب بعد الوطي وابقى الخصاء على الحكم الاول من عدم الفسخ بالمتجدد منه بعد العقد مط وفي العنة جوزه بالمتجدد بعد العقد وقبل الدخول خاصة وفي عد جزم بالخيار للمتجدد منه بعد العقد وقبل الوطي وتردد في المتجدد بعد الوطي وشرط في الخصاء سبقه على العقد ونسب الحكم في المتجدد الى قول مشعر بتردده فيه وفي العنة شرط عدم الوطي وقد عرفت بعد هذا الاختلاف ان ليس للجب اخبار تخصه وانما مرجعه الى الاخبار السابقة وقد عرفت حالها وان طريق الجمع بينها مط يقتضي اشتراط عدم الدخول ومراعاة المعتبر منها سنداً يوجب الحكم بالعيب المذكور مط ومن هنا ينشأ الخلاف واما الشيخ فلا عذر له فيما وقع له من الاختلاف قوله ولو بان خنثى اه القائل بجواز الفسخ لو بان الزوج خنثى الشيخ في ط في موضعين منه مع انه قال فيه ايض في موضع ثالث انه ليس بعيب وانما هو بمنزلة الاصبع الزائد وهذا هو الاولى وكذا لو ظهرت المراة خنثى لان الزائد فيها كالاصبع الزائدة والزائد في الرجل كالثقبة الزائدة لا كما مثل به الشيخ وكلاهما ليس بعيب وموضع الخلاف فيما اذا كان محكوماً له بالذكورية والانوثية اما لو كان مشكلاً تبين فساد النكاح ووجه الخيار مع وضوحه وجود النفرة منه وكون العلامات ظنية لا تدفع الشبهة والانحراف الطبيعي والشيخ صرح في ط بكون الخلاف في الخنثى الواضح لانه قال في الموضعين لو بان الخنثى وحكم بانه ذكر فهل لها الخيار ام لا لكنه ذكر في ميراث الخنثى انه لو كان زوجاً او زوجة اعطي نصف النصيبين فبنى بعضهم حكمه هنا عليه الا انه ضعيف جداً فالمبني عليه كذلك وفرضه في الواضح اوضح قوله ولا يرد الرجل اه ما ذكره من اختصاص الرجل بالاربعة هو المشهور بين الاصحاب وكثير منهم كالمص لم ينقل خلافاً في ذلك واستدلوا عليه باصالة لزوم العقد فلا يثبت الخيار الا بدليل يقتضيه ولا دليل في غير ذلك ويؤيده رواية غياث الضبي عن ابي عبد الله ع وفي اخرها والرجل لا يرد من عيب فانه حجة فيما لم يخرجه دليل وذهب ابن البراج في المهذب الى اشتراك الرجل والمراة في كون كل من الجنون والجذام والبرص والعمى موجباً للخيار في النكاح وكذا ابن الجنيد وزاد العرج و الزنا ودليلهما في غير الجذام والبرص غير واضح اما فيهما ففي غاية الجودة لصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله ع يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل وهو متناول باطلاقه للرجل والمراة ولان ثبوتهما عيباً في المراة مع ان للرجل وسيلة الى التخلص منها بالطلاق يوجب كونهما عيباً في الرجل بطريق اولى

البهائية اولى لعدم قدرتها على التخلص لولا الخيار وحصول الضرر منه بالعدوى باتفاق الاطباء واهل المعرفة مضافا الى ما اشتهر من قوله فر من المجذوم فرارك من الاسد ولان النفرة الناشئة من ذلك المنافية للمقصود من الاستمتاع ابلغ من غيره من العيوب المتفق عليها ويبنى الكلام في اعتبار سبقه على العقد والاكتفاء بالمتجدد منه مطلقا او قبل الدخول كما سبق في نظائره بل العموم هنا اولى لاطلاق النص الصحيح المتناول لجميع الاقسام بخلاف عيب العنن والخصاء والجب لما في الاخبار من التعارض فيه كما عرفت والتمسك بلزوم العقد والاستصحاب وغير ذلك كله مدفوع بعموم الخبر الصحيح واما الاستناد الى خبر غياث الضبي في مثل هذه المطالب كما اتفق لجماعة من المحققين فمن اعجب العجائب لقصوره في المتن والسند اما السند فلان غياثا هذا لا يعرف في كتب الرجال بحال فكيف يجعل حديثه متمسكا في هذه الاحكام بل يعارض به غيره من الاخبار خصوصا الصحيح منها واما المتن فلاقتضائه نفي رد الرجل من عيب اصلا وهو خلاف اجماع المسلمين والاعتناء بالتمسك به فيما لا يدل دليل على كونه عيبا واقع في غير موقعه لما عرفته من حاله قوله وعيوب المرأة سبعة اه لما كان الحكم في النصوص معلقا على مسمى الجنون وكان متحققا بفساد العقل باي سبب اتفق وعلى اي وجه كان دائما او ادوارا مفيقا اوقات الصلوة او لا يتحقق الحكم معه على ذلك الوجه لاصالة عدم اعتبار امر آخر نعم يشترط استقراره فلا عبرة بعروض زوال العقل وقتا من الاوقات ثم لا يعود لان من حصل له ذلك لا يطلق عليه عرفا انه مجنون وكذا بعدم الاعتبار من يعرض له السهو اذا كان زواله سريعا ولا الاغماء العارض لمرض لغلبة المرة ونحوها قوله اما الجذام اه هذا المرض مما يخفى امره قبل استحكامه ولما كان الخيار على خلاف الاصل متوقفا على اسبابه خاصة اشترط في ثبوته تحقق السبب فاذا تحقق وجود هذا المرض اعاذنا الله منه بتناثر اللحم وسقوط بعض الاطراف كالانف فلا اشكال فيه وبدونه وظهور علاماته من ضيق النفس وبحة الصوت وكمودة العينين الى حمرة ونحو ذلك مما ذكره المص وغيره يرجع فيه الى اهل الخبرة من الاطباء ويشترط فيهم العدالة والتعدد والذكورة كغيرها من الشهادات او حصول الشياع المتاخم للعلم وان لم يكن المخبر بذلك الوصف فان انتفى ذلك وادعى احدهما على الاخر وجوده واشتبه الحال فعلى المنكر اليمين ونحوه في عبارة المص بالراء المهملة ان يظهر فيه الحمرة بيض العين وهو الشيء الذي يجتمع في الجسد كالسلعة ومثلها البجرة وقد يطلقان على العيب كيف اتفق تقول افضيت اليه بعجري وبجري اي اطلعته من نفسي على معايبي قاله الهروي والمراد به هنا ما يبدو في الوجه من اثار هذه العلة قوله واما البرص اه البرص مرض معروف وبسببه يحدث في البدن تغير لونه الى السواد والى البياض لان سببه قد يكون غلبة السوداء فيحدث الاسود وقد يكون غلبة البلغم فيحدث الابيض والمعتبر منه ما يتحقق كالجذام فانه قد يشتبه بالبهق لانه يشبهه في الشيئين والسببين والفرق بينهما ان البرص يكون غائصا في الجلد واللحم والبهق يكون في سطح الجلد خاصة ليس له غور وقد يتميزان بان يغرز فيه الابرة فان خرج منه دم فهو بهق وان خرج منه رطوبة بيضاء فهو برص ومع اشتباه الحال يرجع فيه الى طبيبين عارفين كما مر لان المقتضي لثبوت الخيار وجود السبب الموجب لرفع الاشتباه يرجع الى اصل اللزوم قوله واما القرن اه قد اختلف كلام اهل اللغة وتبعه كلام الفقهاء في ان القرن هل هو العفل او شيء اخر غيره ففي نهاية ابن الاثير القرن بسكون الراء شيء يكون في فرج المراة كالسن يمنع من الوطي يقال له العفل وقريب منه قال الجوهري الا انه قال في موضع اخر العفل شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيه بالادرة التي للرجل وهذا الاخير يقتضي المغايرة بينهما وان العفل اعم لاطلاقه على العظم واللحم وقال ابن دريد في الجمهرة ان القرناء هي المراة التي يخرج قرنة من رحمها قال والاسم القرن وضبطه محركا مفتوحا وقال في العفل انه غلظ في الرحم واما الروايات فقد سبق منها صحيحة الحلبي ان العفل عيب ولم يذكر القرن وكذلك في رواية ابي عبيدة عن ابي عبد الله ع ورواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله ع وفي رواية اخرى عنه ع قال المراة ترد من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل وفي رواية ابي الصباح الكناني قال سألت ابا عبد الله ع عن رجل تزوج امراة فوجدها قرناء قال هذه لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها يردها على اهلها صاغرة فذكر القرن ولم يذكر العفل ويمكن ان يجمع بين الاخبار كلها بحمل القرن على العفل كما ورد في رواية عبد الرحمن ولذلك كان الاشهر عند المص ذلك ويراد من العيبين معنى واحد وهو ان يكون في الفرج شيء من العظم او اللحم يمنع الوطي وهذا سواء الا انه يظهر فائدة الاختلاف في عدد عيوب المراة فان جعلناهما متغايرين زاد العدد واحدا اذا انفرد ذلك فاعلم ان القرن ان منع الوطي اصلا فلا اشكال في ثبوت الخيار به لتطابق النصوص وكلام اهل اللغة والفقهاء عليه وان لم يمنعه بان يمكن حصوله بعسر ففي ثبوت الفسخ به تردد من ان احدهما العدم وهو الذي قطع به الشيخ والاكثر لعدم المقتضي له فان الخيار انما نشا من حيث المنع من الوطي الذي هو اهم المطالب من التزويج والثاني وهو الذي مال اليه المص من غير تصريح بثبوت الخيار ايضا تمسكا بظاهر النص حيث علق الخيار على وجود الاسم المذكور الشامل لما يمكن معه الوطي وعدمه وفي بعضها ما فيه تصريح بذلك كصحيحة ابي عبيدة عن ابي جعفر ع في رجل تزوج امراة من وليها فوجد بها عيبا بعدما دخل بها قال فقال اذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة وما كان بها من زمانة ظاهرة فانها ترد على اهلها من غير طلاق الحديث وصحيحة ابي الصباح المتقدمة وفي اخرها قلت فان كان دخل بها قال ان كان علم بذلك قبل ان ينكحها يعني المجامعة ثم جامعها فقد رضي بها وان لم يعلم الا بعد ما جامعها فان شاء بعد امسك وان شاء طلق وهذا القول قوي ان لم يكن الاجماع على خلافه اذ لا يظهر به قائل صريحا كما يظهر من عبارة المص بقوله ولو قيل بالفسخ امكن وحمل الدخول والجماع في النصوص على غير الجماع في الفرج في غاية البعد قوله واما الافضاء اه اي تصيير مسلك البول والحيض واحدا على خلاف في تفسيره وقد تقدم قوله واما العرج اه اختلف الاصحاب في ان العرج في المراة هل هو عيب يجوز الفسخ ام لا على اقوال احدها انه عيب مطلقا ذهب اليه الشيخان في النهاية والمهذب والمقنعة وابن الجنيد وابو الصلاح واكثر الاصحاب لصحيحة داود بن سرحان عن الصادق ع في الرجل يتزوج المراة فيؤتى بها عمياء او برصاء او عرجاء

قال قلت

قال فترد على وليها الحديث ورواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال ترد البرصاء والعمياء والعرجاء وثانيها ثبوته بشرط كونه بينا ذهب اليه العلامة في المختلف والتحرير ونقله ابن ادريس واستدل عليه بالروايتين السابقتين وفي التحرير نسبه الى الشيخ فيه وفي المهذب مع ان الشيخ لم يقيده بذلك وهذا يدل على انه مراده بالبين ما كان ظاهرا في الحس وان لم يبلغ حدا يمنع من التردد الا بالمشقة الكثيرة لان الرواية لا تدل على انه لابد من كونه بينا في الحس بحيث يتحقق مسمى العرج وكذا كلام الشيخ وجماعة وعلى هذا فربما رجع القولان الى قول واحد ويمكن ان يكونا مختلفين بان يريد بالبين ما كان ظاهرا متفاحشا بحيث يعسر معه التردد عادة لان العرج اليسير جدا لا يعد عيبا عادة الا ان اطلاق الروايتين لا يساعد على هذا وثالثها تقييده ببلوغه حد الاقعاد وهو الذي ذهب اليه المص والعلامة في عدة والظاهر من معناه انه يبلغ حدا يعجز معه عن المشي وفي تسميته مثل هذا عرجا نظر والحامل لهم على هذا التقييد امران احدهما استبعاد كون مطلق العرج عيبا موجبا للخيار خصوصا مع وقوع الخلاف فيه وحصول الشك في خروج العقد من اللزوم الى الجواز ومعارضة صحيحة الحلبي السابقة الدالة على عدم الرد بغير ما ذكر فيها من العيوب والثاني ورود كون الزمانة عيبا في صحيحة داود بن سرحان وان كان بها زمانة لا يراها الرجال اجيزت شهادة النساء عليها فان ظاهرها ان الرد منوط بالزمانة عملا بمفهوم الشرط وكذا رواية ابي عبيدة السابقة فيجب حمل المطلق على المقيد وفيه نظر لان مفهوم الزمانة امر اخر غير المفهوم من العرج ومقتضى النصوص كون كل واحد منهما عيبا براسه وليس ذلك من باب المطلق والمقيد في شيء بل الظاهر من الزمانة امر اخر خفي لا يطلع عليه الرجال والعرج ليس كذلك وسيأتي النقل عن الصدوق انه جعلهما امرين واثبت الخيار بالزمانة دون العرج واستبعاد كون العرج عيبا مطلقا غير مسموع بعد ورود النص الصحيح والشك في خروج العقد من اللزوم منتف بعد ورود النص وعمل اكثر الاصحاب به نعم لا باس بتقييده بالبين ليخرج اليسير الذي لا يعبأ به ولا يظهر غالبا ولا يوجب نقصا واما حمل العرج البين على الزمانة كما ذكره بعض الفضلاء فلا شبهة في فساده خصوصا بعدما نقلناه عن قائله من الاستشهاد ورابعها انه ليس بعيب مطلقا وهو الظاهر من كلام الشيخ في ط وف فانه لم يعده من عيوب المراة وكذلك ابن البراج في المهذب وهو الظاهر من الصدوق فانه في المقنع عد العيوب ولم يذكره ثم قال الا انه روى في الحديث ان العمياء والعرجاء ترد وقال قبل ذلك فان تزوج الرجل بامراة فوجدها قرناء او عفلاء او برصاء او مجنونة او كان بها زمانة ظاهرة فان له ردها على اهلها بغير طلاق ووجههم على ذلك اصالة لزوم العقد وظاهر الحصر في صحيحة الحلبي في قوله انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل فان انما يدل على الحصر ولا يخفى ضعف الدليلين فان الاصل قد عدل عنه بما ثبت في النصوص الصحيحة من الخيار فيه وفي غيره من العيوب والحصر في الرواية غير مراد لخروج كثير من العيوب عنها واثبات الخارج بدليل خارجي يشاركه العرج فيه والكليني رواها عن الحلبي مجردة عن اداة الحصر وهو واضح قوله وقيل الرتق احد العيوب اه الرتق بالتحريك مصدر قولك امراة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع نكاحها قاله الجوهري والمراد به هنا التحام الفرج على وجه لا يمكن معه مدخل للذكر ويخرج البول معه من ثقبة ضيقة سواء كان بالخلقة او بالخياطة وليس فيه نص بخصوصه فمن ثم جعله المص عيبا بلفظ قيل وما قيده به من كونه عيبا على تقدير منعه الوطي اصلا هو المذهب لانه يصير اولى بالحكم من القرن والعفل اللذين لا يوجبان انسداد المحل اصلا مع اشتراكهما في العلة الموجبة للفسخ وهو فوات الاستمتاع فيجري ذلك مجرى فوات المنفعة فيما يطلب بالعقد منفعته وذكر بعضهم ان الرتق مرادف للقرن والعفل وان الثلثة بمعنى واحد فعلى هذا يكون داخلا في النص ولو لم يبلغ الرتق حد المنع من الوطي ولو لصغر الالة فالخيار باق المفضى بخلاف ما لو منع مطلقا وعلى القول بترادفه للقرن يأتي فيه مع امكان الوطي بعض ما في ذلك من الخلاف وانما يثبت الخيار ايضا اذا لم يمكن ازالة المانع عادة بفتق الموضع او امكن وامتنعت منه ولو رضيت به فلا خيار وليس للزوج اجبارها على ذلك لان ذلك ليس حقا له ولما في الاقدام على الجراحة من تحمل الضرر والمشقة كما لو ارادت ذلك لم يكن له منعها لانه تداو لا تعلق له به قوله ولا ترد المراة اه ما ذكره من اختصاص السبعة هو المشهور بين الاصحاب وعليه العمل لعدم دليل صالح لغيره وما حكم به في الرتق على تقدير مغايرته للقرن كما هو الظاهر فيكون ثامنة وما ذكرنا من مغايرة العرج للزمانة فيكون تسعة وبقي امور وقع الخلاف في كونها عيبا لم يعتبرها المص واكتفى عنها بنفي الحكم عن كون ما عدا المذكور عيبا فمنها ما اذا زنت المراة قبل دخول الزوج بها فان الصدوق ذهب الى انها ترد بذلك ولا صداق لها والقول على هذا في المراة اذا زنت قبل ان يدخل بها زوجها يفرق بينهما ولا صداق لها لان الحدث كان من قبلها وسند الرواية ضعيف ومنها مطلق الزنا من الرجل والمراة قبل العقد وبعده قال ابن الجنيد الزنا قبل العقد وبعده يرد به النكاح فلو زنت المراة قبل دخول الرجل بها فرق بينهما وكذلك ان كان الزاني رجلا ثم رضيت المراة فرق بينهما للرواية السابقة ولما روي عن امير المؤمنين ع ايضا انه فرق بين رجل وامراة زنى قبل دخوله بها ولرواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الصادق ع قال سألته عن رجل تزوج امراة فعلم بعد ما تزوجها انها كانت زنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها وان شاء تركها وهذه الرواية قاصرة عن افادة الحكم فان جواز الرجوع بالصداق لا يقتضي جواز الرد ولا تعرض فيها لحكم الرجل ومنها المحدودة في الزنا ذهب اكثر قدماء الاصحاب الى انه يجوز للزوج فسخ نكاحها لان ذلك من الامور الفاحشة التي تكرهها الازواج وتنفر النفس منه اقوى من نحو العمى والعرج ولزوم العار العظيم به المقتضي كون تحمله ضررا عظيما وللرواية السابقة وفيها مع قصور الدلالة من جواز الرد عدم دلالتها على محل النزاع ومن ثم ذهب المتاخرون الى ان ذلك كله ليس بعيب يجوز الفسخ والطلاق بيد الزوج يجبر ما ينشأ من الضرر والمشقة بتحملها وللشيخ قول اخر بعدم الفسخ لكن يرجع الزوج بالمهر على وليها العالم بحالها عملا بمدلول الرواية ورده في المختلف بان الضمان انما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج فان كان عيبا اوجب الفسخ والا لم يجب المهر قوله المقصد الثاني اه العيوب الحاصلة في المراة لا تخلو اما ان تكون

٥٢٨ موجودة قبل العقد او متجددة بعده قبل الدخول او بعده ففي الاول يثبت للرجل الفسخ اجماعاً لدلالة النصوص عليه قطعاً وبناء العقد ابتداء على التزلزل وفي الاخيرة لا خيار اتفاقاً على ما يظهر من المص وغيره لجريان الدخول مجرى التصرف المانع من الرد بالعيب ولسبق لزوم العقد فيستصحب ولصحيحة عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله ع قال المراة ترد من اربعة اشياء الى قوله من البرص والجذام والجنون والقرن ما لم يقع عليها فاذا وقع عليها فلا وهي شاملة باطلاقها لو وقع عليها قبل وجود العيب وبعده ولا يضر هنا قصرها على الاربعة لعدم القائل بالفرق و عدم ما يدل على الحصر وهي في ذلك اجود من صحيحة الحلبي الدالة على الحصر واصح سنداً وان اشتركا في الصحة ويظهر من الشيخ في ط وف جواز الرد بالمتجدد بعد العقد من غير تقييد بكونه قبل الدخول فيشمل ما يتجدد منه بعد الوطي وعبارة المبسوط فان حدث بها عيب من كل العيوب يحدث بها الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن فاذا احدث فهل له الخيار ام لا قيل فيه قولان احدهما له الخيار والثاني لا خيار وهو الاظهر لعموم الاخبار واراد بالاخبار صحيحة الحلبي وصحيحة داود بن سرحان ورواية عبد الرحمن عن ابي عبد الله الاخرى ورواية ابي الصباح وكلها قد تقدمت وهي مطلقة في ثبوت الخيار بهذه العيوب حيث يجدها الزوج فيتناول ما بعد الدخول والجواب حملها على ما قبل الدخول حملاً للمطلق على المقيد هذا مع ان الشيخ في موضع اخر من ط صرح بان العيب الحادث بعد الدخول يثبت به الفسخ لانه قال فاما شرح نظرت فان كان قبل الدخول سقط المهر الى ان قال واما ان كان العيب حدث بعد الدخول استقر المسمى لان الفسخ اذا كان كالموجود حين حدث العيب فقد حدث بعد الاصابة فاستقر المهر ثم فسخ بعد استقراره انتهى المقصود من كلامه وانما نقلناه كذلك لان المشهور عنه اطلاق العبارة الاولى لا تصريحه بالحادثة بعد العقد وقبل الدخول فيهما ولان احد الشهيدين صرح بان الشيخ في ط وف ونقلت عبارته فيه لشمول الاخبار السابقة لهذه الحالة من غير معارض وذهب ابن ادريس والمص وباقي المتاخرين الى عدم الفسخ محتجين بان العقد وقع لازماً فيستصحب وبان امر النكاح مبني على الاحتياط فلا يتسلط على فسخه بكل سبب والجواب ان الاخبار بانها ليست صريحة في ذلك وفي صحيحة ابي عبيدة عن ابي جعفر ع ما يقتضي كون العيب سابقاً لانه قال اذا دلست العفلاء نفسها والتدليس يقتضي وجود العيب قبل العقد ومفهومه يقتضي عدم الرد مع انتفاء التقدم على انه مفهوم الشرط فيحمل تلك الاخبار على ما لو سبق العيب العقد جمعاً بين الادلة ولا باس بهذا القول وان كان الاخر لا يخ من قوة ايضاً ويظهر من ابن الجنيد اختيار قول ثالث وهو ثبوت الفسخ بالجنون المتجدد وان كان بعد الدخول كالرجل لانه قال ولو حدث ما يوجب الرد قبل العقد بعد الدخول لم يفرق بينهما الا الجنون فقط فجعل الجنون موجباً للخيار في كل منهما وان حدث بعد الدخول ووجهه انه شرك من اول كلامه بين الرجل والمراة في العيوب التي ذكرها ومفهوم عبارته ايضاً ثبوت الخيار بباقي العيوب الحادثة قبل الدخول كقول الشيخ قوله خيار الفسخ على الفور الخ ظاهر الاصحاب الاتفاق على كون هذا الخيار على الفور لان الغرض من الخيار دفع الضرر بالتسلط على الفسخ وهو يحصل بذلك فيقتصر فيما خالف الاصل على مقدار ما يحصل به وليس لهم في ذلك نص يخصوصه ثم ان كان العيب ظاهر الانزاع فيه بينهما فالفورية معتبرة في الفسخ وان توقف ثبوته على المرافعة الى الحاكم فالفورية في المرافعة الى الحاكم فاذا ثبت صار الفسخ فورياً وفي التحرير اطلق ان الفوري هو المرافعة الى الحاكم وان كانا متفقين على العيب وكذلك عبر الشيخ في ط وهو حسن حيث يتوقف الامر على الحاكم ويعذر جاهل اصل الخيار وفي جاهل الفورية وجهان تقدم نظيرهما قوله الفسخ بالعيب الخ لا شبهة في ان هذا الفسخ وغيره ليس بطلاق لان الطلاق يفتقر الى لفظ خاص كقوله انت طالق ونحوه بخلاف الفسخ فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق من الشروط ولا يعد في الثلث المحرمة ولا يطرد معه تنصيف المهر اذا وقع قبل الدخول بمعنى انه متى حصل تنصف المهر كالطلاق وانما عبر بقوله ولا يطرد دون ان يقول ولا يتنصف للتنبيه على انه قد يتنصف به المهر في بعض الموارد كما سيأتي في العنة الا ان ذلك بدليل خاص لا يوجب اطراده في غيره من موارد الفسخ بالعيب فالمنفي اطراده لا ثبوته في الجملة قوله ولا يجوز للرجل الفسخ الخ لما دلت النصوص على ان هذا الفسخ حق ثابت لكل واحد من الزوجين في مورده لم يتوقف على كونه بحضور الحاكم او باذنه كغيره من الحقوق هذا هو المشهور بين الاصحاب وخالف في ذلك ابن الجنيد حيث قال اذا اريدت الفرقة لم تكن الا عند من يجوز حكمه من والي المسلمين او خليفته او بمحضر من المسلمين ان كانا في بلاد هدنة او سلطان متغلب واختلف كلام الشيخ في ط فقال في موضع منه لسائر بدياً بالفور ان لم يفتقر الى الحاكم يفسخ بنفسه وانما يريد ان المطالبة بالفسخ على الفور ويطالب بالفسخ فان كان العيب متفقاً عليه فسخ الحاكم وان اختلفا فيه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه واما الفسخ فالى الحاكم لانه فسخ مختلف فيه ثم قال ولو قلنا على مذهبنا ان له الفسخ بنفسه كان قوياً والاول احوط لقطع الخصومة وقال في موضع اخر ولا يجوز ان يفسخ بغير الحاكم لانه فسخ مختلف فيه وفي موضع ثالث جوز لهما الاستقلال بالفسخ محتجاً بان الاخبار مطلقة هذا وقد استثنى المص وغيره من هذا الحكم العنة فان الفسخ بها يتوقف على الحاكم لا لاجل الفسخ بل لانه يتوقف على ضرب الاجل على ما سيأتي ولا يكون ذلك الا بحكم الحاكم فاذا ضرب الاجل ومضت المدة استقلت المراة بالفسخ قوله اذا اختلفا في العيب الخ العيب منه جلي ومنه خفي فالجلي كالعمى والعرج والجنون المطبق والاقعاد وهذا لا يفتقر الى البينة ولا الى اليمين بل ينظر الحاكم فيه ويعمل بمقتضى ما يظهر منه واما الخفي كالعنة والقرن والجنون الدوري والجذام والبرص الخفيين فاذا ادعاه احدهما على الاخر وانكر رجع فيه الى القاعدة الشرعية وكان القول قول المنكر لاصالة الصحة والبينة على المدعي الى اخر ما يترتب في القاعدة من حكم النكول واليمين المردودة وغيرها واما العنة فالنزاع فيه بحث يخصه وسيأتي قوله اذا فسخ الزوج الخ اذا فسخ احد الزوجين بالعيب فلا يخ اما ان يكون قبل الدخول او بعده وحيث يجوز اما الجمهور بالحال او مطلقاً على بعض الاقوال وعلى التقديرين اما ان يكون العيب متقدماً على العقد او متاخراً عنه قبل الدخول او بعده بناء على جواز فسخه والفاسخ اما الزوج او الزوجة وعلى كل تقدير اما ان يكون هناك مدلس ام لا فالصور اثنا عشر وعشرون وخلاصة الحكم

٥٢٩ فيها ان الفسخ ان كان بعد الدخول استقر المسمى على الزوج اما وجوب المهر فللدخول الموجب له واما كونه المسمى فلان النكاح صحيح وان فسخ بالخيار لان ثبوت الخيار فرع على صحة العقد في نفسه وان كان قبل الدخول فلا شيء اما اذا كان الفاسخ المراة فظ لان الفسخ جاء من قبلها وقد تقرر غير مرة ان الفسخ من قبلها قبل الدخول يسقط المهر واما اذا كان هو الزوج فلاستناده اليها باعتبار ان العيب فيها ويستثنى من ذلك فسخها بعنته قبل الدخول فانه يوجب نصف المهر عند الاكثر لصحيحة ابي حمزة عن الباقر ع ويؤيدها من حيث الحكمة اشراف الزوج على محارمها وخلوته بها فناسب ان لا يخ ذلك من عوض ولم يجب الجميع لانتفاء الدخول وقال ابن الجنيد اذا اختارت الفرقة بعد تمكينها اياه من نفسها وجب المهر وان لم يولج وجعله في الغناء على اصله من ان المهر يجب كملاً بالخلوة كما يجب بالدخول واما حكم وجوب المهر كملاً على الخصي بعد الدخول فواضح لان الدخول يوجب استقراره ويؤيده رواية سماعة عن ابي عبد الله ع ان خصياً دلس نفسه لامراة قال يفرق بينهما وتاخذ المراة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه ومقتضى القواعد الشرعية انه لا فرق في ثبوت هذه الاحكام بين كون العيب الذي فسخ به حادثاً قبل العقد وبعده لما قلناه من ان الفسخ لا يبطله من اصله ولهذا لا يرجع بالنفقة الماضية وان بقيت عينها وقال الشيخ في ط وان كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى لان الفسخ انما يستند الى العيب الطاري بعد استقراره وان كان بعيب موجود قبل العقد او بعده قبل الدخول وجب مهر المثل لان الفسخ وان كان في الحال الا انه مستند الى حال حدوث العيب فيكون كانه وقع مفسوخاً حين حدوث العيب فيصير كانه وقع فاسداً فيلحقه احكام الفاسد ان كان قبل الدخول فلا مهر ولا نفقة وان كان بعده فلا نفقة للعدة ويجب مهر المثل ولا يخفى ضعفه لان النكاح وقع صحيحاً والفسخ وان كان بسبب العيب السابق لا يبطله من اصله بل من حين الفسخ ولا يزيل الاحكام التي سبقت عليه خصوصاً اذا كان العيب حادثاً بعد العقد فان دليله لا يجيء عليه اذا تقرر ذلك فهنا غرم الزوج من المهر وكان هناك مدلس رجع عليه سواء كان وليها ام غيره حتى لو كان المدلس هو المراة رجع عليها ايضاً بمعنى انه لا يثبت لها مهر اذ لا وجه لاعطائها اياه ثم الرجوع عليها به ولو انتفى التدليس بان كان العيب خفياً لم يطلع عليه المراة ولا من زوجها فلا رجوع لانتفاء المقتضي ويظهر من العبارة الرجوع بجميع المهر حيث يرجع وهو الذي يقتضيه اطلاق النصوص واستثنى جماعة منه ما اذا كان الرجوع على المراة فانه يستثنى منه اقل ما يصلح ان يكون مهراً وهو ما يتمول عادة لئلا يخلو البضع عن عوض وقيل اقل مهر مثلها لانه عوض البضع والاشهر الاول وانما لم يستثن ذلك لو كان الرجوع على غيرها لسلامة المهر لها على تقديره فلا محذور بخلاف ما اذا كان الرجوع عليها فانه لولاه لخلا النكاح المحترم عن العوض والنصوص خالية عن هذا الاستثناء قوله لا يثبت الخ لما كانت العنة من الامور الخفية التي لا يطلع عليها غير من هي به اطلاعاً يمنع به ان كان استناد الامتناع من الوطي الى العجز بحيث يضعف العضو عن الانتشار امر خفي لا يطلع عليه الغير على وجه يمكنه الشهادة به حتى لو اقامها مقيم بالعنة على هذا الوجه لم تسمع كان الطريق الى اثباتها اما اقرار الرجل بها او البينة على اقراره فان انتفيا وادعتها المراة فالقول قوله في عدمها عملاً باصالة السلامة فان حلف استقر النكاح وان نكل عن اليمين بني على القضاء بالنكول فيثبت العيب وان اوقفنا القضاء معه على يمين المدعي فاذا حلفت المراة قضي بثبوته ايضاً والاقوى والمص اقتصر في الحكم على نكوله بناء على مذهبه من القضاء به من غير يمين كما سيأتي في بابه والحكم على هذا القول واضح لان النكول ينزل منزلة الاقرار بالحق واما على القول بالقضاء بيمين المدعي فيشكل ثبوت هذا العيب به على القول بكون اليمين كالبينة من المدعي فانها لو اقامتها عليه باصل العيب لم تسمع كما قلناه فكذا ما قام مقامها وانما تسمع البينة باقراره وهي هنا ما ادعت الاقرار حتى تنزل يمينها منزلته وانما ادعت العيب فتنزيل يمينها منزلة البينة به اللهم الا ان يقال تنزل اليمين منزلة البينة على وجود العنة على وجه يسمع لا عليها مط لان ذلك هو مقتضى تنزيله منزلة البينة المسموعة بالدعوى ولو جعلناها بمنزلة الاقرار فلا اشكال في الثبوت ثم ان دعوى المراة لهذا العيب وحلفها يتوقف على علمها بوجود العيب اذ ليس لها الحلف بدون العلم فلا يحصل العلم لها بمجرد اطلاعها على عفته عن الايلاج مط لجواز استناده الى امر اخر من العوارض النفسانية والخارجية بل لا بد من ممارستها له في الاوقات المختلفة والاحوال المتكررة على وجه يحصل لها بمعاضدة القرائن ما يفيدها القطع بالعنة فيجوز لها الحلف على تقدير نكوله وبهذه الممارسة التي لا يتفق لغيرها يفرق بينها وبين غيرها ممن يشهد باصل العيب حيث قلنا انه لا يسمع والقول بان الرجل المدعى عليه العنة يقام في الماء البارد ويختبر بالتقلص فيحكم بقوله ان تقلص وبالاسترخاء فيحكم بقولها لابن بابويه وابن حمزة ومعنى تقلص انضم وانزوى ولفظ الصدوق وان تشنج والمراد به تقبض الجلد وانكر هذه العلامة المتاخرون لعدم الوثوق بالانضباط وعدم الوقوف على مستند صالح نعم هو قول الاطباء وكلامهم يثمر الظن الغالب بالصحة الا انه ليس طريقاً شرعياً قوله ولو ثبتت العنة الخ انما كان القول قوله هنا مع انه مدع لان المفروض ثبوت العنن قبل ذلك لان هذا الفعل لا يعلم الا من قبله كدعوى المراة انقضاء العدة بالاقراء ولصحيحة ابي حمزة قال سمعت ابا جعفر ع يقول اذا تزوج الرجل المراة الثيب التي قد تزوجت غيره فزعمت انه لا يقربها منذ دخل بها فالقول قول الزوج وعليه ان يحلف بالله لقد جامعها لانها المدعية وفي دلالة الرواية على موضع النزاع نظر لان موضعها ما اذا ثبت عننه ومورد الرواية دعواها عليه ذلك مع عدم ثبوت ذلك وقبول قوله هنا واضح كما مر في المسئلة الاولى لانها المدعية وهو المنكر لموافقة قوله اصل السلامة بخلاف موضع النزاع ليمنع العيب فيه فهو المدعي لزوال ما كان قد ثبت اللهم الا ان يعمم لها باطلاقها لموضع النزاع حيث ان موردها اختلافهما على حصول الوطي وعدمه الشامل لما لو سبق معه العنة وعدمه الا ان تعليله بكونها المدعية لا يلائم لانه مع ثبوت العنة لا يكون منكراً بل مدعياً وان تعذر اقامة البينة فالاولى التعليل بما ذكرناه وهذا هو قول الاكثر ومنهم الشيخ فيه والقول الذي حكاه المص بالتفصيل للشيخ في ف والصدوق في المقنع وجماعة استناداً الى رواية عبد الله بن الفضل عن بعض مشيخته قال قالت امراة لابي عبد الله ع او سأله رجل عن

بعضهم

٥٢٠ رجل تدعي عليه امرأته انه عنين وينكر الرجل قال تحشوها القابلة الخلوق ولا يعلم الرجل ويدخل عليها الرجل فان خرج وعلى ذكره الخلوق صدق وكذبت والا صدقت وكذب في مثله روى غياث بن ابراهيم قال ادعت امرأة على زوجها على عهد امير المؤمنين انه لا يجامعها وادعى هو انه يجامعها فامرها امير المؤمنين ان تستذفر بالزعفران ثم يغسل ذكره فان خرج اصفر والا امره بطلاقها وفيهما ضعف السند وزيادة الاولى بالارسال وعدم دلالتهما على محل النزاع صريحا لان ظاهرهما دعواها العنة وانكاره فيكون قولا في اول المسئلة لا بعد ثبوتها كما ذكر في الرواية الاخرى ولا بد على القول بذلك من الوثوق بعدم وضعه الخلوق اما بشدة يديه بحيث يؤمن ذلك او عدم علمه بالحال كما ذكر في الرواية مضافا الى الامن من فعله ذلك ويدل على حكم البكر صحيحة ابي حمزة السابقة قال فيها فان تزوجها وهي بكر فزعمت انه لم يصل اليها فان مثل هذا تعرف النساء فلينظر اليها من يوثق به منهن فاذا ذكرت انها عذراء فعلى الامام ان يؤجله سنة الحديث والكلام في دلالتها على موضع النزاع كالسابق وينبغي ان يجعل ذلك قولا في المسئلة الاولى مضافا الى القول بوضعه في الماء عملا به لان ظاهرها على النزاع في العنة ابتداء والمطلق مقبول قول منكر العنة من غير فرق بين البكر والثيب ووجهه موافقة دعواه للاصل فيهما وعدم الوطي في القبل على تقدير ثبوت البكارة لا يستلزم العنة لامكان وطئه غيرها فان العجز عن البكر مع القدرة على وطي الثيب يكفي في دفع العنة نعم لو ادعى وطيها قبلا وكانت بكرا رجع الى شهادة النساء فان شهد اربع بالبكارة لم تسمع دعواه وان ادعى عود البكارة على الاقوى عملا بالاصل والظاهر ويدل عليه رواية ابي حمزة السابقة لانه قال في اخرها ولو تزوجها وهي بكر فزعمت انه لم يصل اليها فان مثل هذا تعرف النساء فلينظر اليها من يوثق به منهن الحديث قوله ولو ادعى انه وطئ الخ دعواه وطي غيرها او وطيها دبرا كدعواه وطيها قبلا في قبول قوله في المسئلتين السابقتين عملا بالتعليل المذكور وهو اصالة الصحة في الاولى وتعذر اقامة البينة في الثانية ومثل هذا التجويز هو المضعف للقول بنظر النساء الى البكر في السابق حيث لا يدعي وطيها لامكان صدقه بوطي غيرها او وطيها دبرا مع بقاء البكارة واما الحكم عليه مع نكوله عن اليمين او رد اليمين عليها فمبني على انه يقضي على المنكر بمجرد النكول عن اليمين لم يرد اليمين على المدعي فان حلفت ثبت والا فلا وسيأتي في القضاء ان الاصح قول المص وهو مبني على القضاء بالنكول حاكيا الى قوله ويحكم عليه بالنكول لا الى القول المحكي لان القول مبني على عدم القضاء بالنكول ويمكن عوده الى الحكم المتردد في المسئلتين والمراد ان الحكم في ذلك بالقضاء عليه بمجرد النكول او مع يمينها مبني على القضاء بالنكول وعدمه فان قلنا به فالحكم الاول وان لم نقل به فالثاني او يريد انه مبني على بحث القضاء بالنكول الشامل للقولين اذا تقرر ذلك فيشكل لا يقضي بالنكول ويرد اليمين عليها انما يمكن حيث يمكنها اليمين على تقدير كون النزاع في وطيها دبرا لامكان حلفها اما لو كانت دعواه وطي غيرها لم يمكنها الحلف على عدمه مطلقا لانه حلف على نفي فعل الغير على وجه لا ينحصر نعم لو انحصرت الدعوى على وجه يمكنها العلم بحالها كما لو ادعى وطي غيرها في وقت مخصوص وادعت انه في ذلك الوقت كان حاضرا عندها على وجه لا يحتمل معه وطي غيرها قبلت الدعوى فاشكل حلفها على نفيه لانها نفي محصور كنظائره قوله اذا ثبت العنن الخ اذا ثبت العنن باحد وجوهه فان صبرت المرأة ولم تطالب بالحق مع علمها بالحكم فلا كلام في سقوط حقها لاخلالها بالفورية اذ لا كلام في الحكم لان الحق لها فاذا لم تطالب به لا يعترض وهذا التفريع اعم من الاول لشموله لسكوتها مع بقاء حقها وعدمه ثم على تقدير علمها بالخيار والفورية وصبرت لزم العقد ولم يكن لها بعد ذلك مرافعة ولا الفسخ لتضمنه الرضا بالعيب وهو امر واحد لا تعدد فيه بخلاف المطالبة في الايلاء فان حق الاستمتاع يتجدد في كل وقت فلا يسقط بتاخيره وبالجملة فمرافعة المرأة فورية كما ان فسخها فوري وقد صرح به الشيخ في ط والعلامة في التحرير كما حكيناه عنهما سابقا وان رفعت امرها الى الحاكم اجله سنة وهو موضع وفاق ورواه ابو البختري عن الباقر عن ابيه ان عليا كان يقول يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته فان خلص اليها والا فرق بينهما وعلل مع ذلك بان تعذر الجماع قد يكون لعارض حرارة فيزول في الشتاء او برودة فيزول في الصيف او يبوسة فيزول في الربيع او رطوبة فيزول في الخريف ومبدأ الاجل من حين المرافعة فاذا مضت المدة مع عدم الاصابة علم انه خلقي وهذه الرواية تضمنت اشتراط سقوط خيارها بمواقعته لها وليس ذلك شرطا فانما جرى على الغالب من انه اذا قدر على مواقعتها قدر على غيرها وفي هذه الروايات اعتبار اصابتها او اصابة غيرها وعليه العمل ويؤيده ان العنن انما يكون مع العجز المحقق وهو لا يختلف باختلاف النسوة فاما مع العجز عن امرأة فانه قد يتفق لانحباس الشهوة عنها بسبب نفرة عنها او حياء او لاختصاص المقدور عليها بالانس بها او وجود الميل اليها وانتفائه عن غيرها فلا يثبت الخيار عندنا ولا فرق بين كونها قبل العقد او بعده قبل الدخول وحيث تفسخ العقد فلها نصف المهر لصحيحة ابي حمزة عن الباقر قوله اذا تزوج امرأة الخ التدليس تفعيل من الدلس وهو الظلمة واصله من المخادعة كان المدلس لما اتى بالمعيب او الناقص الى المخدوع وقد كتم عليه عيبه اتاه في الظلمة وخدعه والفرق بينه وبين العيب ان التدليس لا يثبت الا بسبب اشتراط صفة كمال هي غير موجودة او ما هو في معنى الشرط ولولاه لم يثبت الخيار بخلاف العيب فان منشأه وجوده وان لم يشترط الكمال وما في معناه فمرجع التدليس الى اظهار ما يوجب الكمال او اخفاء ما يوجب النقص ومنشأ الخيار فوات مقتضى الشرط او الظاهر اذا تقرر ذلك فمن فروعه ما اذا تزوج امرأة على انها حرة فظهرت امة فان كان ذلك بالشرط في نفس العقد فلا شبهة في ان له الفسخ لان ذلك فائدة الشرط سواء دخل ام لا لان التصرف لا يسقط خيار الشرط كما سبق وقيل يبطل العقد بناء على بطلان نكاح الامة بغير اذن مولاها وقد تقدم الخلاف فيه لان المفروض هنا ذلك ولو كان العقد باذنه لم يوجب البطلان بل الخيار للزوج خاصة هذا اذا كان الزوج ممن يجوز له تزويج الامة والا كان العقد باطلا بغير اشكال ثم على تقدير صحته موقوفا فان رضي الزوج بالعقد والسيد ايضا حيث لم ياذن فلا بحث فان فسخ فان كان قبل الدخول فلا شيء كما سبق في العيب وان كان بعده وجب المهر وهل هو المسمى او مهر المثل او العشر ونصفه على التقديرين

٥٢١ او الفقد الكلام فيها ايضا والوجه انه مع اذن السيد يلزم المسمى وبدونه يجري الاقوال هذا اذا لم يكن عالمة بالتحريم والا جاء فيه الخلاف ايضا في مهر البغي انما كان مملوكا ويلزم ارش البكارة على القولين ان كانت بكرا وقد تقدم البحث في ذلك كله ولو وقع ذلك بغير شرط بل اخبر بانها حرة او اخبره المولى لنكاحها فتزوجها لذلك على وجه حصل به التدليس بان وقع الخبر في معرض التزويج ففي الحاقه بالشرط قولان من تحقق التدليس واصالة لزوم العقد والفرض انه لا شرط هناك فيقع وعبارة المص هنا محتملة لارادة القسمين وكذلك الرواية التي هي منشأ الحكم وهي رواية وليد بن صبيح عن ابي عبد الله في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها امة قد دلست نفسها الخ والشيخ في ط صرح باختصاص الحكم بما لو شرط ذلك وفي ف صرح بالمساواة بين الامرين وينبغي الاقتصار على الشرط وقوفا فيما خالف الاصل على المتيقن قوله ويرجع بالمهر الخ اذا تزوجها على انها حرة فبانت امة بالشرط او بدونه على القولين وكان ظهور ذلك بعد الدخول بحيث وجب عليه المهر او ما في حكمه رجع بالمهر على المدلس للغرور ثم لا يخلو اما ان يكون المدلس المرأة او المولى او اجنبيا فان كانت هي لم يمكن الرجوع اليها حال الرقية لانه يكون كالرجوع على المولى وهو باطل بل انما يرجع عليها بعد العتق واليسار فان لم يكن دفع المهر اليها غرم للمولى ورجع به كما قلناه وان كان قد دفعه اليها رجع به ان كانت عينه باقية او بعضه وببدلها بالباقي وان كان المدلس المولى فان تلفظ بما يقتضي العتق كقوله هي حرة حكم عليه بحريتها سواء جعله انشاء ام اخبارا اعمالا للسبب بحسب مقتضاه فيصح العقد ويكون المهر لها دون السيد ويعتبر في صحة النكاح اذنها سابقا او اجازتها لاحقا كغيرها من الحرائر وان لم يتلفظ بما يقتضي العتق بل تكلم بكلام يحتمل الحرية وغيرها ففهم الزوج منه الحرية ونحو ذلك فلا شيء للسيد ولها الا ان الزوج يرجع به على تقدير الغرور على المدلس ولا وجه لغرامة لزم الرجوع عليه به ولم يذكر المص استثناء ما يصلح ان يكون مهرا كما ذكره غيره لعموم الدليل الدال على رجوع المغرور على المدلس بما غرم وللاصل وقول المص فيما لو كان المدلس المولى وقد تلفظ بما يقتضي الحرية قيل يصح وتكون حرة يؤذن بعدم ترجيح القول ووجهه ان العتق يتوقف على الصيغة الخاصة بشرايطها ولم يحصل والوجه انه يحكم عليه بظاهر الاقرار ان لم يتلفظ بصيغة تصلح للانشاء والا بنية انشاء اللفظ الدال على الانشاء ولا تعتبر ما في نفس الامر كغيرها من الصيغ وهذا هو الذي قطع به الشيخ والجماعة من غير نقل خلاف قوله اذا تزوجت المرأة الخ هذه المسئلة عكس السابقة والحكم فيها بجواز الفسخ مع الشرط واضح عملا بمقتضاه وبدونه الوجهان والعبارة محتملة للامرين كالسابقة ولا فرق في جواز الفسخ على تقديره بين الدخول وعدمه ثم ان كان قبله فلا مهر لان الفسخ من قبلها كما مر وان كان بعده فلها المهر لان الوطي محترم فلا يخلو من عوض كالنكاح ثم ان كان باذن السيد كان لها عليه المسمى والا كان لها مهر المثل يتبع به العبد بعد العتق واليسار والاصل في ذلك صحيح محمد بن مسلم قال سألت ابا جعفر عن امرأة حرة تزوجت مملوكا على انه حر فعلمت بعد انه مملوك قال هي املك بنفسها ان شاءت اقرت معه وان شاءت فلا فان كان دخل بها فلها الصداق وان لم يكن دخل بها فليس لها شيء والمص عبر بقوله على انه حر الشامل للشرط في العقد وعدمه تبعا للرواية ولو ظهر البعض رقا فالى الصورة فالحكم بحاله الا انه مع الدخول واذن السيد يلزمه هنا منه بحسب ما فيه من الرقية قوله قيل اذا عقد الخ المراد بالمهيرة الحرة قال الجوهري وغيره من اهل اللغة سميت بذلك لانها لا تنكح الا بمهر بخلاف الامة فانها تنكح بالملك اذا تقرر ذلك فاذا تزوج الرجل امرأة على انها بنت مهيرة فظهرت بنت امة قال الشيخ كان له ردها ثم ان كان قبل الدخول فلا شيء لها عليه لكن لها ... بها المهر وان كان قد دخل كان عليه المهر بما استحل من فرجها والمص قيد جواز الفسخ بكونه قد شرط ذلك في العقد والا فلا خيار وهو الاقوى وهذا ويظهر من تقييده هنا بالشرط مع كونه قد ترك العبارة فيه كالعبارة في المسئلتين السابقتين انه لا يفرق فيهما بين الشرط وعدمه كما صرح به العلامة في ق ويمكن الفرق بينهما وبين ما سبق من وجهين احدهما كون الرواية التي هي مستند الحكم في الاولى اعم من اشتراط الحرية في متن العقد وعدمه لانه قال فيها رجل تزوج امرأة حرة فوجدها امة قد دلست نفسها الخ فعمل بها عامة والرواية في الثانية اظهر في الاطلاق وموافقة عبارته وقد تقدمت والثاني ان وصف الحرية امر مهم وفواته نقص بين بحيث يصلح التسلط من قدم عليه على الرد اذا ظهر خلافه بخلاف الحرة التي امها امة او حرة فان التفاوت بينهما ليس كالتفاوت بين الامة والحرة ولا قريبا منه بل ربما لا يظهر التفاوت بينهما او يكون الكمال في جانب بنت الامة مع اشتراكهما في الوصف بالحرية فلم يكن لفواته اثر الا مع الشرط في متن العقد عملا بعموم الوفاء بالشرط وبفواته يظهر تزلزل العقد ثم ان كان الفسخ قبل الدخول فمقتضى القواعد السابقة انه لا مهر لها عليه وان كان بعده كان لها المهر على الزوج ويرجع هو به على من دلسها ابا كان ام غيره حتى لو كانت هي المدلسة فلا شيء لها الا اقل ما يصلح ان يكون مهرا كنظائره على قول ونبه المص بقوله ابا كان او غيره على خلاف الشيخ ومن تبعه حيث حكم برجوعها على ابيها بالمهر قبل الدخول تعويلا على رواية محمد بن مسلم عن ابي عبد الله ولا تخلو من قصور في الدلالة على ما ادعاه وما اختاره المص هو الموافق للقواعد الشرعية واعلم انه لا فرق في بنت المهيرة بين كون امها حرة في الاصل او معتقة لان المراد بها الحرة وهي شاملة لهما ويحتمل ضعيفا الفرق بناء على ان المعتقة يصدق عليها انها كانت امة اذ لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه ولا يخفى ضعفه اذ لا اشتقاق هنا بل الامة اسم للرقيقة وهو منتف بعد العتق وتعريف اهل اللغة ينافيه قوله لو زوجه بنته الخ الفرق بين هذه والسابقة ان العقد وقع في السابقة على بنت الامة مع دخوله على ان تكون بنت الحرة فلذا كان له الخيار لفوات شرطه او ما قدم عليه وهنا العقد وقع على بنت الحرة باتفاقهما وانما ادخل عليه بنت الامة بغير عقد وحكم المص بوجوب ردها عليه لانها ليست زوجته ولها مهر المثل ان كان دخل بها جاهلا بالحال لانه وطي شبهة ومهر المثل عوضه ويرجع به على المدلس الذي ساقها اليه لغروره ولا بد من تقييده بكونها ايضا جاهلة فلو كانت عالمة بانها غير الزوجة فلا شيء لها لانها زانية ولو علم هو وجهلت هي كان زانيا ولها مهر المثل وان لم يكن دخل بها فلا شيء لها عليه ولا على غيره لانها ليست

 معقودا عليها ولا موطوئة ويجب ان يرد عليه زوجته المعقود عليها وهذا الحكم لا يختص بهذا الفرض بل يأتي في كل من ادخلت عليه غير زوجته وفي قول المص فظن انها زوجته اشارة الى ان فرض المسئلة سابقا كذلك والا كان زانيا عليه الحد وعليه مهر المثل مع جهلها على التقديرين لكن مع العلم لا يرجع به على احد وانما فرض المص المسئلة في بنت المهيرة والامة تبعا للرواية الواردة في ذلك وتنبيها على ما ينبغي في فقه المسئلة حيث وقع الاختلاف فيها بين الاصحاب بسبب الرواية فان الشيخ قال في النهاية بعد فرضه المسئلة ودخول بنت الامة عليه كان له ردها وان كان قد دخل بها و اعطاها المهر لها بما استحل من فرجها وان لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر وعلى الاب ان يسوق اليه ابنته من المهيرة وكان عليه المهر من ماله اذا كان المهر الاول قد وصل الى ابنته الاولى وان لم يكن وصل اليها ولا يكون قد دخل بها كان المهر في ذمة الزوج واستند في ذلك الى رواية محمد بن مسلم عن الباقر ع قال سئلته عن رجل خطب الى رجل بنتا له من مهيرة فلما كانت ليلة دخولها على زوجها ادخل عليه بنتا له من امة قال ترد على ابيها وترد اليه امرأته ويكون مهرها على ابيها ولا يخفى ان في فتوى الشيخ زيادات على مدلول الرواية لا توافق الاصول مع ان في طريق الرواية ضعفا قوله اذا تزوج امرأة اه اذا تزوج امرأة على انها بكر فخرجت ثيبا فلا يخلو اما ان يكون قد شرط ذلك في العقد اولا وعلى تقدير عدم شرطه اما ان يكون قد اخبر بكونها بكرا قد لبّس عليه او قدم عليه على وجه العادة الغالبة في النساء قبل ان يتزوجن وعلى التقادير الثلثة اما ان يظهر كونها ثيبا قبل العقد او بعده او يشتبه الحال فالصور تسع وخلاصة حكمها انه بدون الشرط والتدليس لا خيار له ولا يرجع بشيء مط لان الثيوبة في نفسها ليست عيبا يجيز بها الفسخ وقد عزم على احتمال الامرين بالمهر المعين فيلزمه ذلك وان كان قد شرطها بكرا فان تجددت الثيوبة بعد العقد فلا خيار له ولا رجوع ايضا لعدم المقتضي وما يتجدد حصل في اثناء نكاحه من جملة العوارض اللاحقة لها وان تحقق سبقها على العقد فالاقوى تخييره في الرد لفوات الشرط المقتضي للتخيير كنظائره فان فسخ قبل الدخول فلا شيء لها وان كان بعده استقر المهر ويرجع به على المدلس فان كانت هي المدلسة فلا شيء لها الا ما يصلح ان يكون مهرا كما قيل في نظائره وان اختار البقاء معها فهل وجوب المهر كملا او ينقص شيئا قولان يأتي ويثبت سبق الثيوبة على العقد باقرارها او بالبينة او بقرائن الاحوال المفيدة للعلم كما لو كان دخوله بها بعد العقد بمدة لا يحتمل تجدد الثيوبة على الوجه التي وجدت عليها وان اشتبه الحال ولم يعلم هل كانت متقدمة على العقد او متأخرة فلا خيار له لاصالة عدم تقدم الثيوبة ولاحتمال تجددها بسبب خفي كالركوب والنزوة ونحوهما غير مناف للشرط ويؤيده رواية محمد بن القاسم بن الفضيل عن ابي الحسن ع في الرجل يتزوج المرأة على انها بكر فيجدها ثيبا ايجوز له ان يقيم عليها قال فقال قد تفتق البكر من المركب ومن النزوة ومفهوم ما علم ثبوت الخيار بشرط يفسخ اما لعدم الخيار او لاختياره البقاء مع كونه قد شرط البكارة ولم يجدها ولم يعلم تأخرها فهل ينقص من مهرها شيء قولان احدهما العدم وهو قول ابي الصلاح وابن البراج لوجوب جميعه بالعقد والاصل بقاؤه والثاني انه ينقص وهو المشهور ولكن اختلفوا في قدره على اقوال احدها انه ينقص شيء في الجملة ولم يرد من الشارع تقديره وهو اختيار الشيخ في النهاية لصحيحة محمد بن جزك قال كتبت الى ابي الحسن ع اسئله عن رجل تزوج جارية بكرا فوجدها ثيبا هل يجب لها الصداق وافيا او ينقص شيء قال ينقص ووجه دلالته استلزام النقص تقديره منقوص والمناسب تقديره بلفظ شيء مبهم لاقتضاء المقام اياه وثانيها انه ينقص السدس ذكره القطب الراوندي في شرح النهاية لان الشيء في عرف الشرع السدس كما ورد في الوصية به وغلطه المص في ذلك لان الشيء لم يذكر في الرواية وانما وجب تقديره لاقتضاء اللفظ نقصانا قدر مبهم وهو شيء منكر لا الشيء المعين الذي هو السدس ثم كون الشيء سدسا في الوصية لا يقتضيه في غيرها لانتفاء الدليل عليه مع كونه تعم ولا شبهة في ان مثل هذا الحمل غلط فاحش لا يليق بالمجتهدين في الاحكام الشرعية المستنبطين للاحكام من مداركها الا من كلام الفقهاء وثالثها انه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر والثيب عادة اي بنسبة ما بينهما لئلا يلزم استيعاب المسمى في بعض الموارد بل الزيادة عليه فلو فرض كون مهر المثل للبكر مائة والثيب خمسين نقص في الفرض نصف المسمى وهذا قول ابن ادريس ووجه المص والعلامة في التحرير ووجهه ان الرضا بالمهر المعين انما حصل على تقدير اتصافها بالبكارة ولم يحصل الا خالية من الوصف فيلزم التفاوت كارش ما بين كون المبيع صحيحا ومعيبا ويضعف بان ذلك انما يتم حيث يكون فواته قبل العقد اما مع امكان تجدده فلا لعدم العلم بما يقتضي النقص ورابعها احالة تقديره ذلك على نظر الحاكم لانتفاء تقدير النقص شرعا مع الحكم باصله بالرواية الصحيحة فيرجع فيه الى رأي الحاكم وهذا القول ملتفت الى المصلحة وهو اوجه الاقوال لثبوت النقص بالرواية الصحيحة وعدم تقديره لغة ولا شرعا فلا شيء له انسب من نظر الحاكم وح فينظر في المسئلة برأيه قوله اذا استمتع امرأة اه متى جوزنا نكاح الكتابية اما متعة على رأي المص او مطلقا على القول الاخر ثم تزوج امرأة فظهرت كتابية فان كان قد شرط في العقد كونها مسلمة فلا شبهة في جواز فسخه عملا بمقتضى الشرط وان لم يشترط ذلك فلا خيار له لان الكفر في الزوجة على هذا الوجه ليس عيبا في النكاح ولا ينقص بسببه الاستمتاع فلا ينقص من المهر بسببه شيء بخلاف ما لو ظهرت ثيبا وقوله فليس له الفسخ من دون هبة المدة يدل بمفهومه على انه لو وهبها المدة جاز له الفسخ وليس كذلك بل المراد انه ان اراد مفارقتها وهبها المدة وكان ذلك بمنزلة الفسخ وحيث يثبت له الفسخ لكونه شرط في العقد فلا مهر لها قبل الدخول ويستقر بعده كنظائره ولو انعكس الفرض بان تزوجها على انها كتابية فظهرت مسلمة فان لم يكن شرط ذلك في العقد فلا خيار قطعا ولان الاسلام صفة كمال وان شرط في العقد فان وقع على وجه يصح لم يصح لقصدها كما لو وقع متعة او دواما على القول الاخر ففي تخييره قولان من ظهور الكمال فضلا عن النقص الذي لا يبلغ العيب ومن وقوعه خلاف ما شرط والشرط يقتضي انقلاب العقد من اللزوم الى الجواز وعموم المسلمون عند شروطهم بعينها ولو جوز ان يتعلق له غرض صحيح لضعف معها على تقدير التسلم وسهولة تكليفها بما كلف به المسلمون وفي التحرير قرب سقوط الخيار ولو وقع على وجه لا يصح

العلم بحالها

 العلم بحالها كالوثوق بها وانما على القول المشهور فظهرت مسلمة ففي صحة العقد وجهان من مطابقة الواقع في نفس الامر ومن قدومه على عقد يعتقد بطلانه فكانه لم يقصد الى العقد الصحيح وهو الذي قواه الشيخ في ط ولا يخلو من قوة والوجهان يجريان مع الشرط في العقد وعدمه لانها متى ذكرت انها كتابية فعقد عليها معتقدا بطلانه جاء فيه الاشكال قوله اذا تزوج رجلان اه ما ذكره من حكم المسئلة هو الموافق للقواعد الشرعية فان كل الانسان زوجة الاخر بسبب الشبهة يوجب لها مهر المثل ولا يزول الزوجية بذلك والاعتداد من وطي الشبهة لا ينافي الزوجية ايضا بل يحرم بها على الزوج بسبب عارض للتفرقة بين المانعين كتحريمها عليه في زمان الحيض فلا يؤثر في الارث لو مات احدهما ولا يوجب نقص المهر سواء كان قد دخل بزوجته ام لا لانه كان متمكنا من ذلك فان رجع الغارم عليه بما اغترمه من سواء كان هو الاب ام غيره ولو كان التزوير منها فلا شيء لها ولا يستثنى لها هنا اقل ما يصلح مهرا كما توهم بعضهم لانها ليست زوجة بل بغي فلا مهر لها ولو فرض علم الرجل بالحال وجهل المرأة فالمهر والاعتداد بحالهما وحد الرجل لزناه ولو انعكس حدت دونه ولا مهر لها وعليها العدة لوطية المحترم ولو علما معا كانا زانيين فلا مهر ولا عدة ولو فرض دخول احدهما دون الاخر او العلم من احد الجانبين دون الاخر اختص كل بما يلزمه من الحكم والاصل في ذكر هذه المسئلة رواية وردت بها اشتمل حكمها على ما يخالف القواعد الشرعية وعمل بمضمونها الشيخ ومن تبعه فذكره المص ونبه على ما يوافق الاصول من حكمها ولم يتعرض للمخالف قال الشيخ في ية اذا عقد الرجلان على امرأتين فادخلت امرأة هذا على الاخر والاخرى على الاخر ثم علم بعد ذلك فان كانا قد دخلا بهما فان لكل واحدة منهما الصداق فان كان الولي تعمد ذلك اغرم الصداق ولا يقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها فان ماتا قبل انقضاء العدة فليرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما ويرثانهما الرجلان وان ماتا قبل انقضاء العدة فلا يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما وترثانهما الرجلان قبل فان مات الرجلان وهما في العدة فانهما ترثانهما ولهما نصف المهر المسمى لهما وعليهما العدة بعد ما تفرغان من العدة الاولى تعتدان عدة المتوفى عنها زوجها وقد ظهر ان الرواية ضعيفة بالارسال والقطع معا ومع ذلك فالشيخ لم يعمل بموجبها في الزوجين لشبهتهما ثبوت نصف المهر بالموت في كل منهما والشيخ خصه بموت الزوجة واوجب مع موت الزوج المسمى ولعل لفظ المسمى وقع سهوا وكان حقه نصف المسمى كما في الرواية لانها هي مستنده كما ذكره في يه وقد ذكرها الصدوق في المقنع كما ذكرها في يه باللفظ الذي حكيناه ولكن الصدوق لم يجعلها منقولة بل قال وسئل الصادق ع عن اختين اهديتا الى اخوين الى اخر الحديث وفي اخره اقتصر في نقل الرواية على ما تضمنه كلام الشيخ ولم يحك اخرها المتضمن لثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوج فلم يجعل فيها مخالفة الا في موضع واحد وهو ثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوجة كما ذكره في يه ثم حمل الرواية على ان المرأتين ليس لهما ولد فيرجع الزوجان بالنصف بما دفعاه مهرا على سبيل الميراث ورضيه منه المتاخرون وهذا الحمل مع بعده يتم في جانب الزوج دون الزوجة لحكمه لها بالنصف مع ان اول الرواية تضمن حصول الغشيان ووجوب الصداق واخرها اقتضى ثبوت النصف بالموت وحملها على ما لو وقع ذلك قبل الدخول خلاف ظاهرها وعلى كل تقدير فاطراح الرواية لما ذكرناه من الضعف اولى من تكلف حملها على ما لا يدل عليه قوله كل موضع اه وجه وجوب مهر المثل مع البطلان انه عوض البضع المحترم حيث لا عقد مع بطلان العقد نزل كعدمه فيكون كالوطي بالشبهة المجردة عن العقد واما المسمى فانه تابع لصحة العقد وقد انتفى وقد وقع وتحقيق تقدم الكلام عليه في محله واما مع الفسخ فيثبت المسمى على كل تقدير لوجوبه بالعقد والفسخ انما يرفع العقد من حين الفسخ لا من اصله فلا يبطل المسمى فيه الذي قد استقر بالدخول سواء كان الفسخ بعيب سابق لزم الاخير والقول بالتفصيل المذكور للشيخ في ط وقد تقدم نقله والكلام عليه في بابه قوله النظر الثاني في المهر وهو جميع مهر وهو مال يجب بوطي غير زنا منها ولا ملك العين او بعقد النكاح او تفويت بضع قهرا على بعض الوجوه كارضاع ورجوع شهود وله اسماء كثيرة منها الصداق بفتح الصاد وكسرها سمي به لاشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الاصل في ايجاب المهر والصدقة بفتح الدال وضمها والنحلة والاجر والفريضة وقد ورد بها القران قال الله تعالى واتوا النساء صدقاتهن نحلة فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن وقال وقد فرضتم لهن فريضة ولعل المراد من النحلة ما هو بمعنى العطية المتبرع بها لانه عوض البضع بل اما من الانتحال وهو التدين ولانه في حكم المتبرع من حيث تحقق الاستمتاع للزوجين فكان للزوجة في معنى النحلة وان كان عوضا او لان الصداق كان للاولياء في غير شرعنا كما يتبه عليه قصة شعيب وجعل مهر ابنته رعي غنمه فكان جعله لهن في شرعنا بمنزلة النحلة والعليقة والعلايق وقد روي ان النبي ص قال ادوا العلايق قيل وما العلايق قال ما تراضى به الاهلون والعقر بالضم والحباء بالكسر ويشتق من لفظ الصداق والصدقة صدقتها ومن المهر مهرتها ولا يشتق اصدقتها وامهرتها ومنهم من جوزه وقد استعمله المص وغيره من الفقهاء واعلم ان المهر ليس ركنا في النكاح كالمبيع والثمن في البيع لان المقصود الاظهر منه الاستمتاع ولواحقه وانه يقوم بالزوجين فهما الركن فيجوز اخلاء النكاح من المهر ولكن الاحب تسميته مهر لئلا يشبه نكاح الواهبة نفسها للنبي ص وليكون ادفع للخصومة قوله وهو كلما يصح اه احترز بقوله ما يصح ان يملك عما لا يقبل الملك اصلا كالخنزير وما هو ملك للغير حيث لا يرضى بنقله عن ملكه فانه لا يصح ان يملك لغيره على هذا الوجه فلا يصح لغيره بالكلية جعله مهرا ودخل فيه ما لا يتمول عادة فان ما يصح ان يملك وان لم يصح المعاوضة عليه حتى انه لا يصح اخذه بغير اذن المالك ويضمنه الاخذ كغيره من الاموال ويمكن ان يريد بما يصح ان يملك ما يقبل نقله بالملك الى غيره فيخرج عنه ما لا يتمول ولا فرق فيه بين العين والمنفعة لانها مال يصح ان يملك حتى منافع الحر كتعليم

٥٢٢ صنعة محللة او سورة من القران او بعضها او غيره من الحكم والآداب او عمل محلل مقصود او اجارة الزوج نفسه مدة معينة سواء كان زمانها مشخصا
ام لا ولا خلاف في ذلك كله الا في العقد على منفعة الزوج مدة معينة فقد منع منه الشيخ وجماعة استنادا الى حسنة احمد بن محمد بن ابي نصر البزنطي
قال قلت لابي الحسن ع الرجل يتزوج المراة ويشترط لابيها اجارة شهرين يجوز ذلك فقال ان موسى قد علم انه سيتم له شرطه فكيف لهذا بان
يعلم انه سيبقى حتى يفي وقد كان الرجل على عهد رسول الله ص يتزوج المراة على السورة من القران وعلى الدرهم وعلى القبضة من الحنطة واجاب
المص عنها بامرين احدهما ضعف السند فانها ليست من الصحيح لان في طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف ولها طريق آخر حسن فيه ابرهيم بن هاشم لم
يبلغ حد الثقة وان كان ممدوحا وثانيهما قصورها في الدلالة عن افادة المنع اما اولا فلان شيئا استيجار موسى لم يكن له لا لابنته وقد كان
جائزا في شرعهم وليس بجائز في شرعنا والمتنازع فيه اجارته نفسه لها واما ثانيا فلانها ليست صريحة في المنع فان قوله ان موسى علم ومن اين
لهذا ان يعلم ليس دالا الا على اشتراط العلم وان اشعر به ولعله اراد انه لا ينبغي التعرض لتحمل ما لا يثق بالوفاء به على جهة الكراهة لا المنع بدليل جريانه
في كل مهر قبل تسليمه فانه لا وثوق بالبقاء الى ان يوفيه مع انه غير قادح في الصحة اجماعا فالقول بالجواز اصح للاصل ووجود المقتضي وهو
كونها منفعة مقصودة موجودة وانتفاء المانع اذ ليس الا كونها منفعة الزوج وهو غير صالح للمانعية وقد دل عليه جواز جعل منفعته مهرا في خبر
سهل الساعدي الذي وجه النبي ص المراة بان يعلمها سورة مخصوصة من القران قوله ولو عقد الذميان الخ لا فرق في الحكم بالصحة بين الذميين و
غيرهما من اصناف الكفار لان الحكم بالصحة بالنسبة الى ما بينهم ولا يجب على المسلم البحث عنه وهو مشترك بين اصناف المشركين ثم ان اسلما او
اسلم احدهما بعد التقابض فلا شيء للزوجة لان الزوج قد برئ بما دفعه قبل الاسلام بحسب ما عندهما من الحكم خلافا لبعض العامة حيث ذهب الى
ان لها مهر المثل لفساد ذلك القبض وان كان الاسلام قبل الدفع لم يجز دفع المعقود عليه لانهما ان كانا قد اسلما معا فواضح لعدم صحة قبضه
ولا اقباضه في دين الاسلام وكذا ان كان المسلم الزوج لانه لا يصح له اقباضه ولا دفعه دينا وان كان هو الزوجة لم يصح لها قبضه فينتقل الى
القيمة عند مستحليه لانها اقرب شيء اليه ولانا لا نعين يراد منه شخصه وماليته فاذا تعذر احدهما بقيتا الى الاخر ويؤيده رواية عبيد بن
زرارة قال قلت لابي عبد الله ع النصراني يتزوج النصرانية على ثلثين دنا خمرا او ثلثين خنزيرا ثم اسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها قال
ينظر كم الخنازير وكم قيمة الخمر ويرسل به اليها ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الاول وفي المسئلة اقوال اخر قد تقدم البحث فيها وفي المختار منها
في باب نكاح الكفار واشار المص بقوله سواء كان عينا او مضمونا الى خلاف بعض العامة حيث فرق بينهما وحكم في المعين انها لا تستحق غيره قوله
ولو كانا مسلمين الخ البحث هنا يقع في موضعين احدهما في صحة العقد وفساده فقد ذهب جماعة منهم الشيخان في المقنعة والنهاية والقاضي
والتقي الى البطلان لوجوب اقتران الرضا بالعقد ولم يقع الرضا الا على الباطل فما وقع عليه الرضا لم يصح وما هو صحيح لم يتراضيا عليه
ولقول الباقر ع المهر ما تراضى عليه الزوجان وينعكس بعكس النقيض الى قولنا ما لا يتراضيا عليه لا يكون مهرا وهو يوجب كون كل ما عدا المذكور
لا يكون صداقا لعدم التراضي عليه ولا يمكن اخلاء البضع من مهر بعد الدخول فلم يبق الا البطلان ولانه عقد معاوضة فيفسد بفساد العوض
كالبيع ويظهر كونه معاوضة من قوله تعالى فآتوهن اجورهن ومن قوله زوجتك بكذا فان الباء مثل ذلك العوض واختار المص وجماعة منهم الشيخ
في كتابي الفروع وابن ادريس واكثر المتاخرين الصحة لوجود المقتضي لها وهو الايجاب والقبول وعدم المانع اذ ليس الا بطلان المهر لكن بطلانه
لا يؤثر في بطلان العقد لصحته عند عدمه بل صحة العقد مع شرط عدمه فلا يكون ذكر المهر ابلغ من اشتراط عدم المهر ولان العقد والمهر غيران ففساد
احدهما لا يوجب فساد الاخر والغيرية تظهر فيما لو عقد بغير مهر فانه يصح بلا خلاف واجيب بالفرق بين عدم التسمية وتسمية الفاسد لانهما في الاول
قد تراضيا على عدم المهر فصح العقد للرضا به خاليا عن العوض ويثبت مهر المثل لانه العوض شرعا في مثل ذلك بخلاف الثاني لان التراضي لم يقع
بالعقد خاليا عن العوض والمسمى باطل شرعا وغيره غير مرضي به فلا تصلح للعوضية ولا يلزم من تغايرهما مع التفويض تغايرهما مع التسمية لان
التراضي انما وقع على العقد المشخص بالمهر المعين فكانا امرا واحدا مركبا فيفوت بفوات بعض اجزائه وعن حجة الاولين بان بطلان المسمى لا ينفي اصل
النكاح والا لم يصح ولو ظهر كونه مستحقا وبهذا يظهر انه ليس كالمعاوضة المحضة من كل وجه لانها تفسد باستحقاق احد العوضين اذا كان معينا ومن ثم
سماه الله نحلة وهي العطية وركن العقد يقوم بالزوجين كما مر وبان المراد من المهر الذي تراضى عليه الزوجان في الحديث المهر الذي يذكر انه في العقد
لا مطلق المهر لان المهر الواجب مع عدم ذكره في العقد لم يتراضيا عليه وقد صح مهرا وبان الظاهر منه كون التراضي في جانب القلة والكثرة مع
التسمية ايضا بقرينة قوله قل او كثر وتوقف العلامة في لف ولد وجه وان كان جانب الصحة لا يخ من رجحان الثاني على تقدير الصحة ما الذي يجب فيه
اقوال احدها وهو الذي اختاره المص وجوب مهر المثل مع الدخول كالمفوضة وهو مذهب الشيخ في ف وابن ادريس والعلامة الا انه لم يقيده بالدخول
في غير الارشاد فيحتمل ان يريد المطلق وجوب مهر المثل بالعقد بدل المسمى حيث تعذر وتظهر الفائدة فيما لو طلق قبل الدخول فيجب نصف مهر المثل
او مات احدهما فيجب الجميع بخلاف قول من قيده بالدخول فانه مع الموت قبله لا شيء وعلى هذا فيكون القول بوجوب مهر المثل منقسما الى قولين
وقد نبه عليهما الشهيد في شرح الارشاد ونقل القول بوجوب مهر المثل بنفس العقد عن الشيخ ووجه القول بمهر المثل ان عدم صلاحية المسمى
لان يكون صداقا يقتضي بطلان التسمية فيصير العقد خاليا من المهر فيجب بالوطي مهر المثل لانه قيمة البضع وهذا وجه القول الاول ولان
العقد وقع بالعوض فلا يكون تفويضا لكن لما تعذر العوض المعين بفوات ماليته شرعا انتقل الى بدله وهو مهر المثل وهو وجه القول الثاني
لكنه يضعف بان مهر المثل انما يكون عوضا للوطي لا لمجرد العقد فالقول الثاني ضعيف جدا وثانيها ان الواجب قيمته عند مستحليه حتى لو كان

ولو عقد الذميان على خمر او خنزير صح لانهما يملكانه ولو اسلما او اسلم احدهما قبل القبض دفع القيمة لخروجه عن ملك المسلم سواء كان عينا او مضمونا ولو كانا مسلمين او كان الزوج مسلما قيل يبطل العقد وقيل يصح ويثبت لها مع الدخول مهر المثل وقيل بل قيمة الخمر والثاني اشبه

٥٢٥ المهر اقتصر على تقديرهم وجود به وهو قول الشيخ في موضع من ط ووجهه ان الزوجين لما ذكرا في العقد عوضا كان مقصودهما ذلك العين دون قيمة
البضع وهو مهر المثل ولذلك العين خصوص وهو عينيته وعموم وهو ماليته باعتبار مقابلة البضع وهو ممنوع في الجملة فاذا لم يمكن اعتبار خصوصه
للمانع بقي اعتبار المالية فيعتبر قيمته على ذلك التقدير ويرد بان تقدير المالية هنا ممتنع شرعا فيلغو كما يلغى التعيين وبانه لما بطل تعيينه لم يكن
اعتبار ماليته مستلزما لوجوب قيمته لان وجوب المال المخصوص عوضا انما يكون بذكره في العقد فاذا فات لم يبق الا مهر المثل وثالثها الفرق
بين كون المهر المتعلق اعتبار قيمته متقوما في الجملة كالخمر والخنزير وغير متقوم كالحر فيعتبر القيمة في الاول ومهر المثل في الثاني ووجه الفرق ان الحر
ليس مالا اصلا فيكون ذكره كالمعدوم بخلاف الخمر فان ماليته منفية بالنسبة للمسلم لا عليه لانه مضمون عليه للذمي المستتر والذمي على مثله فيكون
المالية فيه ملحوظة في الجملة فلا يكون العقد خاليا عن المهر اصلا بخلاف الحر واعلم انه على القول الثاني يكون وجوب القيمة منوطا بمجرد العقد وان
لم يدخل بخلاف القول الاول فان فيه وجهين وكذا على الثالث فان الجهة التي توجب فيه القيمة تلحقه بالثاني والتي توجب مهر المثل تلحقه
بالاول قوله ولا تقدير في المهر الخ لا خلاف في ان المهر لا يتقدر في جانب القلة الا باقل ما يتمول واما في جانب الكثرة فالاشهر بينهم عدم
تقديره ايضا فيصح العقد على ما يتفقان عليه من غير تقدير وبه صرح عامة المتقدمين والمتاخرين ما عدا السيد المرتضى فانه ذهب الى انتقاص
المهر لا يجوز تجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم قدرها خمسون دينارا فمن زاد عنه رد اليه ونسب هذا القول الى ظاهر ابن الجنيد وليس كذلك
فان ابن الجنيد صرح بجواز جعل المهر كل ما يتمول من قليل وكثير وينتفع به في دين او دنيا من عين او غيرها ثم حكى بعد ذلك رواية المفضل بن
عمر الدالة على انه لا يتجاوز مهر السنة بلفظ الرواية مبينا للراوي وهذا لا يدل على اختياره لها لانه كثيرا ما ينقل في كتابه اخبارا من طرق العامة
والخاصة لمناسبة المقام لا للفتوى بمضمونها خصوصا مع التنبيه على الراوي لضعيف المؤذن بردها واما اشتباه الكلام عليها بحجة الاصحاب
على جواز الكثير من غير تقييد قوله تعالى وان اتيتم احديهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا والقنطار المال العظيم من قنطرت الشيء اذا رفعته ومنه
القنطرة وفي القاموس القنطار وزن اربعين اوقية من ذهب او فضة او الف دينار او الف ومائتا اوقية او سبعون الف دينار او ثمانون
الف درهم او مائة رطل من ذهب او فضة او ملء مسك ثور ذهبا او فضة وعموم قوله تعالى فنصف ما فرضتم وقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن
نحلة وقوله فآتوهن اجورهن وروى الفضيل بن يسار عن الباقر قال الصداق ما تراضى عليه الناس قليلا كان او كثيرا فهو الصداق ومثله رواه
زرارة عنه ع وروى ابو الصباح الكناني عن الص قال سئلته عن المهر ما هو قال ما تراضى عليه الناس وروى الوشاء في الصحيح عن الرضا ع قال
سمعته يقول لو ان رجلا تزوج امراة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لابيها عشرة آلاف كان المهر جائزا والذي سماه لابيها فاسدا و
قضية عمر في المراة التي حجته حين نهى عن المغالاة في المهر واحتجاجها باية القنطار مشهورة وروى الشيخ في ط وغيره ان عمر تزوج ام كلثوم بنت علي
فاصدقها اربعين الف درهم وان انس بن مالك تزوج امراة على عشرة الاف وتزوج الحسن امراة فاصدقها مائة جارية مع كل جارية الف درهم
ونحو ذلك مما هو ازيد من مهر السنة في عهد الصحابة والتابعين ولم ينكره احد ولانه نوع معاوضة فيتبع اختيار المتعاوضين في القدر كغيره
من المعاوضات ولسيد السيد المرتضى على مذهبه باجماع الطائفة وهو عجيب فانه لا يعلم له موافق فضلا عن ان يكون مما يدعى فيه الاجماع وليس
له ولو ذكرنا جملة منها في بعض الرسائل واحتج ايضا بان المهر يتبعه احكام شرعية فاذا وقع العقد على مهر السنة فما دون ترتبت عليه
الاحكام بالاجماع واما الزائد فليس عليه اجماع ولا دليل شرعي فيجب نفيه وانت قد عرفت الدلائل الشرعية الدالة على جواز جعل المهر قليلا
وكثيرا فيجب اثباته خصوصا الدالة من جهة الايات فانها حجة عند المرتضى اما الاخبار فانها لا يعتبر منها الا المتواتر وهو منتف هنا ويمكن على
قاعدته الاصولية من ان العموم ليس له صيغة تخصه ان يدعى في جميع الايات كونها محتملة للعموم والخصوص ولما كان الخصوص غير متعين بقدر لم
يكن دلالتها على مطلوب الخصم معلومة لجواز ان يكون المراد من الخصوص ما يوافق مهر السنة فما دون فيرجع الامر معه الى ان وجوب الاقتصار على
السنة لا دليل عليه لانتفاء ما جعله دليلا وان استند الى الاجماع فانه حجة عند الجميع وهو متحقق في مهر السنة فما دون دون غيره قلنا بوجوب
ومنعنا تحققه فيما ذكر بل هو ظاهر في كل قليل وكثير لما عرفت من انحصار المخالف فيه واما الاحتجاج لقوله برواية محمد بن سنان عن المفضل بن عمر
قال دخلت على ابي عبد الله ع فقلت له اخبرني عن مهر المراة الذي لا يجوز للمؤمنين ان يجوزوه قال فقال السنة المحمدية خمسمائة درهم فمن زاد على ذلك
رد الى السنة ولا شيء عليه اكثر من خمسمائة درهم فهو من عجيب الاحتجاج لان المرتضى لا يرتضي خبر الواحد وان كان صحيحا مشهورا موافقا للاصول فكيف
بخبر نادر في طريقه محمد بن سنان وهو ضعيف غال مطعون عليه بامور كثيرة منها انه قال عند موته لا ترووا عني ما حدثت شيئا فانما هي كتب
اشتريتها من السوق والمفضل بن عمر مثله في الضعف وقد قال عنه النجاشي انه فاسد المذهب مضطرب الرواية لا يعبأ به وقيل كان خطابيا
فهذا حالها من جهة الاسناد واما من جهة المتن فمما ينفيها انما ذكر لعموم الكتاب والسنة ظاهرا ويقتضيها انه قال فيها بعد ذلك فان اعطاها
من خمسمائة درهم درهما او اكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء عليه قال قلت فان طلقها بعد ما دخل بها قال لا شيء لها انما كان شرطها خمسمائة
درهم فلما ان دخل بها قبل ان تستوفي صداقها هدم الصداق فلا شيء لها انما لها ما اخذت من قبل ان يدخل بها فاذا طلبت بعد ذلك في
حيوة منه او بعد موته فلا شيء لها فانظر الى هذه المخالفات العجيبة والاحكام الغريبة في هذا الخبر الواهي وكيف يحسن بعد ذلك الاستناد اليه
في حكم من هذه الاحكام مع مخالفة مدلوله في جميعها لما عليه علماء الاسلام بل مثل هذا لا ينبغي ايداعه كتب الحديث فضلا عن ان يجعل سند
الحكم قوله ويكفي في المهر الخ لما كان النكاح ليس على حد المعاوضات الحقيقية والركن الاعظم فيه الزوجان والمهر دخيل على العقد لم يعتبر في العلم

تزما بعينه

برما يعتبر في غيره من عوض المعاوضات كالبيع بل يكفي مشاهدته عن اعتباره بالكيل والوزن والعد وان كان الاصل فيه الاعتبار باحدها لزوال معظم الغرر بالمشاهدة واغتفار الباقي في هذه المعاوضة ولان الله تعالى سماه نحلة وهي العطية ومن شانها تحمل مثل هذا الغرر ولعموم الاخبار الدالة على جواز جعل المهر ما تراضى به الزوجان الشامل لذلك وقول الكاظم ع كان الرجل يتزوج على عهد رسول الله ص على القبضة من الحنطة ثم ان قبضه ولم يتوقف الامر على العلم بقدره او علماه بعد ذلك فلا كلام وان استمر مجهولا واحتيج الى معرفته لتلفه قبل التسليم او بعده وقد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه فالوجه الرجوع الى الصلح اذ لا طريق غيره واحتمال وجوب مهر المثل كما ذكره بعضهم لا يوافق مذهبنا من ان ضمان المهر ضمان يد لا ضمان معاوضة ومن ثم كان التلف قبل القبض يوجب الرجوع الى القيمة نعم هو مذهب العامة وليس هذا كما لو زوجها على مجهول ابتداء ومن ثم صح في الابتداء بخلاف المجهول وشيئا لحقيقة قوله ويجوز ان يتزوج اه اذا تزوج امرأتين فصاعدا بعقد واحد بعين او مبلغ واحد صح النكاح عندنا لوجود المقتضي له وهو العقد الجامع لشرائطه وانتفاء المانع اذ ليس الا جمع المهور على شيء واحد وهو لا يصلح للمانعية لانه على تقدير الصحة يظهر حق كل واحدة بالتوزيع وعلى تقدير البطلان لا يؤثر في العقد كما سيأتي وهل يصح المهر ام لا فيه وجهان احدهما وهو الذي قطع به المص والاكثر الصحة لانه معلوم جملة وحصة كل واحدة يمكن علمها بعد ذلك كثمن المبيعين في عقد واحد والثاني البطلان لان المهر هنا متعدد في نفسه وان كان مجتمعا وحصة كل واحدة منه ليست معلومة عند العقد وعلمها بعد ذلك لا يفيد الصحة كما لو كان مجهولا منفردا وعلم به بعد ذلك ويمنع صحة البيع للملكين المشتركين بثمن واحد كما هو مذهب الشيخ في الخلاف وغيره ولانه كعقدين والثمن غير معلوم بالنسبة الى كل واحد منهما واختاره في ط اذا اختلف القيمتان والاشهر الجواز لانه مهر ما تراضى عليه الزوجان وهذا يصدق عليه ذلك ولان الثمن في مقابلة البضعين من حيث الاجتماع ولا يلزم من التقسيط الحكمي التقسيط اللفظي وهو الجواب عن بيع الملكين ولو سلم المنع في البيع لامكن الفرق المهر بالصحة لانه ليس على حد المعاوضات المحضة وان اشبهها وتجوز بها في بعض الاحكام ويحتمل من الجهالة ما لا يحتمله غيره منها والوجهان حكاهما الشيخ في ط ولم يتعرض المص لوجه البطلان ويتفرع على الصحة تقسيط المسمى على كل واحدة ليعرف مقدار ما يخصها منه وفيه وجهان احدهما انه يقسط على عدد رؤسهن بالسوية لانه الاصل في اطلاق الاستحقاق اذا قيل لفلان وفلان كذا والترجيح على خلاف الاصل ولان النكاح لا يعتبر فيه قيمة البضع اذ ليس معاوضة محضة وهذا هو الذي اختاره الشيخ في ط ومن تبعه والثاني انه يقسط على مهور امثالهن ويعطى كل واحدة ما يقتضيه التقسيط كما لو باع عبده وعبد غيره بثمن واحد او جمع بين بيع ونكاح لانه اذا ذكر المهر قصدت المعاوضة فوجب مقتضاها وهي تابعة لقيمة المعوض ومن ثم يكون زيادة العوض ونقصانه تابعا لزيادتها ونقصانها وقيمة البضع هي مهر المثل فيكون قسط كل واحدة بحسبه وهذا اختيار المص والاكثر وهو الاقوى وعلى القول بفساد المهر فلكل واحدة مهر مثلها كما لو اصدقها مجهولا لا يتعذر تقويمه كعبد ودابة لان الصداق وان لم يكن عوضا في اصله الا انه اذا ذكر في العقد جرى عليه احكام المعاوضات والجهالة من موانع صحتها فيثبت مهر المثل ويحتمل الفرق وتوزيع المسمى هنا على مهور امثالهن ولكل واحدة منه ما يقتضيه التوزيع ويكون الحاصل لهن على هذا التقدير كالحاصل اذا قلنا بصحة المسمى والفرق بينه وبين المجهول المطلق تعذر تقويم ذلك وامكان تقويم هذا واعلم انه لو زوج امته من رجل على صداق واحد صح النكاح والصداق قولا واحدا لان المستحق هنا واحد كما لو باع عبدين بثمن واحد ولو كان له بنات وللاخر بنون فزوجهم صفقة واحدة بمهر واحد بان قال زوجت ابني فلانة من ابنك فلان وبنتي فلانة من فلان الخ بالف ففي صحة الصداق كالسابقة وجهان واولى بالبطلان هنا لو قيل ثم لان تعدد العقد هنا اظهر لتعدد من وقع العقد له من الجانبين قوله ولو تزوجها على خادم اه لا خلاف في انه اذا تعاقد على مهر مجهول بحيث لا يمكن استعلامه في نفسه كعبد ودابة وشيء يبطل المسمى ويثبت مهر المثل لامتناع تقويم المجهول على هذا الوجه ولكن استثنى الشيخ وجماعة ما ذكره المص من الخادم والبيت والدار استنادا في الاولين الى رواية علي بن ابي حمزة قال قلت لابي الحسن ع رجل تزوج امرأة على خادم قال لها وسط من الخدم قال قلت على بيت قال وسط من البيوت وفي الاخير الى رواية ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابي الحسن ع في رجل تزوج امرأة على دار قال لها دار وسط ولا يخفى ضعف الرواية الاولى بعلي المذكور فانه راس الواقفية والثانية مرسلة لكن مرسل ابن ابي عمير قبله الاصحاب اعتمادا منهم على انه لا يرسل الا عن الثقة مع انه راوي الرواية الاولى عن ابن ابي حمزة فان تم ما قالوه فهو ... اجمع في الرواية مع ذكر المروي عنه لا مع تركه ولا بد لهذه الدعوى من اثبات والاقوى بطلان المهر كغيره والرجوع الى مهر المثل لما ذكر ولان الوسط من هذه الاشياء لا ينضبط بل هو مختلف اختلافا شديدا خصوصا مع عدم بلد الدار والبيت قوله ولو تزوجها على كتاب الله اه هذا الحكم مشهور بين الاصحاب والاخبار بكون مهر السنة خمسمائة درهم مستفيضة واما كونه على كتاب الله فليس فيه ما يدل عليه بخصوصه لكنه تعالى قال وما آتاكم الرسول فخذوه مما آتانا به كون السنة في المهر ذلك وقد روي انه صداق لازواجه وبناته كلهن كان ذلك وروى هذا الحكم بخصوصه اسامة بن حفص وكان قيما لابي الحسن موسى ع قال قلت له رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا وكان في الكلام ازوجك على كتاب الله وسنة نبيه فمات عنها او اراد ان يدخل بها فما لها من المهر قال مهر السنة الحديث لكن في طريقه محمد بن عيسى فان كان على الحكم اجماع والا فلا يخلو من اشكال لان تزويجها على الكتاب والسنة اعم من جعل المهر مهر السنة كما لا يخفى اذ كل نكاح مندوب اليه بل جائز فهو على كتاب الله وسنة نبيه ثم على تقدير ارادتهما بذلك كون المهر مهر السنة ففي الاكتفاء بذلك عن ذكر القدر في العقد نظر كما لو قال الزوج زوجتك على المهر الذي تزوج به فلان ثم الزوجان قد يعلمان ان مهر السنة هذا المقدار وقد لا يعلمانه وقد يعلمه احدهما دون الاخر والحكم بالصحة مطلقا يحتاج الى مستند صالح وكثير من المتقدمين كابن الجنيد وابن بابويه وسلار لم يذكروا هذه المسألة

ومفوض

ومفوض الحكم ومستنده ان المهر المذكور يثبت بالعقد كما لو عيناه فيه لا بالدخول كما يظهر من الرواية قوله ولو سمى للمرأة مهرا اه لا شبهة في ان المهر نفسه لا يصح فرضه لغير الزوجة ولا يستحقه ابتداء سواها لانه عوض البضع شرعا فاذا سمى لها في العقد شيئا ولابيها او غيره من الاولياء او الواسطة او الاجنبي شيئا اخر فلا يخ اما ان يكون المشروط لغيرها من جملة المهر او خارجا عنه فالبحث يقع في موضعين احدهما ان يكون المشروط لغيرها خارجا عن المهر وهي المسألة الاولى بان يجعل مهرها الفا مثلا ويعقدان على ذلك ويشترطان لابيها في نفس العقد شيئا اخر وقد قطع المص والاصحاب بلزوم ما جعل لها وعدم صحة ما جعل لغيرها لصحيحة الوشاء عن الرضا ع قال لو ان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لابيها عشرة الاف كان المهر جائزا والذي جعل لابيها فاسدا واطلاق الرواية يقتضي عدم الفرق بين كون المجعول لابيها بعنوان عطية محضا او لاجل وساطة وعمل محلل ولا بين كون المجعول له مؤثرا في تقليل مهر الزوجة بسبب جعله في العقد وعدمه ولم يخالف في ذلك احد من الاصحاب الا ابن الجنيد قال ولا يلزم الزوج غير المهر من جعالة جعلها لولي او واسطة ولو وفى الزوج بذلك تطوعا كان احوط لقول النبي ص احق الشروط ما نكحت به الفروج فان طلقها قبل الدخول لم يكن عليه الا نصف الصداق دون غيره فان كان قد دفع ذلك يرجع عليها بنصف المهر وكل الجعالة على الواسطة وقال في المختلف ان يقول ان كان قد جعل للواسطة شيئا على فعل مباح وفعله لزم ولم يسقط منه شيء بالطلاق لانه جعالة على عمل محلل مطلوب في نظر العقلاء فكان واجبا بالعقد كغيره وان لم يكن على جهة الجعالة بل ذكره في العقد لم يكن عليه شيء سواء طلق او لا وما ذكره جيد الا انه خارج عن محل الفرض لان الكلام فيما يشترط في العقد ويلزم به بمجرده وكلام ابن الجنيد وانما جعل الوفاء به على وجه الاحتياط رعاية للحديث النبوي واذا دفعه على هذا الوجه لا يملكه القابض بمجرد الدفع فيجوز الرجوع فيه بعده سواء طلق ام لا لكن فرضه مع الطلاق نظرا الى فوات المطلوب من النكاح فلم يجد الرجوع مخالفة للحديث وما ذكره في المخ انما يلزم من حيث الجعالة لا من حيث ذكره في العقد بل ذكره في العقد بدون لفظ يقتضي الجعالة لغو فهو خارج عن محل الفرض ومع تقديره ووقوعه بالجعالة على عمل محلل لا اشكال في لزومه بالفعل وعدم الرجوع فيه بالطلاق حيث لا يكون له مدخل في ذلك وقد يشكل الحكم في بعض فروض المسألة كما لو شرطت لابيها شيئا وكان الشرط باعثا على تقليل المهر وظنت لزوم الشرط فان الشرط يكون بالجزء من العوض الذي هنا هو المهر فاذا لم يتم لها الشرط يشكل تعيين ما سمته من المهر خاصة كما سبق في نظائره من المعاوضات وذلك لا ينافي الرواية لان ما عينه من المهر ثابت على التقديرين وانما الكلام في شيء اخر ولولا الرواية الصحيحة لكان القول بفساد المهر ووجوب مهر المثل قويا لاشتمال المهر على شرط فاسد فيفسد كما يفسد العقد لو كان العوض من لوازمه كالبيع الثاني ان يكون المشروط لابيها او لغيره جزءا من المهر والمشهور بين الاصحاب عدم صحة الجزء وجهه ما اشرنا اليه سابقا من ان المهر حقه ان يكون للزوجة فشرطه لغيرها مناف لمقتضى العقد وقال ابن الجنيد بعد ما نقلناه من العبارة عنه سابقا فان كانت المرأة اشترطت رجع عليها بنصف صداقها ونصف ما اخذه من الذي شرطت له ذلك لان ذلك كله بعض الصداق الذي لم ترض بنكاحها الا به ومع الطلاق وهو يدل على جواز اشتراطها لغيرها من المهر شيئا وحجته الخبر السابق وعموم المسلمون عند شروطهم ولان عطيتها من مالها جائزة فاشتراطه في العقد لا يخالف السنة ويظهر من الشهيد في شرح الارشاد الميل اليه لما ذكر وكذلك المحقق الشيخ علي و على هذا فلو طلقها رجع بنصف المجموع كما ذكره ابن الجنيد لان جميعه هو المهر ولا فرق بين الاب وغيره في ذلك واعلم ان الباعث على مثل هذا الشرط لا يبعد كونه على وجه الاختيار المحض والغرض الصحيح فانه يفعله اهل هذا الزمان بحيل المرأة او الزوج على تمليك بعض الاعيان عند التزويج وشرط شيء من المهر على وجه تشهد القرائن بكونه واقعا على وجه لولا فعله لما سمح المرأة او الزوج بالتزويج او يعد ذلك من الاغراض الفاسدة فالحيلة على ذلك لا يفيد ملكا ولا يثمر حلا بل هي من ضروب الاكراه فان مرجعه الى توعد القادر بشيء لولا الفعل المكره عليه لفعل ما توعد به ولو ظنا وهذا في الغالب منه فبطلانه مما لا خلاف فيه قوله ولا بد من تعيين المهر اه من جملة المفسدات للمهر جهالته فمتى عقد على مجهول كدابة وتعليم سورة غير معينة بطل المسمى لان الصداق وان لم يكن عوضا في اصله الا انه مع ذكره في العقد يجري عليه احكام المعاوضات والجهالة من موانع صحتها فيثبت مهر المثل مع الدخول والمتعة مع الطلاق كالمفوضة لا بمجرد العقد لان فساد المهر باعتبار الجهل به الموجب لتعذر تقويمه صير العقد كالخالي عن المهر فلا يثبت مهر المثل بمجرد العقد كما صرح به المص وغيره ووهم خلاف ذلك وهم قوله وهل يجب تعيين الحرف اه المراد بالحرف القراءة المخصوصة كقراءة عاصم وغيره ووجه وجوب التعيين اختلاف القراءات في السهولة والصعوبة على اللسان والذهن والاقوى ما اختاره المص من عدم وجوب التعيين ويجتزي بتلقينها الجائز منها سواء كان احد القراءات المتواترة ام الملفق منها لان ذلك كله جائز انزله الله تعالى والتفاوت بينها مغتفر والنبي ص لما زوج المرأة من سهل الساعدي على ما يحسن من القرآن لم يعين له الحرف مع ان التعدد كان موجودا من يومئذ واختلاف القراءة على السنة العرب اصعب منه على السنة المولدين ووجه تسمية القراءة بالحرف ما روي ان النبي ص قال نزل القرآن على سبعة احرف وفسرها بعضهم بالقراءات وليس بجيد لان القراءة المتواترة لا تنحصر في السبعة بل ولا في العشرة كما حقق في موضعه وانما اقتصروا على السبعة تبعا لابن مجاهد حيث اقتصر عليها تبركا بالحديث وفي اخبارنا ان السبعة احرف ليست هي القراءة بل هي انواع التركيب من الامر والنهي والقصص و غيرها ثم ان لم نوجب التعيين كان التخيير اليه لان الواجب في ذمته امر كلي وتعيينه موكول اليه كغيره من الدين الكلي قوله ولو امرته اه ضمير غيرها يرجع الى الحرف لتضمنه معنى القراءة المخصوصة او الى الجائز منها لانه في معنى القراءة الجائزة وكلاهما مؤنث والمراد انه مع تعيين القراءة المخصوصة او الاطلاق وحملناه على الجائزة لو طلبت منه غير ما عين شرعا اما لكونه قد اختاره او شرطه او اراد تعليمها الجائز وهو المتواتر فارادت غيره لم يلزمه اجابتها بل يعلمها ما شاء من الجائز او الحرف المعين حيث يتعين لان الشرط لم يتناول ما طلبته واراد بالشرط ما اقتضاه

الشرع

الشرع من شرط التعليم سواء كان ذلك من جهة التعبير ام الاملاء قوله ولو اصدقها اه اشار بقوله لا يحسنه الى تعليل جواز اصداق ما لا
من الصنعة او القرآن فان المعتبر فيه كونه معيناً فى حد ذاته مقدوراً عليه عادة سواء امكنه تحصيله بنفسه ام بغيره كما لو اصدقها ما لا يملكه فانه
يثبت فى ذمته ويلزمه تحصيله حيث تطالبه به كيفما اتفق فعلى هذا ان امكنه التوصل الى تعليمها الصنعة والسورة بغيره وجب وان تعذر كان
عليه اجرة مثل ذلك العمل لانه قيمة المهر حيث تعذر عينه وهل يعتبر فى المعلم لها غير المحرمية وجهان من استلزامه سماع صوت الاجنبى المحرم
ونظره كك ومن تقييده بخوف الفتنة واستثناء نظر محل التعليم وقد تقدم بحثه فى بابه خصوصاً تعليم القرآن اذا كان واجباً فانه
مستثنى للضرورة ولا اشكال لو امكن من وراء حجاب لو توقف تعليمها على تعلمه ففى وجوبه وجهان من انه تكسب لوفاء الدين ومن توقف الواجب
عليه نعم لو شرط تعليمها بنفسه فلا اشكال فى الوجوب قوله ولو اصدقها ظرفا اه اذا عقدا على هذا الظرف على انه خل فى زعمهما فبان خمراً او على
هذا الشخص المعين على انه عبد فبان حراً وبالجملة عقدا على ما يظنان صلاحيته للمهر فبان عدمها صح العقد قولاً واحداً واما المهر المعين فلا
شبهة فى فساده وفيما يجب ثلثة اقوال احدها وهو الذى اختاره المص مثل الخل لان تراضيهما وقع على الجزئى المعين الذى يظنان كونه خلا
يستلزم الرضا بالخل الكلى مهراً لان الجزئى يستلزم الكلى فالرضا به يستلزم الرضا به فاذا فات الجزئى بعدم صلاحيته للملك بقى الكلى لانه
احد الامرين اللذين وقع التراضى بهما ولانه اقرب الى المعقود عليه لانه مثله وهو خيرة ابن الجنيد ايضاً وابن ادريس والعلامة فى لف ان قيل ان
الكلى الذى وقع التراضى عليه بالعقد على الجزئى هو الكلى المقترن بالمشخصات الموجودة وهذا يمتنع بقاؤه اذا ارتفعت المشخصات والمحكوم
بوجوبه هو الكلى فى ضمن شخص آخر وهذا لم يقع التراضى عليه اصلاً لا اصالة ولا تبعاً فايجابه فى العقد ايجاب لما لم يتراضيا عليه وكونه اقرب الى
المعقود عليه مع تسليمه لا يستلزم وجوبه لان المهر الذى يجب بالعقد هو ما تراضيا عليه ولا يلزم من التراضى على احد المثلين التراضى على الآخر قلنا
الجزئى الذى وقع التراضى عليه وان لم يساوه غيره من افراد الكلى الا ان الامر لما دار بين وجوب مهر المثل وقيمة الخمر ومثل الخل كان اعتبار المثل
اقرب الثلثة لان العقد على الجزئى المعين اقتضى ثلثة اشياء ذلك المعين بالمطابقة وارادة الخل الكلى بالالتزام وكون المهر واجباً بالعقد
بحيث لا ينفك المرأة عن استحقاقه حتى لو طلق كان لها نصفه او مات احدهما فجميعه فاذا فات الاول من الثلثة وهو الاول يجب المصير الى ابقاء الآخرين بحسب
الامكان اذ لا يسقط الميسور بالمعسور وعموم اذا امرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم ومما لا يوجدان معاً فى ضمن وجوب مهر المثل لانه لا يجب الا بالدخول
عند القائل به وامكان وجودهما فى ضمن قيمة الخمر يضعف بما سنبينه من ضعفه فلم يبق الا المثل ولا شبهة فى ان الرضا بالخل المعين فى الظرف
يستلزم ارادة كون الخمر خلا بخلاف القيمة ونحوها وثانيها وجوب مهر المثل واختاره العلامة فى اكثر كتبه مستدلاً عليه بان الكلى غير مرضى به
الا فى ضمن الجزئى المشترط فهو منفى بتخلف الشخص عليه والشخص باطل بخروجه عن المالية فيرجع الامر الى شرط عوض لم يسلم لها فلينتقل الى مهر
المثل ويشكل بما مر وبان مهر المثل ربما كان زائداً عن قيمة الخمر كثيراً فلا يكون مقصوداً للزوج اصلاً او ناقصاً كثيراً فلا يكون مقصوداً للزوجة
ولا مرضياً به وقد قالوا المهر ما تراضى عليه الزوجان ولا يرد مثله فى وجوب مثل الخل لان ذلك اقرب الى ما تراضيا به بل بما لم يخالف
ما تراضيا عليه الا بالمشخصات التى لا دخل لها فى المقصود ولا فى المالية فيلغو عند حصول مثل هذا العارض وثالثها وجوب قيمة الخمر عند مستحليه اختاره
الشيخ فى ط وف لان قيمة الشئ اقرب اليه عند تعذره ولانهما عقدا على شخص باعتبار ماليته فمع تعذره يظهر بطلان المعاوضة عليه
بخصوصه فينتقل الى القيمة وفيه منع بين لان الخمر غير مقصود اصلاً ولا وقع عليه التراضى فكيف ينتقل الى قيمته واعتبارها فرع صحة العقد على العين
بخلاف ما لو عقدا على الخمر عالمين به فانهما قد تراضيا على العين فلا يمنع الانتقال الى القيمة لتعذر العين كما تقدم وظاهر الحال ان
قول المص اقرب الاقوال الثلثة المتقدمة فينبغى ان يكون العمل عليه هذا كله فى المثلى كالخمر اما القيمى كالعبد اذا ظهر حراً فالانتقال
الى قيمته لقيامها مقام المثل فى المثلى وليس هذا كالقول الثالث لان ذلك يعتبر فيه قيمة العين بالوصف الواقع الذى امتنع صحته عليه
بواسطته وهنا اعتبرنا القيمة باعتبار الوصف المقصود لهما وعلى هذا يسقط القول الثالث فى القيمى لان الحر لا قيمة له نعم لو ظهر مستحقاً كان
اعتبار قيمته جارياً على القولين وعلى هذا فالقول بالمثل متعذر فى القيمى وبقيمة الواقع متعذر فى الحر فليس فيه الا القول بقيمته او مهر المثل
فاطلاقهم تشبيه الحكم فى مسئلة الحر بنظيره فى الخمر لا يأتى على اطلاقه بل يحتاج الى تنقيح قوله واذا تزوجها بمهر اه هذه هى المسئلة المعروفة بمهر السر
والعلانية ولها صورتان الاولى ما ذكرها المص وهى ان يعقدا سراً على مهر ويجهرا على غيره اما بان ينكرا اذا ارادا تجملها به مع اتفاقهما على الثانى
فى الاول او بالعكس فالاعتبار عندنا بالسابق منهما سواء كان السابق هو العقد المشتمل على مهر السر او العلانية لانها بالعقد تصير زوجة
ويجب المسمى فيكون العقد الثانى باطلاً وخالف فيه بعض العامة ولهم فيه تنزيلات مختلفة والمحصل ما ذكرناه الثانية ان يتفقا على ذكر
الفين ظاهراً وعلى الاكتفاء بالف فى عقد واحد بان يتواطئا على ارادة الالف بعبارة الالفين وفيه وجهان مبنيان على ان اللغات
هل هى توقيفية او اصطلاحية وعلى ان الاصطلاح الخاص هل يؤثر فى الاصطلاح العام ويغيره ام لا فعلى الاول يفسد المهر لان الالف
غير ملفوظ والالفين غير مقصودة ولم تقع عبارة عنها المباينتها لها فينتقل الى مهر المثل وعلى الثانى يحتمل الصحة ويكون المهر الالف
لاصطلاحهما عليه وكون الالفين لو وقع العقد عليه باتفاقهما والوضع العام لا يتغير وهذا الاحتمال يجرى ايضاً على الاول وقطع فى ط بوقوع
ما تلفظا به ولا يلتفت الى ما اتفقا عليه محتجاً بان العقد وقع صحيحاً سراً كان او علانية وفيه نظر يعلم مما قررناه ولو قيل بثبوت الالف
خاصة اعتباراً بما تواضعا واصطلحا عليه لان الالفاظ لا يعتنى باعيانها وانما ينظر الى معانيها ومقاصدها كان حسناً وهذه الصورة

لم يتعرض

لم يتعرض لها احد من اصحابنا غير الشيخ وكان ذلك احق بالبحث من الاولى لاتفاقهم ظاهراً على حكمها قوله والمهر مضمون اه لا اشكال فى كون المهر
مضموناً على الزوج الى ان يسلمه الى الزوجة ولكن جهة الضمان مختلفة فان من المال ما يضمن ضمان معاوضة كالمبيع فى يد البايع والثمن فى يد
المشترى قبل التسليم ومنه ما يضمن ضمان يد كالمستعار المضمون والمقبوض بالسوم وفى النكاح شبه من الامرين فمن حيث انه عوض كما يظهر من قوله تعالى
وآتوهن اجورهن وقولهم زوجتك بكذا كقوله بعتك بكذا ولانها تتمكن من رده بالعيب وتحبس نفسها لتستوفيه وهما من احكام الاعواض
يناسب القول الاول ومن حيث جواز اعراء النكاح عنه وعدم انفساخ النكاح بتلفه ولا برده ولا يسقط بمنعها نفسها الى موتها وبطلق عليه
اسم النحلة كما قال تع وآتوا النساء صدقاتهن نحلة يناسب القول الثانى والمعروف من مذهب الاصحاب هو الثانى واليه اشار المص بقوله
فى قول مشهور لنا وينبه به على القول الاخر ويتفرع على الوجهين مسائل كثيرة منها ما ذكره هنا من
تلف المهر قبل تسليمه الى الزوجة فعلى المشهور بين الاصحاب يكون مضموناً على الزوج بالمثل او القيمة كغيره من الاموال المضمونة ضمان اليد
وعلى الاول يجب مهر المثل كما لو تلف احد العوضين فى البيع قبل القبض فان البيع ينفسخ ويجب مثل المبيع او قيمته ولا سبيل هنا الى فسخ
اصل النكاح لان الصداق ليس كنافيه كما مر وقد اطلق الاصحاب هنا ضمان المهر التالف بمثله او قيمته من غير ان ينقلوا وجوب مهر المثل
قولاً او وجهاً قال الشيخ فى ط بعد نقل القولين عن العامة والذى يقتضيه مذهبنا فى كل مهر معين اذا تلف فانه يجب قيمته ولا يجب مهر المثل و
لكن العلامة اوجب مهر المثل فى مواضع نزل فيها المهر منزلة التالف منها ما لو تزوجها على ظرف خل فظهر خمراً وما لو تزوج المسلم على خمر او خنزير
عالماً بالحال واعترضه الشهيد بان الحكم بمهر المثل فى مثل ذلك مبنى على كون ضمانه ضمان المعاوضة من حيث ان هذا فى حكم التلف مع انه لا يقول
به فى التلف الحقيقى فكان الحكمين مبنيان على الاصلين المتنافيين والحق ان هذا الايراد مدفوع لان موضع النزاع فى الاصلين انما هو فى
التلف بعد الحكم بالصحة كما فى مسئلتنا اما مع فساد المهر ابتداء فلا اشكال عند الاصحاب فى وجوب مهر المثل وقد قال الشيخ فى ط عقيب ما ذكرناه
بلا فصل واما المهر اذا كان فاسداً فانه يوجب مهر المثل بلا شك وكذلك ذكره فيه وموضع من الكتاب فى ذلك وباقى ابه وعليه يتفرع المسئلتان
المذكورتان فان العلامة يرى ان المهر فاسد من اصله وذلك يوجب مهر المثل من حيث انه لم يقصد فى الثانية الى الفساد وانما اراد المالية فاقتضى
اعتبار القيمة وهذا بحث آخر لا ينافى تلك القاعدة بل يمكن رده اليها والى القاعدة الاخرى بالاعتبار اذا تقرر ذلك فنقول اذا ثبت
على الزوج ضمان المهر بالقيمة بسبب تلفه قبل التسليم ما الذى يعتبر من قيمته الذى فى كره المص اعتبار وقت تلفه كما هو المعتبر فى ضمان اليد ووجهه ان
العين ما دامت موجودة لا يجب القيمة قطعاً وانما ينتقل اليها مع تلف العين فيكون المعتبر فيها وقت الانتقال اليها ولا ينافى ذلك كون العين
مضمونة عليه لان معنى ضمانها انها بحيث لو تلفت وجب الانتقال الى البدل وهذا هو الاقوى وقيل يعتبر اعلى القيم من حين العقد الى
حين التلف لانه مضمون فى جميع هذه الاوقات ومن جملتها زمان علو القيمة خصوصاً مع مطالبتها بالتسليم ومنعها لانه يصير غاصباً فيؤخذ
باشق الاحوال وقال الشيخ فى ط انه مع المطالبة يلزمه الاعلى من حين المطالبة الى وقت التلف لانه غاصب وقد ظهر من تعليل الاول جواب الثانى
والتعدى بعدم التسليم لا يوجب ضماناً زائداً على ما دل عليه الدليل وان اوجب الاثم واعلم انه لا يتوهم منهم ان قول المص على قول مشهور راجع
الى ضمانه بقيمته يوم التلف حيث انه موضع خلاف ايضاً لان القول بضمانه يوم التلف ليس هو المشهور وان كان هو المقصود بل المشهور خلافه
وسيأتى فى الغصب نقل المص عن الاكثر ضمان المغصوب بقيمته يوم الغصب لا يوم التلف فيناسبه القول هنا بضمان قيمته يوم العقد لكن لا
قائل به هنا معلوماً وكيف كان فاعتبار يوم التلف ليس هو القول المشهور ولا محل توقف من المص فان اقتصاه على نسبته الى القول يؤذن
بتوقف فيه او تمريض وانما المراد به ما ذكرناه سابقاً من حكم ضمان القيمة او المثل لا مهر المثل فانه محل البحث والاشكال قوله ولو وجدت به عيباً
اذا اصدقها عيناً مخصوصة فوجدتها معيبة فان كان العيب موجوداً حين العقد ولم تكن عالمة به كان لها رده بالعيب والرجوع الى قيمته بناء
على ضمان اليد ولها امساكها بالارش لان العقد انما وقع على السليم فاذا لم تجده كان اخذت عوض الفائت وهو الارش وان تجدد العيب
بعد العقد وقبل تسليمها كان مضموناً على الزوج لان ضمان الجملة يقتضى ضمان الاجزاء فالمشهور وهو الذى اختاره المص ان لها ارش النقصان
من غير رد لانه عين حقها ونقصه يجبر بضمان ارشه وقال الشيخ فى ط تتخير بين اخذه بالارش ورده فتأخذ القيمة كما لو تلف لانه مضمون عليه
وقد وقع العقد عليه سليماً فاذا تعيب كان لها رده ويضعف بان كونه مضموناً ضمان اليد يوجب بقاءه على ملكها وضمان الفائت لا غير كما لو
عابت العين عند الغاصب نعم يتم ذلك على القول بضمان المعاوضة مع انه فى ط قوى فى موضع آخر عدم الخيار وتعين اخذه بالارش واعلم
ان القائل بضمان المعاوضة اوجب هنا مع الرد مهر المثل لا انه قيمة العين كنظائره قوله ولها ان تمتنع اه لا بد قبل تحرير المسئلة وبيان اقسامها من
تمهيد مقدمات يترتب عليها احكامها ويظهر وجه الخلاف منها وهى امور الاول ان النكاح على تقدير ذكر المهر فى العقد معاوضة اما محضة
او شبيهة بها وقد تقدم ما يظهر به وجه المشابهة ومع عدم ذكره لا يكون كك لعدم العوض من الجانب الآخر ما لم يدخل فيلزم العوض ويلحق بالمعاوضة
ح الثانى ان فى المعاوضة لكل من المتعاوضين الامتناع من تسليم ما فى جانبه من العوض حتى يسلم اليه الآخر سواء كان موسراً او معسراً ليحصل
فائدة التعويض فيجبرهما الحاكم على التقابض معاً حيث يتعاسران لعدم الاولوية ولا خفاء فى ان النكاح كك حيث يذكر المهر فى العقد الثالث
انه مع قبض احدهما باذن الآخر يسقط حق القابض من الامساك وحق الآخر ايضاً لاستقرار ملك القابض فلا يستعاد منه الرابع ان الوطء فى
النكاح هو القبض اذ البضع لا يدخل تحت اليد وان كانت الزوجة امة لان ملك الرقبة لغير مالك الاستمتاع ولهذا لا يجب عليه عوض البضع

باب الغصب

٥٣٠ بالغصب مالم يطأ ويحتمل كون الوطي لعيب قبضا تاما كقبض المبيع لان المعتبر منه قبض مجموع العوض الواقع في مقابلة الاخر والواقع في مقابلة المهر ليس
هو الوطي مرة واحدة بل مجموع منافع البضع وحيث لا يمكن دخوله باجمعه تحت اليد لا يتصور التقابض من الجانبين فيبقى حق قبضه ما دامت منفعته
متجددة بخلاف ما يمكن قبضه جملة كالمهر والمبيع الخامس ان المهر يجب جميعه بالعقد وان توقف استقراره على الدخول وهو اشهر القولين والروايتين
ويكفي في استقراره الدخول ولو مرة اجماعا وهو يؤيد الاول من وجهي السابقة السادس انه لا يدخل في مقابلة باقي الوطيات مهر في الدائم للاتفاق
على وجوب جميعه بالوطي الواحد وان كان متعلق المعاوضة هو البضع الذي يتجدد منافعه في كل وقت من اوقات وجوده بخلاف المنقطع فان
المهر في مقابلة مجموع المدة ومن ثم يسقط من المهر بحساب ما تفوته عليه من المدة اختيارا السابع هل يثبت … القبض … عالم بكيفيته … طلقها
وجهان من حصول الغرض وانتفاء الضمان … وفي تحريم القبض بدون الاذن فلا يترتب عليه اثر الصحيح والحق ان بعض احكام القبض
متحققة كاستقرار المهر بالوطي كرها وبعضه غير متحقق قطعا كالنفقة ويبقى التردد في موضع النزاع حيث يدخل بها كرها هل لها الامتناع بعده
من الاقباض حتى تقبض المهر الثامن الحكم بوجوب التقابض في العوضين من الجانبين انما يتحقق مع استحقاق كل من المالكين للعوضين معجلا فلو انتفى
استحقاق التعجيل عن احدهما او عنهما معا انتفى الحكم كما لو كان احد العوضين مؤجلا او هما معا وحيث يختص احدهما بالمانع من تعجيل يختص الاخر بحكم
استحقاق تعجيل اقباضه من غير تربص … عدم الاستحقاق في مسئلة المفروضة من جانب المهر بتاجيله ومن جانب الزوجة بصغرها وغيره من
موانع الاستمتاع واذا تمهدت هذه المقدمات فنقول الزوجان بالنسبة الى استحقاق طلب المهر وتسليم الزوجة وجواز الامتناع فيهما او في
احدهما لا يخ اما ان يكونا صغيرين بحيث لم يبلغا حد الاستمتاع او كبيرين او بالتفريق بان كانت الزوجة صغيرة والزوج كبيرا او بالعكس وعلى
التقادير الاربعة اما ان يكون الزوج معسرا بالمهر او موسرا وعلى التقادير اما ان يكون قد دخل ام لا ويمكن فرض دخول الصغير بالكبيرة الثيب
او مطلقا او بالصغيرة كذلك وعلى التقادير الستة عشر اما ان يكون المهر حالا او مؤجلا او بعضه مؤجلا وبعضه حالا وعلى تقدير تاجيله او بعضه
اما ان يحل قبل الدخول او بعده فصور المسئلة ثمانون صورة وخلاصة القول فيها ان الزوجة ان كانت كاملة صالحة للاستمتاع ولم يكن قد دخل
بها الزوج والمهر حال وهو موسر فلها الامتناع من التمكين حتى تقبض مهرها بتمامه اتفاقا لا بمعنى وجوب ابتداء الزوج بتسليم المهر اولا بل ايما بدا لك
او يتقابضا معا بان يؤمر الزوج بوضع الصداق في يد من يتفقان عليه او يد عدل ويؤمر بالتمكين فاذا مكنت تسلم العدل الصداق اليها و
هذا في الحقيقة في معنى اقباض المهر الا ان ما يخافه الزوج من فوات … اليها يستدرك بوضعه على يد العدل … النائب …
حيث ان القابض نائب عنهما وانما اعتبر ذلك لما تقرر في المقدمة الاولى ان في النكاح معنى المعاوضة وفي الثانية ان لكل من المتعاوضين الامتناع
من الاقباض حتى يقبض الاخر وطريق الجمع ما ذكر وفي المسئلة وجهان اخران احدهما انه يجبر الزوج على تسليم الصداق اولا فاذا سلم سلمت نفسها والفرق
بينهما ان فائت المال يستدرك وفائت البضع لا يستدرك والثاني انه لا يجبر واحد منهما ولكن اذا بادر احدهما الى التسليم اجبر الاخر على التسليم ما
عنده واصحها الاول لما فيه من الجمع بين الحقين وبه يحصل الجواب عن الوجه الثاني وفي الثالث انه قد يؤدي الى بقاء النزاع بعدم بداءة احدهما
ولا بد من ضبط طريق شرعي يحسم مادته وهذه الاوجه قد مضى مثلها في البيع وفيه وجه رابع لا ياتي هنا وهو ان البائع يجبر على التسليم اولا فاذا
استقر البدل في يد المشتري الزم بتسليم العوض وهنا لا يمكن الابتداء بالمرءة لان منفعة البضع اذا فاتت تعذر استدراكها والمال يمكن
استرداده ولا فرق في هذه الحالة بين كون الصداق عينا او منفعة معينا او في الذمة وهل يختلف ذلك باعسار الزوج ويساره الاكثر على
عدمه وهو الذي يقتضيه القاعدة الثانية لان عجز احد المتعاوضين لا يسقط حق الاخر مما يثبت له ويظهر من ابن ادريس انه ليس لها الامتناع
مع الاعسار لمنع مطالبته ويضعف بما ذكرناه فان منع المطالبة لا يقتضي وجوب التسليم قبل قبض العوض لكن يختلف الحال فانه مع يساره
ومطالبتها يأثم الزوج بالمنع وتستحق النفقة وان لم تسلم نفسها اذا بذلت التمكين بشرط تسليم المهر لان المنع حينئذ بحق فلا يقدح في التمكين
ومع اعساره فلا اثم عليه بالتاخير وفي استحقاقها النفقة وجهان من انتفاء التمكين اذ هو متعلق بامر ممتنع عادة وهو الذي جزم به الشهيد
في شرح الارشاد ومن ان المنع بحق كالموسر لاشتراكهما في بذل التمكين بشرط تسليم المهر وامتناع التسليم عادة لا دخل له في الفرق مع جواز الاجتماع
بالاقتراض ونحوه وهذا اتجه ولا فرق في عدم الدخول بين كونها قد مكنته منه فلم يفعل وعدمه فلها العود الى الامتناع بعد التمكين الى ان تقبض
المهر ويعود الحكم الى ما كان قبله لما تقرر في المقدمة الرابعة ان القبض لا يتحقق في النكاح بدون الوطي ولو لم تكن المرءة مهياة للاستمتاع بان
كانت مريضة او محبوسة لم يلزم تسليم الصداق لما تقدم من اشتراط وجوبه عليه بالتقابض من الجانبين ولو كانت صغيرة لا تصلح للجماع وطلب
الولي المهر فهل يلزمه التسليم قبل كمالها وجهان من تعذر التقابض من الجانبين لعدم امكان الاستمتاع وهو خيرة الشيخ في ط ومن ان الصداق
حق ثابت وقد طلبه المستحق فوجب دفعه اليه وعدم قبض مقابله من العوض قد اقدم الزوج عليه حيث عقد عليها كذلك واوجب على نفسه
المانع الحالي كالعكس لو كان المهر مؤجلا وهذا هو الاقوى ومحل الاشكال ما لو لم تصلح للاستمتاع مطلقا اما لو صلحت لغير الوطي فطلبها الزوج
لذلك فوجوب اجابته وجهان من تحقق الزوجية المقتضية لجواز الاستمتاع فلا يسقط بعضه بتعذر بعض فيجب التسليم للتمكين ومن ان القصد
الذاتي من الاستمتاع الوطي والباقي تابع فاذا تعذر المتبوع انتفى التابع وامساكها لغير ذلك حضانة والزوج ليس اهلا لها وانما هي حق الاقارب
ولانه لا يؤمن اذا خلا بها ان ياتيها فتتضرر وعلى هذا فلو بذلت له لم يجب عليه القبول لان حقه الاستمتاع ولم يخلق فيها ولو وجب للزمه نفقة
الحضانة والتربية وهو منتف هنا وهذا اقوى وهو خيرة ط ولو كانا صغيرين فطلب المهر من وليه فالوجهان في الكبير مع الصغيرة واولى بعدم

الوجوب

في تفويض البضع

٥٣١ الوجوب لو قيل به ثم والاجود ما استوجهه ولو انعكس وكانت كبيرة والزوج صغيرا فالوجهان واختار في ط عدم وجوب تسليم المهر في الجميع كالاجر
النفقة محتجا بان الاستمتاع غير ممكن وهو بعيد في النفقة لا في المهر لما قررناه هذا كله اذا كان المهر حالا فلو كان مؤجلا لم يكن لها الامتناع قبل حلوله
قطعا اذ لا يجب لها عليه شيء ح فيبقى وجوب حقه عليها بغير معارض ولدخولها على الرضا بتسليم نفسها قبل قبضه كالبيع اذا كان بثمن مؤجل ثم ان
سلمت نفسها اليه فلا كلام وان امتنعت واقدمت على فعل المحرم حتى حل الاجل ووجب المهر ففي جواز امتناعها بعد ذلك كالحال وجهان من
اشتراكهما في المعنى ومن استقرار وجوب تسليمها اولا فيستصحب ولانها لما رضيت بالتاجيل ثبت لمهرها على ان لا حق لها في الامتناع فيمتنع
ثبوته بعد ذلك لانتفاء المقتضي وهذا هو الاقوى وبه قطع في ط وتبعه الاكثر ومنهم المص وسيأتي البحث فيه في الكتاب لكن ذكرناه هنا لمناسبة
استيفاء الاقسام وظ كلام الشيخ في ية يقتضي جواز الامتناع هنا حيث اطلق جواز امتناعها حتى تقبض المهر والظ ان اطلاقه محمول على الحال لا
محل الخلاف لا المؤجل مط ولو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلكل واحد منهما حكم نفسه فلها ان تمتنع حتى تقبض الحال دون المؤجل وان حل كما
قرر وجميع هذا البحث على تقدير عدم الدخول واما بعده فهل لها الامتناع اذا ارادته حتى تقبض المهر كما كان لها ذلك قبله قولان احدهما
العدم وهو الذي اختاره المص وجماعة المتاخرين ومن المتقدمين الشيخ في ف وكي وابو الصلاح وهو الاقوى عملا بمقتضى القواعد السابقة
فان المهر قد استقر بالوطي وقد حصل تسليمها نفسها برضاها ومتى سلم احد المتعاوضين الذي قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه
ومن حكم بما ذكرناه من الاحتمال في المقدمة الرابعة جوز امتناعها بعد الدخول ايضا لعدم التقابض ولم يجب … الى القواعد وهو خيرة الشيخ في
ية وط وقبله المفيد وبعده القاضي وفرق ابن حمزة بين تسليمها نفسها اختيارا واكراها فحكم بسقوط حقها من الامتناع في الاول دون الثاني
وهو مبني على ما ذكر في المقدمة السابعة من قوله قوة وفي معناه ما لو سلم الولي من ليست بكاملة ولم يقبض الصداق فهل لها الامتناع بعد
الكمال حتى تقبضه وجهان واولى بعدم الجواز هنا لان تسليم الولي شرعي الا ان يمنع من جواز تسليمها لها قبل قبض المهر كغيره من المعاوضات فيكون
المكرهة في الحكم فهذه جملة الاحكام المتعلقة بصور المسئلة كلها قوله ويستحب تقليل المهر الخ لا خلاف في استحباب تقليل المهر وان لا يتجاوز
بمهر السنة الذي تزوج به النبي ص نسائه وزوج به بناته للتاسي به وقوله ص افضل نساء امتي اصبحهن وجها واقلهن مهرا وقوله ص ان اعظم النساء
بركة ايسرهن مؤنة وقال الباقر ع ما زوج رسول الله ص سائر بناته ولا تزوج شيئا من نسائه على اكثر من اثنتي عشرة اوقية ونش وهو نصف الاوقية
والاوقية اربعون والنش عشرون درهما فذلك خمسمائة درهم وعن الحسين بن خالد قال سألت ابا الحسن ع عن مهر السنة كيف صار خمسمائة فق
ان الله تبارك وتعالى اوجب على نفسه ان لا يكبره مؤمن مائة تكبيرة ويسبحه مائة تسبيحة ويحمده مائة تحميدة ويهلله مائة تهليلة ويصلي
على محمد وآله مائة مرة ثم يقول اللهم زوجني من الحور العين الا زوجه الله حوراء وجعل ذلك مهرها ثم اوحى الله تع الى نبيه ص ان سن مهور المؤمنات
خمسمائة درهم ففعل ذلك رسول الله ص وايما مؤمن خطب الى اخيه حرمته فبذل خمسمائة درهم فلم يزوجه فقد عقه واستحق من الله تع ان لا
يزوجه حوراء وظاهر الاخبار ان الكراهة متعلقة بالمرءة ووليها لا بالزوج وعبارة المص شاملة لهما وقد يمكن تعدي الكراهة من جانب الاعانة
على المكروه ان امكنه النقصان والا فلا كراهة من قبله مع انه قد تقدم امهار الحسن ع امرأة بمائة جارية وعن غيره قوله وان يدخل بالزوجة … مستند
الحكم رواية ابي بصير عن الص قال اذا تزوج الرجل المرءة فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئا درهما فما فوقه او هدية من سويق او غيره قال
الشيخ في يب وهذه الرواية وردت على جهة الافضل فاما ان يكون ذلك واجبا او تركه محظورا فلا لما رواه عبد الحميد الطائي قال قلت لابي
عبد الله ع اتزوج المرءة وادخل بها ولا اعطيها شيئا فقال نعم يكون دينا عليك مع ان الرواية الاولى قاصرة عن افادة التحريم من جهة السند
اما الكراهة فيكفي فيها مثل ذلك كالاستحباب والشيخ عبر في النهاية بلفظ الرواية فاعترضه ابن ادريس بان الفرج يستباح بالعقد لا بما تقدمه
وعذره مع متابعة الرواية التجوز في تعليق الحل على ما تقدمه مبالغة في الاستحباب قوله في التفويض التفويض لغة رد الامر الى الغير والاهمال
ومنه لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا وشرعا رد امر المهر او البضع الى احد الزوجين او ثالث او اهمال ذكره في العقد
وسمي المرءة مفوضة بكسر الواو لتفويضها امرها الى الزوج او الولي بلا مهر او لانها اهملت المهر ومفوضة بفتحها لان الولي فوض امرها الى الزوج
او لان الامر في المهر مفوض اليها ان شائت نقصته والا فلا ثم التفويض نوعان تفويض للبضع وتفويض للمهر فالاول اخلاء العقد عن ذكر المهر بتفعل
الزوجة او من يقوم مقامها مثل زوجتك نفسي او فلانة فيقول قبلت وهو عقد صحيح اجماعا والثاني يأتي قوله ذكر المهر ليس شرطا في … وان طلقها
قبل الدخول فلها المتعة حرة كانت او مملوكة ولا مهر وان طلقها بعد الدخول فلها مهر امثالها ولا متعة فان مات احدهما قبل الدخول وقبل
الفرض فلا مهر لها ولا متعة ولا يجب مهر المثل بالعقد وانما يجب بالدخول قد قررنا في اول الباب ان المهر ليس ركنا من اركان النكاح بخلاف
العوضين في البيع ونحوه من عقود المعاوضات وانه يقوم بالزوجين وان كان العوض لازما في الجملة فاذا تزوج ولم يذكر في العقد مهرا سواء اطلق
ام شرط ان لا مهر لها في الحال او مطلقا لانه عدم … معنى نفيه في الحال وذلك لا ينافي حكم التفويض ووجوبه في المال نعم لو صرح بنفيه في الحال
والمال على وجه يشمل ما بعد الدخول فسد العقد … لما فاته مقتضاه لان مقتضاه وجوبه في الجملة اما بالعقد او بالفرض او بالدخول
ولو معناه فاذا شرط نفيه في جميع هذه الاحوال فقد شرط ما ينافي مقتضى عقد النكاح فيفسد وفيه وجه اخر بالصحة والحاقه بالوفاقه مط لان قوله
على ان لا مهر نكرة منفية وهي من صيغ العموم فيتناول الحال والمال وقد حكم بالصحة وتخصيصها بمقتضيات التفويض فيكون الحكم فيما لو صرح بالعموم
كذلك لاشتراكهما في قبول التخصيص وفيه ان اطلاق العموم لا ينافي التخصيص اما التصريح بنفيه كصورة الفرض فمنافاته للتخصيص ظاهرة

لظهور

لظهوران نفي البشر الحاصر فيها في ثبوته في احدهما وفيه وجه ثالث بفساد التفويض دون العقد فيجب مهر المثل كما لو شرط في المهر ما يفسده اذا تقرر
ذلك فنقول من حكم التفويض انه لا يجب المهر لها بالعقد عندنا ولا المتعة بل انما تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول والفرض فان عليه من المهر قبل الدخول
فاذا طلقها بعده فلها نصف ما يفرض اما وجوب مهر المثل بالدخول فيدل عليه اخبار كثيرة منها رواية منصور بن حازم قال قلت لابي عبد الله ع في رجل
يتزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا قال لا شيء لها من الصداق فان كان قد دخل بها فلها مهر نسائها ويدل على وجوب المتعة بالطلاق ونصف
الفرض ان اتفقا عليه وجعله له مطلق قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره
وعلى المقتر قدره وسببا فيهما وقوع الطلاق قبل المس وقبل الفرض واما بعده فالواجب ما دل عليه قوله فنصف ما فرضتم وبعد الدخول يجب
مهر المثل سواء طلق ام لا فقوله لم وان طلقها بعد الدخول فلها مهر امثالها يتفرع عنه قوله ولا يجب مهر المثل بالعقد وانما يجب بالدخول لان
الدخول اذا كان موجبا له فلا اثر للطلاق ولا العدة وذلك تكان تركه انسب لئلا يوهم كون الطلاق ثم له مدخل في ثبوته من حيث ان
تعليق الحكم على وصف يشعر بعليته وبقي احكام المفوضة ما لو مات احدهما قبل الدخول والطلاق فان كان الموت قبل الفرض فلا شيء لها
لانتفاء سبب الوجوب لانه منحصر في الفرض والدخول فعند عدمه يتمسك باصالة العدم وبراءة الذمة وان كان بعد الفرض ثبت المفروض كما
لصحيحة الحلبي عن الص ع في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول ان كان فرض لها زوجها مهرا فلها وان لم يكن فرض مهرا فلا مهر ولا يخفى ان الميراث يثبت على
كل حال لتحقق الزوجية المقتضية له قوله والمعتبر في مهر المثل مهر المثل هو قيمة المثل بالنسبة الى البضع المخصوص وهو ما يبذل في مقابلة نكاح امثال
المرأة من المشتملات على مثل صفاتها التي يزيد المهر وينقص باعتبارها لان ذلك هو المفهوم من المثل لغة وعرفا وقد ذكر المص من صفاتها الشرف
والجمال وعادة نسائها ولا شبهة في اعتبار ذلك لكن يعتبر معه رعاية باقي الصفات التي يتفاوت بتفاوتها المهر من العقل والادب والبكارة و
وصراحة النسب واليسار وحسن التدبير وما يجري مجرى ذلك واضدادها لان ذلك مما يختلف المهر باختلافه وبهذا صرح المحققون وان
اختلفت عباراتهم فيما يعتبر به المهر فالحاصل ما ذكرناه والمعتبر اقاربها من الطرفين على الاقوى لاختلاف المهر باختلافهن فيهما ولان النساء
جمع مضاف فيعم الجميع وقيل يعتبر جانب الاب خاصة لعدم اعتبار الام في الفخر وهو وهم ويعتبر في الاقارب ان يكونوا من اهل بلدها او ما قاربه مما لا يختلف
باختلافه المهر عادة على الاقوى وقد قيد المص والاكثر ذلك بما اذا لم يتجاوز مهر السنة وهي خمسمائة درهم كما سلف استنادا الى رواية ابي
بصير عن الص ع قال سئلته عن رجل تزوج امرأة فوهم ان يسمي صداقها حتى دخل بها قال السنة والسنة خمسمائة درهم وفيها مع ضعف السند قصور
الدلالة لان الكلام في المفوضة ومورد الرواية ما اذا وهم ان يسمي صداقها وهو يقتضي كونه اراد التسمية فنسيها وهذا ابعد من التفويض
في شيء وان كان العقد قد وقع بصورة التفويض فجاز اختلاف الحكم لذلك ومن ثم ذهب بعض علمائنا الى ان مهر المثل لا يتقيد بمقدار لاطلاق
الاخبار في ذلك مثل رواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الص ع في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ثم دخل بها قال لها صداق نسائها و
موثقة منصور بن حازم قال قلت لابي عبد الله ع وقد تقدمت فيها فان كان دخل بها فلها مهر نسائها وصحيحة الحلبي قال سئلته عن رجل
تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهرا ثم طلقها قال لها مثل مهور نسائها وهذه الاخبار وان كانت لا تخلو من ضعف في طريق او قطع الا
انها مؤيدة لما يقتضيه الادلة من كون مهر المثل عوض البضع وكونه ملحقا بالاموال وهو يقتضي كونه ما يبذل عادة لامثال تلك المرأة
بالغا ما بلغ كسائر الاموال وعدوا في جماعة من الاصحاب في عدم تقديره بذلك حيث يجب مهر المثل لما يشبه الجناية كالنكاح الفاسد ووطي
الشبهة والاكراه وانما الشبهة فيه في مسئلة وهي مسئلة التفويض لا غير حيث ذهب معظم الاصحاب الى التقييد وقصور دليله
وتوقف في لف في ذلك مقتصرا على حكاية القولين ولم وجه لمعارضة الشهرة لقوة الدليل واعلم ان مهر المثل يثبت في مواضع كثيرة منها
ما ذكره هنا وفي باب القضاء على بيان كيفيته ومنها التسمية الفاسدة واذا نكح عدة نساء بمهر واحد وقد تقدم في الباب ومنها الوطي
في النكاح الفاسد والشبهة والاكراه وغير ذلك قوله والمعتبر في المتعة الخ المعتبر في المتعة الواجبة للمطلقة المفوضة قبل الدخول وقبل ان
يفرض لها فريضة بحال الزوج في الغنى والافتقار كما نبه عليه تع بقوله ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وروى الحلبي عن ابي عبد الله ع
اذا كان الرجل موسعا عليه متع امرأته بالعبد والامة والمعسر يمتع بالحنطة والزبيب والثوب والدراهم الحديث وعن ابي بصير قال قلت لابي جعفر ع
والمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ما ادنى ذلك المتاع اذا كان الرجل معسرا لا يجد قال الخمار وشبهه وقد استفيد من الاية والرواية
انقسام حال الرجل الى الغنى والاعسار والاصحاب قسموها الى ثلثة نظرا الى الواقع عرفا وعينوا لكل مرتبة اشياء على مقتضى العرف ومناسبة
مدلول الاخبار وهي غير منافية للقسمين لان مرجع الثلثة اليهما والمراد بالدابة الفرس وهي مرتبة من تمتع الغني بالعبد والامة ويلحق بها
البغل والبعير لمقاربتها في القيمة لان الحكم في ذلك التقريب العرفي لا التحديد ويعتبر في الخاتم ما يسماه من ذهب او فضة ويعتبر في الاحوال الثلثة
العرف بحسب حال البلد والوقت والشخص قوله ولا تستحق المتعة الا المطلقة الخ في اختصاصها بذلك ثبوت الحكم لها بقوله تع ولا جناح عليكم ان طلقتم
النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن مع اصالة البراءة في غير ما دلت عليه الاية لان الظاهر من نفي الجناح عدم لزوم المهر او بعضه
بالطلاق على هذه الحالة وهي طلاق المفوضة قبل المسيس وفرض مهرها والا فالجناح منفي عن الطلاق مطلقا ثم امر بالمتعة والامر للوجوب
وروى الحلبي عن ابي عبد الله ع في رجل طلق امرأته قبل ان يدخل بها قال عليه نصف المهر ان كان قد فرض لها شيئا وان لم يكن فرض فليمتعها على
نحو ما يمتع مثلها من النساء الحديث ولا يجب المتعة لغير المذكورة فلو حصلت البينونة بينهما بفسخ او موت او لعان او غير ذلك من قبله او قبلها

او منهما فلا مهر ولا متعة للاصل وقوى الشيخ في ط ثبوتها بما يقع من قبله من طلاق او فسخ او من قبلهما دون ما كان من قبلها خاصة وقوى في لف وجوبها
في الجميع والاقوى اختصاصها بالطلاق عملا بمقتضى الاية ورجوعا في غيره الى الاصل ومجرد المشابهة قياس لا نقول به وهذا هو الذي اختاره المص
والاكثر ومنهم الشيخ في ف نعم يستحب المتعة لكل مطلقة وان لم تكن مفوضة ولو قيل بوجوبها امكن عملا بعموم الاية فان قوله تع ومتعوهن يعود الى
النساء المطلقات وتقييدهن باحد الامرين لا يمنع عود الضمير الى المجموع ولقوله بعد ذلك متاعا بالمعروف حقا على المحسنين مع قوله
وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين والمذهب الاستحباب ويؤيده رواية حفص بن البختري عن ابي عبد الله ع في الرجل يطلق امرأته
ايمتعها قال نعم اما يحب ان يكون من المحسنين اما يحب ان يكون من المتقين وهو يشعر بالاستحباب وكذا الاحسان يشعر به مع انها لا تنافي
الوجوب وروى الحلبي في الصحيح قال سئلته عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال لها مثل مهور نسائها ويمتعها وهي
صريحة في مجامعة المتعة للمهر والخبر معناه الامر الا ان الرواية مقطوعة وربما وجدت متصلة بابي عبد الله ع وسيأتي الخلاف في ثبوتها لو مات
الحاكم قبل الحكم بالمهر في مفوضة المهر ولا فرق في ثبوت المتعة بين كون الزوج حرا وعبدا والزوجة حرة وامة قوله لو تراضيا بعد العقد فقد
عرفت ان المفوضة لا تستحق المهر بنفس العقد ولكنها ملكت ان تملك فلها المطالبة بفرضه وتعيينه قبل الدخول ليعرف ما تستحق بالوطي او الموت
وما تتشطر بالطلاق قبله او الفسخ ثم ان اتفقت هي والزوج على قدر معين صح ولم يكن لها غيره لان الحق لهما ولا فرق بين كونه بقدر مهر المثل واقل
منه واكثر ولا بين علمهما بمقدار مهر المثل وجهلهما والتفريق كما لا يشترط علمهما به لو عيناه في العقد وليس لاحدهما بعد اتفاقهما على الفرض الرجوع
فيه مط وان اختلفا بان فرض لها الزوج اقل ولم ترض به فان كان مفروضه بقدر مهر السنة فصاعدا ففي لزومه في طرفها وجهان من انه
لو فوض اليها التقدير لما كان لها الزيادة عليه وكذا للحاكم كما سيأتي ومن ان البضع يقتضي مهر المثل والخروج عنه في بعض الموارد على خلاف الاصل
فيقتصر عليه وكون ذلك للحاكم م وان كان اقل منه لم يقع بغير رضاها اتفاقا فان ترافعا الى الحاكم فرض لها مهر المثل من غير زيادة ولا نقصان
ما لم يتجاوز السنة فيرد اليها ان اعتبرنا ذلك في مهر المثل والا لم يتقيد بذلك وهو الاقوى وقد تقدم ويشترط في صحة فرضه معرفته
بمقدار مهر مثلها والا لم يصح فرضه لان ذلك بمنزلة تقويم المتلفات فيعتبر فيه معرفة القيمة وتقدير النفقات حيث ينتهي اليه وقيل لا
يصح فرض الحاكم مط لان الغرض من اثبات المهر في ذمة الزوج وذلك منوط بتراضي الزوجين ولا مدخل لغيرهما فيه ويضعف بان ذلك تعيين
له لا احداث بل سببه حاصل بينهما بالعقد وانما الحاكم يقطع الخصومة بذلك بينهما ويرفع المنازعة كما يقدر النفقة الواجبة بالعقد او مع
التمكين المستند الى الزوجين قوله لو تزوج المملوكة الخ المراد انه اشتراها قبل الدخول اذ لو دخل وجب المهر قبل الشراء للبايع سواء كانت مفوضة
ام وامّا اذا اشتراها قبله فلا مهر لها عليه ان كان مسمى بالعقد لان المهر لو ثبت لكان له كما سبق ولا متعة على تقدير كونها مفوضة لما ذكرناه
ولان المتعة مختصة بالطلاق قوله يتحقق التفويض الخ لا كلام في صحة التفويض من غير المولى عليها لان الحق في ذلك لها وامر النكاح اليها فلها
الخيرة فيما شائت من وجوه الصحيح شرعا والتفويض منها وكذا مع تعيين المهر بدون مهر المثل واما المولى عليها لصغر او سفه او بكارة على القول
به فهل للولي ان يزوجها مفوضة او بدون مهر المثل قولان نسبق الكلام في الثاني منهما وان الاقوى جوازه مع المصلحة وقد حكى المص فيهما هنا
قولان احدهما صحة العقد ويثبت لها مهر المثل بنفس العقد ولا يتوقف على الدخول كالمفوضة ونسب هذا القول الى الشيخ في ط ووجهه ان تصرف
الولي منوط بمهر المثل وثمن المثل لان النكاح ملحق بالمعاوضات فيجب مراعاة عوض البضع فاذا فرض دونه وقع فاسدا ويجب مهر المثل كما
لو فسد المهر بغيره وقد تقدم له نظائر وكذا مع التفويض لاشتماله على المعاوضة على البضع بدون مهر المثل على تقدير عدم الدخول وهو ممتنع
ولو لم يجب مهر المثل بالعقد لكان تفويضا صحيحا والمفروض عدمه والذي وجدناه في ط في موضعين الصحة ولزوم مهر المثل بالدخول فانه
الموضعين قوله فيه فاما من يجبر على النكاح لصغر او بكارة فلا تكون مفوضة البضع ومتى عقد وليها مفوضة لم تكن مفوضة ووجب مهر المثل بالعقد
عند قوم وعندنا بالدخول وقال في الموضع الثاني من يجبر على النكاح من الصغيرة والبكر الكبيرة يجبرها ابوها او جدها على النكاح فمتى زوجها
مفوضة البضع كان الحكم فيه كالحكم فيمن لا يجبر سواء وقال قوم لها مهر المثل لا غير ثم قال بعد ذلك فاذا ثبت هذا فان اجبرها فزوجها مفوضة
لم يجب عليه ضمان المهر لانه قد وجب بالعقد وهذا الكلام الاخير ربما اوهم ما نقلوه عنه الا انه بانضمامه بالاول ومنافاته لظاهره يمكن حمله
على وجود سبب وجوبه بالعقد لا على وجوبه حقيقة لانه ذكر في غير موضع ان المفوضة ملكت بالعقد ان تملك المهر وقال كل موضع حكمنا بانها
مفوضة لم يجب لها بالعقد مهر ولا المطالبة بالمهر لان المهر ما وجب لها لكن لها المطالبة بفرض المهر والمهر يجب لها بالفرض او بالدخول وكذا صرح في
باب الاولياء بصحة تزويج الولي بدون مهر المثل محتجا بان له العفو عن الصداق فله ان يعفو عن بعضه وهذا كله موافق لما اختاره المص من جواز
تفويض الولي بضع المولى عليها وزاد المص التقييد برعاية المصلحة وهو حسن اذا تقرر ذلك فنقول اذا طلقها قبل الدخول في صورة التفويض
بني على القولين فان جعلنا الواجب مهر المثل بالعقد كما نقله الشيخ عن بعضهم وجب لها نصف مهر المثل لان الواجب بالعقد ينتصف بالطلاق و
على القول بصحة التفويض يجب المتعة كما في كل مفوضة واما على تقدير تزويجها بدون مهر المثل فان جوزناه بالمصلحة فلها مع الطلاق قبل الدخول
نصف المسمى وان اوقفناه على رضاها بعد الكمال كما هو المشهور فان طلقها قبل الكمال فلها نصف المسمى وان طلقها بعده رجع في الواجب
رضاها او فسخه فيرجع الى مهر المثل وان جعلنا الواجب مهر المثل بالعقد الحاقا لهذه التسمية بالفاسدة حيث وقعت بغير عوض المثل وجب
بالطلاق نصف مهر المثل قوله ويجوز ان يزوج المولى الخ هذا كالمستثنى من الحكم السابق في تزويج المولى عليها مفوضة حيث وقع فيها الخلاف

بخلاف هذه فان جواز تفويض بضع الامة اتفاقي وان شاركت في الولاية عليها والفرق ما اشار اليه المص من ان المفوض هناك الحق المولى عليه حيث عاوض
على البضع بدون عوض مثله وهناك الحق للسيد لاختصاصه بالمهر وهو الذي اختار ذلك فكان لازما اذا تقرر ذلك فان بقيت على ملكه الى ان دخل
بها الزوج استقر ملكه على مهر المثل وان اتفق على فرضه هو والزوج قبل الدخول صح لانه يملك بالعقد ما يملكه المفوضة ولحق المفروض حكم المسمى
في العقد قوله اذا زوجها مولاها آه هذا كالتتمة للمسئلة السابقة فانها دلت على جواز تفويض المولى بضع امته ثم ان بقيت على ملكه فالحكم واضح
وان خرجت عن ملكه فاما ان تخرج بالانتقال الى ملك اخر كالمشتري وشبهه او بملك نفسها كالمعتقة فان كان الاول فقد تقدم ان المنتقل اليه يتخير
في اجازة العقد وفسخه فان فسخ بطل العقد وتبعه المهر وان اجازه كان فرض المهر اليه والى الزوج وان اعتقت فتقديره اليها والبه فان قدراه قبل
الدخول استقر به وملكته بالتقدير وان بقيت مفوضة الى ان دخل فلها مهر المثل او للمشتري في هذا بخلاف ما لو اعتقت بعد تزويجها وتعيين المهر في
العقد فانه يكون للمولى كاملا والفرق ان المهر مع التعيين يملك بالعقد والمالك لها الان هو السيد بخلاف المفوضة فانه ملك المهر يتوقف على
الفرض او الدخول كاملا فقبله لا مهر وقد حصل الانتقال عن ملكه قبل تحققه فيكون لها الحر وثة على ملكها واما المشتري فانه يملكه مع الاجازة على التقدير
وقد سبق ما يفيد الوجه في ذلك قوله واما الثاني آه هذا هو القسم الثاني من قسمي التفويض وهو ان يذكر المهر في العقد اجمالا ويفوض تقديره فيه الى
احد الزوجين وعليه اقتصر المص او اليهما معا ولا اشكال في جواز ما ذكر والحق بعضهم جعله لاجنبي عنهما لانه وان لم يكن منصوصا بخصوصه الا انه في معنى
التوكيل وقد تراضيا عليه ولعموم قوله المؤمنون عند شروطهم ووجه المنع ان المهر حق يتعلق بالزوجين فلا يتعدى الى غيرهما بغير اذن شرعي وهذا
اجود اذا تقرر ذلك فعلى تقدير تفويضه الى الزوج فتقديره اليه في جانب القلة والكثرة اما في الكثرة فظاهر لانه حكم به على نفسه واما في جانب
القلة فلا يتقيد الا بما يجوز جعله مهرا وعلى تقدير تفويضه اليها لا يتقيد في جانب القلة كما مر لانه حقها فلها الاقتصار على القليل ويتقيد في
جانب الكثرة بمهر السنة عند جميع الاصحاب ومستند ذلك اخبارهم كرواية زرارة عن الباقر في رجل تزوج امراة على حكمها قال لا يجوز بحكمها
مهر نساء آل محمد اثنا عشر اوقية ونش وهو وزن خمسمائة درهم من الفضة قلت ارايت ان تزوجها على حكمه ورضيت قال ما حكم به من شيء فهو جائز
لها قليلا كان او كثيرا قال قلت كيف لم تجز حكمها عليه واجزت حكمه عليها قال فقال لانه حكمها فلم يكن لها ان تجاوز ما سن رسول الله صلى الله عليه وآله
وتزوج عليه نساءه فرددتها الى السنة ولانها هي حكمته وجعلت الامر في المهر اليه ورضيت بحكمه في ذلك فعليها ان تقبل حكمه قليلا كان او كثيرا
وفي الحقيقة الفرق الواقع في الرواية نفس الدعوى والسؤال قائم في جواز نقصانه عن مهر السنة وعدم جواز زيادتها مع ان ابا بصير روى ايضا عن ابي
عبد الله ع وسئل عن الرجل يفوض اليه صداق امرأته فنقص عن صداق نسائها قال يلحق بمهر نسائها والشيخ جمع بين الروايتين بحمل هذه على
ما اذا فوض اليه الصداق على ان يجعله مثل مهر نسائها فنقص عنه فانه يلحق به والاولى على ما اذا فوض اليه الامر مطلقا والظاهر ان الحكم المذكور موضع وفاق
والا فالرواية لا تخلو من ضعف وعلى تقدير تفويضه الى الزوجين معا يتوقف على اتفاقهما معا عليه كاتفاقهما على فرضه في القسم الاول فان اختلفا
قال الشيخ فقط وقف حتى يصطلحا وتبعه العلامة ولم يذكروا الرجوع هنا الى الحاكم ولو قيل به كان حسنا لوجود المقتضي فيهما مع اشتراكهما في عدم
النص على المخصوص ولم يذكروا حكم ما لو فوض الى اجنبي على القول بصحته ولا نص يقتضيه وينبغي له وللحاكم الاقتصار على مهر المثل لانه عوض البضع
ولان الحاكم اذا كان غير الزوج اشبه المهر فناسب ان لا يزيد عليه ويؤيد عدم المناسبة الروايات السابقة وهي موافقة الحكمة ولم يوافقنا احد
من العامة على هذا القسم بل جعلوه كالمهر الفاسد واوجبوا مهر المثل قوله ولو طلقها قبل الدخول آه اذا طلق مفوضة المهر لم يبطل الحكم سواء كان
قبل الدخول ام بعده لكن ان كان الطلاق قبل الدخول لزم من اليه الحكم به ويثبت لها نصفه وحيث كان حكمها لا يتجاوز مهر السنة في حال الزوجية
فبعدها اولى وهذا بخلاف المطلقة في القسم الاول ووجه خروجها عنها مع شمول الاية لها من حيث لم تفرضوا والطلاق قبل المسيس والفرض
المقتضي للمتعة صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع في رجل تزوج امراة على حكمها او على حكمه الى ان قال فان طلقها وقد تزوجها على حكمها لم يجاوز
بحكمها على خمسمائة درهم فضة مهور نساء رسول الله صلى الله عليه وآله والرواية وان اختصت بما لو كان الحاكم الزوجة في حال الطلاق الا انه لا قائل بالفرق
واعلم ان ظاهر النص والفتوى انها لو تجاوزت مهر السنة ابطل الفرض ويبطل الزائد من غير ان يتوقف على فرض اخر ويؤيده ان فرض المجموع يقتضي
فرض بعضه فيقتصر من ابطاله على ما دل عليه الدليل ويبقى الباقي ويحتمل الغاء اللفظ لمخالفته المشروع ويتوقف الفرض على حكم اخر وتظهر
الفائدة فيما لو ماتت قبله قوله ولو مات الحاكم آه اذا مات الحاكم في مفوضة المهر قبل الحكم فاكثر الاصحاب ومنهم الشيخ في نهايته واتباعه والعلامة في
اكثر كتبه وولده في الشرح والشهيد في شرح الارشاد على ان لها المتعة لصحيحة محمد بن مسلم السابقة عن الباقر ع في رجل تزوج امراة على حكمها او على حكمه
فمات او ماتت قبل دخوله بها لها المتعة والميراث ولا مهر لها الاتي لا صراحة في الرواية على المدعى لان الميت يحتمل كونه الحاكم وكونه المحكوم عليه
ومع قيام الاحتمال يسقط الاستدلال لان المطلوب موت الحاكم لا ان نقول لفظها وان احتمل ذلك بمجرده الا ان فيها ما ينفي كون الميت المحكوم
عليه لانه ذكر فيها ان المحكوم عليه لو مات قبل الحكم لا يبطل الحكم ويحكم الحاكم بعد ذلك ويثبت ما يحكم به واذا كان الطلاق لا يسقط الحق
مع بقاء الحاكم فلان لا يسقط مع موت احدهما مع بقائه اولى ووجه الاولوية بقاء حكم الزوجية بالموت دون الطلاق ولا يضرها اختلاف
الحق حيث انه هنا المتعة وهناك المهر المحكوم به لاشتراكهما في اصل الاستحقاق وان فرق النص بينهما في المقدار وايضا فموت المحكوم عليه
خارج بالاجماع على انه لا اثر له في وجوب المتعة فيبقى الاخر وايضا فان حضور المحكوم عليه غير شرط في صحة الحكم وحيث شرط تقدير المهر للحاكم
ولزم في الابتداء استصحب الى ان يثبت المزيل فما دام الحاكم حيا لا يثبت المزيل فاذا مات تعذر الحكم فناسب وجود المتعة حيث انها لم يتفق

على عدم المهر هنا فلا يجوز خلو البضع عن عوض وهو اما مهر المثل او المتعة فاذا اثبت الثانية بالنص انتفى الاخر بخلاف مفوضة البضع لعدمهما
على عدم المهر بدون الدخول او الفرض فاذا ماتت احدهما فلا شيء وذهب العلامة في عد الى ثبوت مهر المثل هنا ووجهه ان المهر مذكور في العقد غاية
انه لم يتعين فاذا تعذر تعيينه بموت الحاكم وجب الرجوع الى مهر المثل لانه عوض البضع حيث لا يتعين سواه ويضعف بان مهر المثل انما يكون
عوضا للبضع مع استيفائه بالوطء اما مع تجرده عنه فلا ومجرد العقد لا يقتضيه شرعا وليس هذا كشرط المهر الفاسد او المبهم حيث وجب مهر
المثل للاتفاق على كونه شرطا صحيحا غايته كون تعيين المهر موقوفا على بيان الحاكم فاذا فات المبين لا يلزم الانتقال الى مهر المثل وايضا فقد بينا
ان مهر المثل انما يلزم على تقدير قيام المهر بالدخول لا بالعقد وهو منتف هنا وذهب ابن ادريس الى عدم ثبوت شيء مع موت الحاكم قبله ولا يتجه
فيه موت المحكوم عليه فيحكم الحاكم بعده ويلزمه ان كان هو الزوج ويرث ما يحكم به هو وورثتها الا انه فرض كل قسم في صورة مخصوصة بعرض عليه
ثبوت شيء مع موتها وكونها الحاكمة وبقاء الحكم مع موتها وكون الزوج هو الحاكم فالزمه في لعل خرق الاجماع حيث نسب اليه الفرق بين كون الميت
الرجل او المرأة وهو غير لازم له لانه لم يفرق بينهما من حيث كون الميت حاكما او محكوما عليه وانما لم يستوف الاقسام كما ذكرناه وما ذكره مذهب
الشيخ في ف وظاهر ابن الجنيد وحجته ان مهر المثل لا يجب الا بالدخول والمتعة لا تجب الا بالطلاق كما تقتضيه الاية والاصل براءة الذمة من شيء اخر
في غير ذلك والحاق الموت بالطلاق قياس وجوابه انا لم نلحقه بالطلاق قياسا بل بالرواية الصحيحة نعم هو لا يعتبر خبر الواحد فلا تقيد الرواية
عنده لكنها عند غيره كافية في الدلالة والعلامة في الارشاد اقتصر على نقل القول بالمتعة وعدم وجوب شيء من غير ترجيح وفي التحرير اقتصر على
المتعة ناسبا لها الى الرواية مؤذنا بالتردد وكذلك المص نسب الحكم بها الى الرواية ووجه التردد النظر الى صحتها والالتفات الى ان المتعة مخصوصة
بالطلاق واعلم ان القول بوجوب مهر المثل لا نعلمه لغير العلامة في عد ولكنه في لف نسب الى ابن الجنيد انه جعل في المسئلة قولين احدهما مهر المثل والاخر عدم
المهر واختار الثاني وكذلك نقل عنه الشهيد في الشرح وزاد انه غير دال على سقوط المتعة لصدق نفي المهر وثبوت المتعة وفي هذا النقل نظر لان
الشيخ انما ذكر هذه العبارة والخلاف المذكور في مفوضة البضع واما مفوضة المهر فلم يذكر حكم موت الحاكم فيها اصلا وعذره واضح لانه تبع
فيه لفروع المخالفين وغير ملتفت الى فروع اصحابنا كما ذكره في غير موضع منه وهم لا يرون لمفوضة المهر هذه الاحكام بل يجعلونها كفارضة
المهر المجهول فيوجبون لها مهر المثل واختلفوا في ثبوته بالدخول او بالعقد وفرعوا عليه ما لو طلقها قبل الدخول فمنهم من اوجب نصف مهر المثل
ومنهم من اوجب المتعة عملا بعموم الاية وفي ط اقتصر على نقل ذلك ثم قال والذي يقتضيه اخبارنا انه اذا علق بمشية الرجل فمهما حكم به وجب
وان علق بها لم يتجاوز مهر السنة وان علق بهما وقف حتى يصطلحا فهذا جملة ما ذكره في مفوضة المهر ومع ذلك فنقله للقولين المذكورين في
المسئلة الاولى عن المخالفين لا عن اصحابنا لما نعلم من عادته في هذا الكتاب فظهر ان القول في هذه المسئلة بمهر المثل لا يعرف الا للعلامة في عد
قوله اذا دخل الزوج آه اراد بالرواية الجنس والا فهي روايات كثيرة معتبرة الاسناد متضمنة ان الدخول يهدم العاجل ويوجب براءة من المهر سوا
كانت قد قبضت منه شيئا ام لا ومنها صحيحة الفضيل عن ابي جعفر ع في رجل تزوج امراة فدخل بها واولدها ثم مات عنها فادعت شيئا من صداقها
على ورثة زوجها فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث قال فقال اما الميراث فلها ان تطلبه واما الصداق فان الذي اخذت من الزوج قبل ان يدخل
عليها فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلا كان او كثيرا اذا هي قبضته منه وقبلته ودخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج
قال سئلت ابا عبد الله ع عن الرجل والمرأة يهلكان جميعا فتاتي ورثة المرأة فيدعون على ورثة الرجل الصداق فقال وقد هلكا وقسم
الميراث فقلت نعم قال ليس لهم شيء قلت فان كانت المرأة حية فجاءت بعد موت زوجها تدعي صداقها فقال لا شيء لها وقد اقامت معه مدة حتى
هلك زوجها الى ان قال قلت من حد ذلك الذي اذا طلبته لم يكن لها قال اذا اهديت اليه ودخلت بيته وطالبت بعد ذلك فلا شيء
لها لانه كثير لها ان تستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل ولا كثير وموثقة عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله ع في الرجل يدخل بالمرأة ثم
تدعي عليه مهرها فقال اذا دخل بها فقد هدم العاجل ورواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع في الرجل يتزوج المرأة ويدخل بها ثم تدعي عليه مهرها
قال اذا دخل عليها فقد هدم العاجل وفي معناها غيرها وعمل بمضمون هذه الاخبار بعض الاصحاب لكنها بعيدة عن اصول المذهب بل الاجماع الا
معارضة لما دل على ثبوت المهر في ذمة الزوج على كل حال من الكتاب والسنة كقوله تعالى واتوا النساء صدقاتهن نحلة الشامل بعمومه لموضع النزاع
وروى محمد بن ابي نصر البزنطي في الحسن قال قلت لابي الحسن ع الرجل يتزوج المرأة على الصداق المعلوم فيدخل بها قبل ان يعطيها فقال يقدم اليها ما
قل او كثر الا ان يكون له وفاء من عرض ان حدث به حدث ادى عنه فلا باس وروى الفضيل بن يسار في الصحيح عن ابي عبد الله ع في الرجل تزوج المرأة
ولا يحل في نفسه ان يعطيها مهرها فهو زنا وغير ذلك من الاخبار الكثيرة والشيخ حمل الاخبار السابقة على دعوى الزوجة المهر بغير بينة فانها لا
تسمع واستشهد عليه برواية الحسن بن زياد عن الصادق ع قال اذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر وقال قد اعطيتك فعليها البينة وعليه اليمين قال
الشيخ ولو كان الامر على ما ذهب اليه بعض اصحابنا من انه اذا دخل بها هدم الصداق لم يكن لقولهم عليها البينة وعليه اليمين معنى لان الدخول قد اسقط
الحق فلا وجه لاقامة البينة ولا اليمين وفي هذا الحمل نظر لان الخصم يستند الى تلك الاخبار وهي صريحة في اسقاط الدخول المهر ولا يضره هذا
الخبر لانها اصح منه سندا واكثر مع ان في هذا الخبر مع تسليم سنده اشكالا من حيث ان المهر اذا تعين في ذمة الزوج فهو المدعي للايفاء وهي المنكرة
فتكون البينة عليه لا عليها نعم لو كان النزاع في التسمية وعدمها مع عدم الدخول امكن توجيه ذلك وسيأتي تحقيقه قوله والدخول الموجب
اتفق الاصحاب على ان الوطء الموجب للغسل يوجب استقرار ملك جميع المهر للمرأة واختلفوا في انه هل يقوم غير الوطء من مقدماته كالخلوة مقامه في ذلك

الاقوال منشأها اختلاف الاخبار ايضا فذهب الاكثر الى عدمه وان الخلوة وما في معناها من المقدمات لا تكفي في ايجاب المهر وذهب جماعة من المتقدمين الى ان الخلوة توجب المهر ظاهرا حيث لا يثبت شرعا عدم الدخول واما باطنا فلا يستقر المهر جميعه الا بالدخول واطلق بعضهم كالصدوق وجوبه بمجرد الخلوة واضاف ابن الجنيد الى الجماع انزال الماء بغير ايلاج ولمس العورة والنظر اليها والقبلة متلذذا بذلك والمعتمد الاول لنا قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم والمراد من المس هنا الجماع للاجماع على ان مطلق المس غير موجب للجميع فيتعين ارادة مطلق المس وهو منحصر في الامرين اجماعا ويؤيده روايات كثيرة كرواية محمد بن مسلم قال سألت ابا جعفر ع متى يجب المهر قال اذا دخل بها ورواية يونس بن يعقوب عن ابي عبد الله ع قال سمعته يقول لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج ورواية حفص بن البختري عنه ع في رجل دخل بامرأة قال اذا التقى الختانان وجب المهر والعدة ورواية محمد بن مسلم عنه ع قال سألته عن الرجل والمرأة متى يجب عليهما الغسل قال اذا ادخله وجب الغسل والمهر والرجم ورواية زرارة في الصحيح قال سألت ابا جعفر ع عن رجل تزوج جارية لم تدرك لا يجامع مثلها او تزوج رتقاء فادخلت عليه فطلقها ساعة ادخلت عليه قال هاتان ينظر اليهن من يوثق به من النساء فان كن كما دخلن عليه فان لها نصف الصداق الذي فرض لها ولا عدة عليهن منه ويؤيده الروايات الواردة في العنين وانه ينتظر سنة فان واقع فيها والا فسخت نكاحها ولها نصف المهر مع تحقق الخلوة في السنة وغيرها من المقدمات واحتج الفريق الثاني بروايات كثيرة ايضا منها رواية زرارة عن ابي جعفر ع قال اذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فاغلق عليها بابا او ارخى سترا فقد وجب عليه الصداق وخلاؤه بها دخول ورواية اسحق بن عمار عن الصادق عن ابيه ان عليا ع كان يقول من اجاف من الرجال على اهله بابا او ارخى سترا فقد وجب عليه الصداق ورواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال سألته عن المهر متى يجب قال اذا ارخيت الستور واجيف الباب الحديث وفي معناها غيرها والصدوق عبر في المقنع بمضمون رواية ابي بصير عن ابي عبد الله ع قال قلت له الرجل يتزوج المرأة فيرخي عليه وعليها الستر او يغلق الباب ثم يطلقها فتسئل المرأة هل اتاك فتقول ما اتاني ويسئل هو هل اتيتها فيقول ما اتيتها فقال لا يصدقان وذلك لانها تريد ان تدفع العدة عن نفسها ويريد هو ان يدفع المهر ونقل الشيخ عن الثقة الجليل محمد بن ابي عمير انه كان يقول ان الاحاديث قد اختلفت في ذلك والوجه في الجمع بينها ان على الحاكم ان يحكم بالظاهر ويلزم الرجل المهر كله اذا ارخى الستر غير ان المرأة لا يحل لها فيما بينها وبين الله ان تأخذ الا نصف المهر وتبعه على ذلك الشيخ واتباعه والحق انه ليس في الاخبار على كثرتها واختلافها خبر صحيح الا خبر زرارة الذي نبهنا على صحته وهو دال على المذهب الاول الا ان فيه اشكالا لانه حكم في اخره ان موت الزوج يوجب تنصيف المهر كالطلاق وهو خلاف المشهور فينبغي الاعتماد في القول الاول على الاية والاصل واما الحاق ابن الجنيد بالوطء ما ذكره من مقدماته فلم نقف له على شاهد بخصوصه قوله اذا لم يسم لها مهرا

هذا القول هو المشهور بين الاصحاب خصوصا المتقدمين منهم ولاشتهاره وافقهم ابن ادريس عليه مستندا الى الاجماع قال ابن ادريس دليل هذه المسئلة الاجماع المنعقد منهم بغير خلاف وفيه الحجة ولا وجه لذلك الا الاجماع ومستندهم على ذلك الروايات السابقة الدالة على ان الدخول يوجب سقوط المطالبة بالمهر كرواية الفضيل بن يسار الصحيحة عن الباقر ع فان الشيخ حملها على ما اذا لم يكن مهرا معينا وساق اليها شيئا ودخل ولم يفرض فيكون ذلك مهرها قال الشيخ يدل على صحة التأويل قوله ع في رواية الفضيل الذي اخذته قبل ان يدخل بها فهو الذي احل له به فرجها وليس لها بعد ذلك شيء ونسبه المصنف الى القول وهو يعول على التأويل رواية على ان ذلك ليس مدلول الرواية وانما هو مجرد التأويل ولا فرق في مخالفة القواعد الشرعية بين حملها على المعنى السابق من ان الدخول يهدم المهر وبين حملها على جعل ما تقدمه مهرا خاصة سواء رضيت به ام لم ترض لان سكوتها والدخول بها لا يقتضي رضاها به مهرا بل هو اعم منه والعام لا يدل على الخاص والموافق للاصول الشرعية انها ان رضيت به مهرا لم يكن لها غيره والا فلها مع الدخول مهر المثل ويحتسب ما وصل اليها منه اذا لم يكن على وجه التبرع كالهدية ويمكن حمل الرواية على الشق الاول لئلا يخالف غيرها من الادلة واما تعليل المفيد لها بانها لو لم ترض به مهرا ما مكنته من نفسها حتى تستوفي تمامه او توافقه على ذلك ويجعله دينا عليه في ذمته فمتعقب اذ لا يلزم من عدم رضاها عدم تمكينها من نفسها وجاز اعتمادها في ذلك على ما يلزم شرعا بالدخول وهو مهر المثل وفي المختلف حملها على انه قد كان في الزمن الاول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر فلعل منشأ الحكم العادة قال والعادة الان بخلاف ذلك فان فرض ان كانت العادة في بعض الازمان او الاصقاع كالعادة القديمة كان الحكم ما تقدم والا كان القول قولها واما دعوى ابن ادريس الاجماع على ذلك فمبني على جعل المشهور او ما لا يظهر فيه المخالف اجماعا وحجيته على ذلك الوجه ممنوع خصوصا على قواعد ابن ادريس قوله اذا طلق قبل الدخول الى قوله ما وقع عليه العقد

اذا طلق الزوج قبل الدخول وكان قد سمى مهرا رجع عليه بنصف المهر واستقر ملكها عليه على ما سيأتي من الخلاف في انه هل يخرج جميعه عن ملكه ثم يعود اليه النصف ام لا يخرج سوى النصف فان ملكه للنصف متحقق على القولين ثم لا يخلو اما ان يكون دينا او عينا وعلى الثاني اما ان يكون قد دفعه اليها قبل الطلاق ام لا وعلى التقديرين اما ان يجده باقيا ام تالفا وعلى تقدير وجودها باقية اما ان تكون بحالها او زائدة او ناقصة او هما بان تكون زائدة من وجه وناقصة من وجه اخر وعلى تقدير الزيادة اما ان تكون في العين او الصفة او المتوسط بينهما اولا او لا كزيادة السوق وزيادة العين اما متصلة او منفصلة والنقصان اما في العين او الصفة او في القيمة كنقصان السوق والمصنف قد اشار الى اقسام المسئلة اجمالا ونحن نشير اليها تفصيلا في مباحث الاول ان يكون دينا في ذمته فاذا طلقها قبل الدخول برئ من نصفه ووجب عليه دفع النصف وهو واضح الثاني ان يكون عينا ولم يسلمها فان كانت باقية الى حين الطلاق بغير زيادة ولا نقصان استحق نصفها وصارا شريكين وان زادت فالزيادة لها ان كانت بفعل الله تعالى وشبهها بحيثها وان زادت بفعله

الثانية قبل الدخول اذا لم يسم لها مهرا [illegible] وقدم لها شيئا ثم دخل بها لم يكن لها مهرها ولم يكن لها مطالبته بعد الدخول الا ان [illegible] قبل الدخول على [illegible] وهو ينزل على تأويل رواية واستناد الى قول مشهور الثالثة اذا طلق قبل الدخول كان عليه نصف المهر ولو كان دفعه استعاد نصفه ان كان باقيا او مثله ان كان تالفا ولو لم يكن له مثل فنصف قيمته ولو اختلفت قيمته فالقيمة وقت العقد ودون القبض لزمها اقل الامرين ولو نقصت عينه او صفته مثل عور الدابة او نسيان الصنعة قيل كان له نصف العين ولا يجبر على اخذ نصف العين [illegible] لو نقصت قيمته لتفاوت السعر كان له نصف العين قطعا وكذا لو زادت قيمته لزيادة السوق ولا نظر الى القيمة مع بقاء العين ولو زاد بكبر او سمن كان له نصف قيمته من دون الزيادة ولا تجبر المرأة على دفع العين على الاظهر ويحصل النماء كاللبن والولد كان للزوجة [illegible]

كالصبغ

٥٢٧

كالصبغ الثوب فهو بمنزلة الغاصب في الاصح كما سيأتي لانها تملك المهر جميعه بالعقد فليس له التصرف فيه بغير اذنها كغيره ولم يقع البحث في ذلك هنا لان ذلك خارج عن الفرض وانما يرجع الى تصرف الاجنبي في مال الغير ومحله باب الغصب وان نقصت كان النقص مضمونا عليه وقد تقدم وان تلفت رجعت عليه بقيمة النصف او مثله وقد تقدم ايضا ما يدل عليه الثالث ان يكون قد سلمه وهو موضع البحث هنا فان وجده تالفا رجع بنصف مثله ان كان مثليا وبنصف قيمته ان كان قيميا ثم ان اتفقت قيمته من حين العقد الى حين القبض فلا اشكال وان اختلفت رجع باقل القيم لان قيمته يوم العقد ان كانت هي الاقل فما زاد بعد ذلك حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضمونا عليه فلا يضمنها ما هو في ضمانه وان كانت القيمة يوم القبض اكثر فما زاد بعد العقد لها فلا يضمنها ما هو ملكها وفي حكم التلف ما لو انتقل عن ملكها انتقالا لازما كالعتق والبيع والهبة اللازمة وان عادت العين بعد اخذ العوض ولو كان الانتقال غير لازم لها فالاقوى تخييرها بين الرجوع فيرجع في العين وعدمه فينتقل الى البدل وحكمه لو عاد بعده كالسابق ولو كان الانتقال غير مخرج عن الملك كالرهن والاجارة تخير بين الصبر الى الفك وتعجيل اخذ البدل وحيث يرجع بالقيمة ففي رجوعه بنصف قيمته او قيمة نصفه وجهان اجودهما الثاني لان حقه النصف فاذا فات قدر كان لا منضما الى الجملة اذ لا يلزمها تقويم ملكها معه وربما كانت القيمة للمجموع اكثر من قيمة النصف منفردا واختار المصنف الاكثر الثاني الرابع ان يجد العين ناقصة فان كان نقصان عين كعور الدابة او صفة كنسيان الصنعة ففي كيفية رجوعه اقوال احدها وهو الذي حكاه المصنف ان الزوج يتخير بين الرجوع بنصف القيمة سليما وبين اخذ نصف العين من غير ارش وهو اختيار الشيخ في ط اما اخذ نصف العين فلقوله تعالى فنصف ما فرضتم وهذه المسئلة هي المفروضة وان كانت قد نقصت واما عدم الارش فلحدوث النقص في يدها والعين ملكها فلا يكون مضمونا عليها بخلاف ما لو تعيبت العين في يده فانه ماكها فيكون مضمونا عليه فلها ان ترجع عليه بالارش كاملا واما الرجوع بالقيمة فلتنزيل العين بالتغير منزلة التالفة لانها على هذه الحالة غير ما فرض وحينئذ فيرجع عليها باقل الامرين من نصف قيمته يوم الصداق ويوم القبض كما مر ويشكل بان العين المفروضة ان كانت بهذه الحالة قائمة فاللازم اخذها من غير انتقال الى القيمة وان كانت بهذا التغير غير المفروضة كما اعترف به فلا وجه للرجوع بالعين وايضا فالعين على تقدير تلفها مضمونة على الزوجة كما مر فيكون اجزاؤها وصفاتها كذلك وكما ان ضمان اصل العين بالقيمة فضمان الصفة والجزء بالارش والحق ان العين لا تخرج عن حقيقتها بالعيب فيرجع بنصفها وبنصف الارش وهذا هو القول الثاني في المسئلة وبما قررناه يظهر وجه تردد المصنف وثالثها التفصيل بان النقص ان كان من فعلها او بفعل الله تخير بين اخذ نصفه ناقصا وبين تضمينها نصف قيمته وان كان من قبل اجنبي لم يكن له سبيل على المهر وضمنها نصف القيمة يوم قبض وهو قول ابن البراج وضعفه يظهر مما تقدم وان كان نقصان جزء كما اذا اصدقها عبدين فتلف احدهما في يدها ففيه وجهان اصحهما اخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف وسيأتي البحث فيه وان وجده ناقصا نقصان قيمة مع بقاء العين على حالها رجع بنصف العين من غير شيء اخر قطعا لانها عين ما فرض بغير اشكال الخامس ان يجده زائدا فان كانت الزيادة بمجرد قيمة السوق اخذ نصف العين كما لو نقصت كذلك وان كانت منفصلة كالولد واللبن والكسب فهي للزوجة لانها نماء في ملكها سواء حدثت في يدها او يد الزوج ويختص الرجوع بنصف الاصل وان كانت متصلة سواء كانت الزيادة عينا كالسمن او صفة كتعليم الصنعة والسورة وقصارة الثوب او عينا من وجه وصفة من اخر كصبغ الثوب لم يستقل الزوج بالرجوع الى النصف عين الصداق لان الزيادة ملكها ولا يمكن فصلها ولا تجبر على بذلها مجانا ولا بالعوض لكنها تتخير بين دفع نصف العين المشتمل على الزيادة وبين بذل نصف القيمة مجردة عنها فان سمحت ببذل العين اجبر على القبول لان النفع عائد اليه في اصل حقه في العين على الظاهر الاية وانما منع تعلق حقها بها الذي لا يمكن فصله فاذا سمحت ببذله زال المانع ويحتمل عدم وجوب قبوله العين لما فيه من المنة وفيه ان الصفة تابعة لا تنفرد بالتصرف فلا تعظم فيها المنة على وجه يمنع من قبول الحق ولا يمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع الا في هذا الموضع اما في غيره كما اذا افلس المشتري بالثمن واراد البائع الرجوع في المبيع مع الزيادة المتصلة او اراد الواهب الرجوع في العين مع الزيادة او رد المشتري المبيع بالعيب واراد الرجوع في العوض المشتمل على الزيادة المتصلة فلا منع في الجميع والفرق ان الملك في هذه المسائل يرجع بطريق الفسخ والفسخ اما ان يرفع العقد من اصله او من حينه فعلى الاول يصير الامر كانه لا عقد وحدثت الزيادة على ملك الاول وعلى الثاني فالفسوخ محمولة على العقود وشبيهة بها والزيادة تتبع الاصل في العقود فكذا في الفسوخ وعود الملك في تشطير الطلاق ليس على سبيل الفسخ بل ملك مبتدأ الا ترى انه لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم اعتق وطلق قبل الدخول يكون الشطر له لا للسيد ولو كان سبيله سبيل المفسوخ لعاد الى الذي خرج عن ملكه وانما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقا قال الله تعالى فنصف ما فرضتم وليست الزيادة الحادثة مما فرض فلا يعود اليه شيء منها وفيه المص بقوله ولا يجبر المرأة على الاظهر على خلاف الشيخ في ط حيث قال بعد ان قوى تخييرها ويقوى في نفسي ان له الرجوع بنصفه مع الزيادة التي لا تتميز لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولا يخفى ضعف هذا الدليل لما ذكرناه من ان الزيادة ليست مما فرض فلا يدخل في مدلول الاية السادس ان يتغير بالزيادة والنقصان معا اما بسبب واحد كما اذا اصدقها عبدا صغيرا فكبر فانه نقصان من جهة نقصان القيمة ومن جهة ان الصغير يصلح للقربة من الحرم وانه ابعد من الغوائل واشد تاثرا بالتاديب والرياضة وزيادة من جهة انه اقوى على الشدائد والاسفار واحفظ لما يستحفظ واما بسببين كما اذا اصدقها عبدا فتعلم سورة ونسي اخرى او تعلم واعور او كان يحفظه فنسيه وسمن واستحق فالامر موقوف هيهنا على تراضيهما فان تراضيا برد النصف فذاك وايهما امتنع لم يجبر الاخر عليه للزيادة على تقدير طلب الزوج والنقيصة على تقدير طلبها وح فيتخير المرأة بين دفع قيمة النصف مجردا عن الزيادة والنقيصة وبين دفع نصف العين مع ارش النقص اما الاول فلان فيه جمعا بين الحقين حيث لم يكن

وصولها الى العين الا باخذ حقها فى الزيادة ولا دفعها اليه الا بالقيمة التى لم يسلم العين معها نصف المفروض واما الثانى فلانها اذا دفعت نصف العين كانت باذلة للزيادة فيجبر على قبولها كما مر وسيجىء اما لو نقص فيجبر عليها والنقصان يجبر بالارش لانه قيمة الفائت كما لو تلف فى ليس لها جبر النقص بالزيادة بدون رضاه لاختلاف الحقين قوله ولو اصدقها اه اذا اصدقها جارية حاملا وحكمنا بدخول الحمل فى الصداق اما بالشرط كمذهب المص وهو المراد هنا او مع الاطلاق كمذهب الشيخ صار امّا مهرًا فاذا طلقها قبل الدخول فان كان قبل ان تضع رجع اليه نصفهما بغير اشكال لان ذلك هو عين نصف ما فرض وان كان بعد الوضع فالامر كذلك على قاعدة المص لانه دخل مع الام مهرا بالشرط فكان كما لو اصدق شيئين فانه يرجع بنصفهما والشروط توزع عليها القيمة ويلحظ بالمالية وهذا هو الذى جزم به المص وعلى قول الشيخ من دخوله تبعا يحمل فى ذلك ايض لان الحمل وان دخل تبعا الا انه يفرد بالملك كما لو اذن مولى الامة فى النكاح دون مولى العبد فانه يكون الولد لمولى الاب على القولين فيرجع الزوج بنصف الام ونصف الولد لانهما معا المهر المفروض فيه خلاف فى عموم فنصف ما فرضتم ويحتمل اختصاص الام به لانه زيادة ظهرت بالانفصال على ملكها فانه قبل الوضع لا يفرد بالتقويم ولا يقابله قسط من الثمن وهذا هو الذى اختاره فخر الدين فى شرحه ويظهر منه جريانه على القولين وفى عد اطلق جعله احتمالا ويتفرع عليه رجوع الزوج بنصف الام خاصة وارش نقصانها بالولادة ان قلنا بضمانها نقصان العين كما هو المختار ثم ان كانت امة وحرمنا التفريق بينها وبين الولد غرم له نصف قيمتها واخذت الام والولد والا فلا قوله ولو اصدقها تعليمها اه وجه الرجوع بنصف الاجرة ولانه صار اجنبيا لا يصلح تعليمها منه ما لو فرض امكان التوصل الى الحق واما فى الثانى فلتعذر رجوعه بعين ما فرض اذ لا يمكن تخليص نصف الصنعة منها فيكون المهر بمنزلة التالف فى يدها فيرجع بنصف الاجرة والحكم فى الموضعين مما لا اشكال فيه قوله ولو كان تعليم سورة اه اذا كان الصداق تعليم سورة وطلقها قبل الدخول فان كان قد علمها رجع عليها بنصف الاجرة كالصنعة وان لم يكن علمها فليس الحكم فيها كالصنعة لان تعليم نصف السورة امر ممكن فى نفسه لكن الزوج صار اجنبيا منها فان حرمنا على الاجنبى سماع صوت المراة مطلقا او جوزناه ولكن خيف الفتنة او لم يمكن ذلك الا بالخلوة المحرمة رجعت عليه بنصف الاجرة كالصنعة لتعذر الرجوع الى نصف المفروض بمانع شرعى فيكون كالمانع العقلى وان امكن ذلك بدون محظور وقيل جاز تعليمها النصف من وراء حجاب لانه موضع ضرورة كمعاملة الاجنبية ولانه تعليم واجب ولان مطلق سماع صوتها ليس بمحرم وهذا هو الوجه وهو خيرة ط وقيل يرجع عليه بنصف الاجرة مطلقا لما ذكر من الموانع ولان النصف يعسر الوقوف عليه لاختلاف الايات فى سهولة التعلم وصعوبته وعلى الاول تعلم السورة بالحروف لا بالايات ولو كان الطلاق بعد الدخول وقبل التعليم فالكلام فى وجوب تعليم جميع السورة كما فى النصف واولى بالصحة لانتفاء المانع الاخير فى النصف قوله لو ابرأته عن الصداق اه هنا مسئلتان احدهما اذا ابرأته من الصداق قبل الدخول ثم طلقها قبل فالمشهور بين الاصحاب وهو الذى قطع به المص انه يرجع عليها بنصف المهر لتصرفها فيه قبل الطلاق تصرفا ناقلا له عن ملكها بوجه لازم فلزمها عوض النصف كما لو نقلته الى ملك غيره او اتلفته وهذا هو المذهب وحكى فى ط وجها بعدم الرجوع وقبله الشيخ فى ط وهو قول لبعض العامة لانها لم تأخذ منه مالا ولا نقلت اليه الصداق ولا اتلفته عليه فلا تضمن اما الاول فظ واما الثانى فلاستحالة ان يستحق الانسان فى ذمة نفسه شيئا فلا يتحقق نقله اليه واما الثالث فلانه لم يصدر منها الا ازالة استحقاقها فى ذمته وهو ليس باتلاف عليه ويشبه عليه ما اذا رجع الشاهدان بدين فى ذمة زيد لعمرو بعد حكم الحاكم عليه وقبل الاستيفاء وكان قد ابرأه المشهود عليه لم يرجع على الشاهدين فلو كان الابراء اتلافا على من فى ذمته عن ماله وجوابه اختيار الامر الثانى ومنع توقف نقله على استحقاقه شيئا فى ذمة نفسه لان الصداق كان مستحقا لها فى ذمته وهو امر ثبوتى فيها غايته انه كلى ومن ثم يضاف الى مالك معين فيقال لها فى ذمته كذا ولا يتحقق الاضافة بدون المضافين فلما ابرأته منه انتقل عن ملكها اليه لكن لما كان متعلقه الذمة لا فرد خاص من المال لم يتحقق استحقاقه شيئا فى ذمته بل سقوط ما كان فيها للمرأة ويمكن على هذا اختيار الثالث ايض لانها باسقاطه من ذمته بعد ان كان ثابتا فيها قد اتلفته عليه بنقلها عن ملكها اذ لا شبهة فى انه كان ملكها ثم خرج عنه فيغرم لها البدل والفرق بين مسئلة رجوع الشاهدين والمتنازع ان حق المهر ثابت حال الابراء فى ذمة الزوج ظاهرا وباطنا فاسقاط الحق بعد ثبوته محقق بخلاف مسئلة الرجوع لانه لا ثبوت فيها فالبراءة مستمرة ولا اثر للابراء وفى الفرق نظر الثانية لو خلعها بمجموع المهر قبل الدخول سواء كان عينا او دينا قال المص يكون حكمه حكم ما لو ابرأته منه قبل الطلاق فيرجع عليها بنصفه مثلا او قيمة لانه ملكه بالخلع فلم يصادف استحقاق النصف بالطلاق وجوده على ملكها فينتقل الى عوض النصف هذا هو الظ من عبارة المص وغيره وعبارة عد صريحة فى ذلك لانه شرك فى الحكم بين ما لو وهبته المهر المعين او ابرأته منه اذا كان دينا او خلعها به اجمع وحكم بالرجوع بنصف القيمة ولا يخ الحكم هنا من اشكال للفرق بين الهبة والابراء له قبل الطلاق وبين الخلع لانتقال الملك فيهما قبله فلم يصادف الطلاق الموجب لعود النصف اليه ملكا فانتقل الى العوض واما الخلع فانتقال ملك المهر به الى الزوج لا يحصل بمجرد البذل من المراة بل به وبالخلع لانها جعلته عوضا عن البينونة فلا يملك الا بتمام السبب وهو الطلاق وبه يحصل ايضا استحقاقه للنصف فيتم السببان فى حالة واحدة وان تقدم جزء السبب فى ملك عوض الخلع فلا يتم ما قالوه من سبق ملكه له على استحقاقه النصف بالطلاق فضلا عن سبقه عليه كالطلاق كالهبة ويمكن ترجيح جانب الخلع لسبق سببه وهو البذل وان توقف تمام الملك على الطلاق ويكون كما لو وهبته ولم يقبضه او دبرته فقد قيل بسقوط حقه من العين بذلك وان كان تمام الملك فى الهبة يتوقف على القبض والعتق فى التدبير على الوفاة والجواب ان هذا لا يحسم مادة الاشكال والحكم فى الامرين مم والوجه واحد وهو عدم انتقالها عن ملكها بذلك فلا مانع من اخذه العين ويمكن توجيه رجوعه هنا بنصف القيمة بوجه آخر وهو ان يجعل هذا الخلع بمنزلة ما لو خلعها على عين لا يستحق سوى نصفها فان

الخلع يصح مع جهله ويرجع الى قيمة النصف او مثله كما سيأتى وهنا لما كان انتقال مال الخلع لا يحصل الا بالطلاق وبه يتحقق انتقال النصف اليه نزل ذلك منزلة ما لو خلعها على عين مشتركة بينهما ويشكل الحكم مع تسليمه بالحال الا ان الامر هنا اسهل من السابق والاشكال فيه اقل قوله اذا اعطاها عوضا عن المهر المراد برجوعه بنصف المسمى هنا رجوعه بمثله او قيمته لانه بالمعاوضة صار ملكه والعائد اليه بالطلاق نصف ما جعله مهرا لقوله تع فنصف ما فرضتم اى لكم على حد قوله ولكم نصف ما ترك ازواجكم وقد وجد النصف المحكوم بعوده اليه قد انتقل عن ملكها بالمعاوضة الجديدة عليه فيرجع الى مثله او قيمته كما لو انتقل عنها الى غيره ولا فرق فى ذلك بين انتقاله بعوض يساوى قيمته او ينقص او يزيد ولا بين انواع الاعواض لاشتراك الجميع فى المقتضى وهو خروجه بعد التشطر عن ملكها كما لو خرج بغير عوض كالهبة قوله اذا امهرها مدبرة اه اذا دبر مملوكا ذكرا كان ام انثى ثم جعله مهرا ثم طلق قبل الدخول ورجع اليه النصف فهل يبقى التدبير فى النصف العائد اليه فيتحرر بموته ام يبطل من حين جعله مهرا بنى على ان المرأة هل تملك جميع المهر بالعقد وانما يعود الى الزوج النصف بالطلاق ام لا تملك الا النصف بالعقد والنصف الاخر بالدخول فعلى الثانى يتجه عدم البطلان فى النصف لانه لم يوجد هناك عقد ناقل له عن حكم التدبير او غيره لانه لم يخرج عن ملك المولى ويحتمل البطلان لوجود العقد الدال على الرجوع كما لو وهب الموصى به قبل الاقباض واما على القول الاخر والنصف الاخر فلا وجه لبقاء التدبير فيه بناء على انه وصية فيبطل بخروج المدبر من الملك ويكن يقوى خروج النصف الاخر وان لم نقل بخروجه عن ملكه لان ذلك يبطل الوصية كما مر والتدبير كذلك وهذا قول ابن ادريس واختاره المص والمتأخرون والقول بعدم البطلان للشيخ فى نه وتبعه عليه القاضى فى المهذب استنادا الى رواية المعلى بن خنيس قال سئل ابو عبد الله ع وانا حاضر عن رجل تزوج امرأة على جارية له مدبرة وقد عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك فطلقها قبل ان يدخل بها قال فقال ارى للمرأة نصف خدمة المدبرة يكون للمرأة يوم فى الخدمة ويكون لسيدها الذى كان دبرها يوم فى الخدمة قيل له فان ماتت المدبرة قبل المرأة والسيد لمن يكون الميراث قال يكون نصف ما تركته للمرأة والنصف الاخر لسيدها الذى دبرها وهذه الرواية مع ضعف سندها لا تدل على انعتاقها بموت السيد كما ادعاه الشيخ وانما تضمنت صحة جعلها مهرا او عود نصفها الى المولى وكونها مشتركة بينه وبين المرأة وما تركته بينهما كذلك وهذا كله لا كلام فيه نعم يظهر منها رائحة البقاء على التدبير من قوله وقد تقدمت على ذلك وقوله فان ماتت المدبرة وشبه ذلك ومثل هذا لا يكفى فى اثبات الحكم المخالف للاصل وحملها ابن ادريس على ما اذا كان التدبير واجبا بنذر وشبهه فانه لا يصح رجوع المدبر فيه وردّه فى لف ببطلان جعلها مهرا ح وقيد بقاء التدبير بما لو شرط ابقاء التدبير فانه يكون لازما لعموم المؤمنون عند شروطهم ولانه كشرط العتق فى البيع ونحوه ويظهر من قوله فى الرواية قد عرفتها وقدمت على ذلك كونه قد شرط عليها بقاء التدبير فعلى هذا يتم الرواية وفتوى الشيخ لانه عبر فى نه بلفظ الرواية واعلم ان تعبير المص بالمدبرة مؤنثة تبع فيه الرواية وكلام الشيخ والحكم فى الذكر والانثى واحد قوله اذا شرط فى العقد ما يخالف اه لا اشكال فى فساد الشرط المخالف للمشروع بذلك وانما الكلام فى صحة العقد بدون الشرط من حيث انهما لم يقصدا الى العقد الا مقيدا بالشرط المذكور وقد سبق غير مرة ان فساد الشرط يوجب فساد العقد عند المص والاكثر ويكن ظاهرهم هنا الاتفاق على صحة العقد لانهم لم ينقلوا فيه خلافا وقال الشيخ فى ط ولا يفسد المهر عندنا وهو ظ فى الاتفاق عليه وصحة المهر انما تكون مع صحة العقد والفرق بين النكاح وغيره من العقود المقتضى فساد الشرط لفسادها ان الشروط فى النكاح يكون جزء من العوض الذى هو المهر فيما يعود الى المرأة كالمذكور هنا فى عدم التزويج والتسرى حتى فساد الشرط على هذا الوجه ان يفسد المهر لا العقد لما عرفت من عدم التلازم بينهما ثم المشهور بينهم ان المهر ايض لا يفسد بناء على وجود المقتضى لصحته والمانع ليس الا الشرط وهو شيء آخر معه وفساد احد الشيئين لا يقتضى فساد الاخر لما علم من التوسع فى حال عقد النكاح والمهر واحتمالهما من الغرر ما لا يحتمله غيرهما والاصل فى الحكم بصحة العقد والمهر مع فساد الشرطين رواية محمد بن قيس عن ابى جعفر ع فى رجل تزوج امرأة وشرط لها ان هو تزوج عليها امرأة او هجرها او اتخذ عليها سرية فهى طالق فقضى فى ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء وفى لها بالشرط وان شاء امسكها واتخذ عليها ونكح عليها وهذا يقتضى شرط عدم التزويج والتسرى وزيادة وهو شرط الطلاق بالفعل المساوى للشرط فى الثانى حيث شرط ان لم يسلم المهر فى الاجل كان العقد باطلا ويدل عليه ايض بخصوصه رواية محمد بن قيس عن ابى جعفر قال قضى امير المؤمنين ع فى رجل تزوج المرأة الى اجل مسمى فان جاء بصداقها الى اجل مسمى فهى امرأته وان لم يجئ بالصداق فليس له عليها سبيل شرطوا بينهم حيث انكحوا فقضى ان بيد الرجل بضع امرأته واحبط شرطهم وفى الروايتين ضعف السند وكون الثانية اخص من الدعوى لاشتمالها على كون العقد الى اجل مسمى الا انه لا قائل بالفرق والمقتضى للصحة وعدمها واحد وفى المسئلة وجه او قول بصحة العقد دون المهر لان الشرط كالعوض المضاف الى الصداق حيث يكون من المرأة او كجزء من العوض والصداق مبذول فى مقابلة الجميع وبفساد الشرط يفوت بعض العوض والمعوض وقيمته مجهولة فلا يعلم قدر الصداق فى الاول ولا نصيب الباقى فى الثانى فيثبت مهر المثل وهو متجه الا ان يزيد المسمى عنه والشرط لها او ينقص والشرط عليها فيجب المسمى لانه فى الاول قد رضى ببذله مع التزام ترك حق فمع انتفاء الترك يكون الرضا به اولى ولانها فى الثانى قد رضيت به مع ترك حق لها فبدونه اولى ومع ذلك فينبغى اختصاص المسمى من مهر المثل واكماله من غيره حيث يقتضيه لاتفاقهما على تعيينه فى العقد قوله ولو شرط ان لا اه ما اختاره المص من جواز العقد والشرط مط مذهب الشيخ فى نه مستند رواية اسحق بن عمار عن الص ع قال قلت له رجل تزوج بجارية عاتق على ان لا يفتضها ثم اذنت له بعد ذلك قال اذا اذنت له فلا بأس وروى سماعة عنه ع قال قلت له رجل جاء الى امرأة فسألها ان تزوجه نفسها فقالت ازوجك نفسى على ان تلتمس منى ما شئت من نظر والتماس

ومثالمعنى ما ينال الرجل من اهله الا انه لا تدخل فرجك فى فرجها فان اخاف المفضيحة فى الحبل ومنها الا ما اشترط وهذه الرواية تدل على جواز اشتراط
عدم الوطى مط وان لم يكن بطريق الاختصاص وبما مقاشاملتان باطلاقهما للعقد الدائم والمنقطع ويؤيد الصحة عموم المؤمنون عند شروطهم والامر
بالوفاء بالعقد وجواز الوطى مع الاذن لانها زوجة فى الجملة وعدم جواز الوطى لكونه شرطها الا لمانع اخر فاذا اذنت فيه جاز والقول الذى حكاه المص من
اختصاص لزوم الشرط بالنكاح المنقطع وبطلان العقد لو كان دائما للشيخ فقط وتبعه عليه جماعة من المتقدمين والمتاخرين منهم العلامة فى لف وابنه
فخر الدين فى الشرح استنادا فى بطلان الشرط الى منافاته لمقتضى العقد وفى بطلان العقد الى عدم الرضا به بدون الشرط ولم يحصل وفى جوازه
فى المتعة الى عدم منافات الشرط لها لان المقصد الاصلى منها التمتع والتلذذ وكسر الشهوة دون التوالد والتناسل المقصودين من الدائم وذلك
لا يتحقق الا بالوطى وعليه نزلوا الروايتين وهذا لا يخ من تحكم كما قاله المص لان النص مطلق والمقاصد فى النكاح مط مختلفة وجاز ان يكون المطلوب
من الدائم ما ادعوه فى المنقطع وبالعكس ولا يعتبر فى صحة العقد تتبع غاياته ولا رعاية مقاصده الغالبة بل يكفى قصد بعضها وهو متحقق فى
المتنازع فيهما ويمكن حمل الروايتين شاهدتين للجواز وان لم يكونا مستندا اذ يكفى فى اثباته ما تقدم من عموم الاية والرواية المستفيضة ولابن
ادريس قول ثالث ببطلان الشرط فيهما وصحة العقد اما الشرط فلما تقدم من منافاته لمقتضى العقد واما العقد فلاصالة صحته وعدم
بطلانه بالشروط الفاسدة كما عرفته مما سبق والاولى انه لا يبطل عند ابن ادريس حيث لا يبطل مطلق العقد ببطلان الشرط وفى المسئلة
قول رابع لابن ادريس فى الدائم مع الحكم بصحتهما فى المنقطع وما وقفت على قائل ببطلانهما فيهما مع كونه متوجها ايضا نظرا الى منافاة الشرط
لمقتضى عقد النكاح مط فانه يقتضى حل الوطى وان حصل التلذذ فى المتعة بدونه الا انه المقصد الاصلى كما ادعوا من ان التوالد والتناسل هو
المقصد الاصلى للدائم ويتبعه العقد لما ذكر ولو اشترطت ترك بعضه مقدمات الوطى ففى الحاقه باشتراط تركه وجهان من مساواته له فى
المقتضى واختصاص الوطى بالنص وفى الاول قوة لضعف المخصص قوله اذا شرط ان لا يخرجها اه القول بلزوم الشرط للشيخ فى يه وتبعه عليه
جماعة ومنهم العلامة فى لف والشهيد فى اللمعة والشرح لصحيحة ابى العباس عن الصادق فى الرجل يتزوج المراة ويشرط لها ان لا يخرجها من بلدها
قال يفى لها بذلك او قال يلزمه ذلك وحملها على الثانى ظ والاول من حيث ان الخبر فيه معناه الامر والاصل فيه الوجوب المقتضى للزوم
ولعموم المؤمنون عند شروطهم ولان ذلك شرط مقصود للعقلاء والاغراض تتعلق بالبلدان والمنازل والاستيطان فى البلدان التى حصل
بها الانس والنشو وملازمة الاهل ورعايتهم مصلحتها وذلك امر مهم فجاز شرطه فى النكاح توصلا الى هذا الغرض المط المشتمل على الحكمة
الواضحة ونسبة المص الحكم الى القول والرواية تؤذن بتوقفه فيه وصرح ابن ادريس ببطلان الشرط مع صحة العقد وتبعه جماعة من المتاخرين
والشيخ فقط وفى منع من اشتراط ان لا يسافر بها وجعلوه من جملة القائلين بالمنع فى المسئلة وليس كك لان السفر امر غير الخروج من البلد
كما لا يخفى والخروج من البلد قد يتحقق من دون السفر وحجة المانع ان الاستمتاع بالزوجة فى جميع الازمنة والامكنة حق للزوج بالاصل
الشرع وكذا السلطنة عليها فاذا شرط ما يخالفه وجب ان يكون باطلا وحمل الرواية على الاستحباب ولا يخفى ان ذلك فى مقابلة النص
غير مسموع ويمنع من كون الاستمتاع فى جميع الامكنة حقا للزوج لان ذلك عين المتنازع وكذلك سلطنته على اخراجها حيث شاء فانه لا يتم الا
مع عدم الشرط ومعه عين المتنازع فلا يؤخذ فى الدليل ولان ذلك ثابت فى كل شرط فانه يمنع مباح الاصل ومع ذلك لا يبعد منافيا للكتاب
والسنة وحمل الرواية على الاستحباب بمجرد ذلك غير جائز اذ لا معارض لها والمعارضات العامة غير كافية فى الحمل اذا تقرر ذلك فهل يلحق
بصحة الشرط هنا هل يتعدى الى شرطها ان لا يخرجها من منزلها او محلتها وجهان من مشاركته للمنصوص فى الحكمة الباعثة على الحكم او لاتحاد
الطريق وعموم الادلة الاخرى ومن عدم النص وبطلان القياس وقطع الشهيد بالحاق ذلك بالبلد وفيه قوة قوله ولو شرط لها
مهراً اه هذه المسئلة متفرعة على السابقة فان منعنا من اشتراط عدم اخراجها من بلدها امتنعنا هنا بطريق اولى وان جوزنا الشرط ثم
احتمل الجواز هنا ايضا وهو الذى اختاره المص فى النافع والشيخ فى يه وجماعة منهم العلامة فى اكثر كتبه عملا بعموم الامر بالوفاء بالشرط
ويدل على التفصيل المذكور بخصوصه حسنة على بن رئاب عن الكاظم قال سئل وانا حاضر عن رجل تزوج امراة على مائة دينار على ان تخرج
معه الى بلاده فان لم تخرج معه فمهرها خمسون دينارا ارايت ان لم تخرج معه الى بلاده قال فقال ان اراد ان يخرج بها الى بلاد الشرك فلا
شرط له عليها فى ذلك ولها مائة دينار التى اصدقها اياها وان اراد ان يخرج بها الى بلاد الاسلام ودار الاسلام فله ما اشترط عليها و
والمسلمون عند شروطهم وليس له ان يخرج بها الى بلاده حتى يؤدى لها صداقها او ترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له والمراد بقوله ان اراد ان
يخرج بها الى بلد الشرك ان بلاده كانت بلاد الشرك ولا يجب عليها اتباعه فى ذلك وان كان داخلا فى الشرط لما فى الاقامة ببلاد الشرك
من الضرر بالمسلم فى دينه المنفى شرعا وبقوله وان اراد ان يخرج بها الى بلاد الاسلام ان بلاده كانت بلاد الاسلام وطلبها الى بلاده لا الى
مطلق بلاد الاسلام بقرينة قوله فله ما اشترط عليها لانه لم يشترط عليها الا الخروج الى بلاده لا الى مطلق بلاد الاسلام وان كان لفظ
الرواية اعم من ذلك وهذه الرواية مع حسن سندها مخالفة للاصل فى مواضع منها عدم تعيين المهر حيث جعله مائة على تقدير وخمسين
على تقدير وذلك يقتضى تجهيله فى الجملة حتى لو شرط ذلك على خلاف الجهة المنصوصة فلا شبهة فى فساد المهر ومنها حكمه بلزوم المائة
على تقدير ارادته منها الخروج الى بلاد الكفر وان لم تخرج وذلك مناف لمقتضى الشرط على تقدير صحته فانه اقتضى كون المهر خمسين مع عدم
خروجها ومنها حكمه بعدم جواز اخراجها الى بلاده مع كونها دار الاسلام الا بعد ان يعطيها مهرها الشامل لما لو كان ذلك قبل الد

وبعده وقد تقدم الحكم بانه مع الدخول لا يجوز لها الامتناع بل ولا يجب عليه اعطاء المهر المعين الا ان تطلبه وقد حكم بعدم جواز خروجه من دون ٥٥١
ان يعطيها مط وهذا يصلح منشأ التردد المص فى الحكم مع عدم تردده فى السابقة والشيخ ابو ... بطلان الشرط المذكور لما ذكرناه وبطلان
المهر لكونه غير معين وصحة العقد لعدم ارتباطه به كما سلف فى نظائره ولعدم القائل ببطلانه وان كان محتملا وعلى هذا فيثبت لها مهر المثل لكونه
مجهولا ابتداء لكن يشكل فيما لو زاد عن المفروض على التقديرين لقدومها على الاقل وكذا مع زيادته على الاقل اذا لم يخرجها من بلدها وكذا يشكل بما
لو نقص عن الاقل على التقديرين لالتزامه بالازيد منه مع الشرط عليه فلزوم الاقل مع عدم لزوم الشرط عليه اولى والقائلون بفساد الشرط قد قصروا
فى البحث عليه واهملوا البحث عن المهر ولو عملنا بالرواية لجودة سندها كان حسنا وسلمنا من هذا الاشكال ويمكن الاعتذار عن المخالفة الاولى بان
التعيين متحقق على التقديرين ومثل هذا الاختلاف مغتفر فى المهر لاحتماله الغرر ما لا يحتمله غيره من عقود المعاوضات ومن ثم اكتفى بمشاهدته من
دون معرفة مقداره بل جعله ظرف خل مثلا مع عدم مشاهدة الخل اصلا كما سبق حيث ظهر خمرا ومثل هذا الاختلاف قد تقدم اغتفاره فى عوض
الاجارة كما لو قال ان خطته كذا فلك كذا او كذا فلك كذا او ان جئت به اليوم فلك كذا مع انها اضيق دائرة منه لكونها معاوضة محضة وعن الثانية
بان العقد وقع على مائة كما دل عليه اول الرواية وشرط نقصانها خمسين ان لم تخرج معه الى بلده حيث يطلبها ويجب عليها الخروج معه ذلك اذا كانت بلده
فى دار الاسلام فاما اذا كانت فى بلاد الشرك واراد اخراجها اليها فالمهر باق على ما انعقد عليه لان ذلك ليس له ولا عليها مطاوعته فهو بمنزلة
ما اذا لم يرد اخراجها فانه يلزمه المائة وبصرح شرط الخمسين منحصر فى حال قائمها به بل هما مع طلبه خروجها الى بلده التى هى دار الاسلام وعن الثالثة
بانه مع طلبه خروجها الى بلاده التى يجب عليها الخروج اليها يتزلزل المهر ويجب المائة الا بعد ان كانت منه لزلزلته فبنى على انه لا يخرجها حتى يعطيها
صداقها وهو المائة لئلا يتوهم عدم لزومها من حيث ترددها ومع ذلك فليس منافيا لما سلف لانه لم يقل ان لها الامتناع من الخروج معه
قبل قبض المهر ولو سلم فوجوب الجمع بين القاعدتين يوجب حمل هذه على ما اذا كان قبل الدخول لما اضطررنا اليه قوله لو طلقها بائنا اه وجه
خروجها عن الزوجية بالطلاق البائن ولا ينافيه جواز تزويجها فى العدة من حيث ان العدة حق للزوج لا حل حرمة مائة فلا مانع من تزويجها
فيها وانما يمنع غيره لحرمة مائة فاذا تزوجها بمهر جديد ثبت المهر فى ذمته كغيره من عقود النكاح فاذا طلقها قبل الدخول بها عاد اليه نصف المهر
عملا بالعموم ونبه به على خلاف بعض العامة حيث اوجب لها جميع المهر تنزيلا للعقد منزلة الرجعة المقتضى لصيرورتها مدخولا بها لوجوده قبل
الطلاق ومن ثم لم يجز تزويج غيره بها وضعفه ظاهر قوله ولو وهبته اه وجه استحقاقه الباقى انه استحق النصف بالطلاق وقد وجده
فياخذه وينحصر هبتها فى نصيبها ولان الله تعالى جعل لها نصف ما فرض وذلك يقتضى استحقاقه فى العين ما لم يحل بها تالفة او يمنع مانع
منها وبما متنفيان هنا فلا وجه للانتقال الى البدل وفى المسئلة وجه بان له نصف الباقى وهو الربع مع ربع بدل الجملة لان الهبة وردت
على مطلق النصف فيشيع ويتنزل هذا النصف منزلة التالف فلم يبق من الذى فرض سوى نصفه فياخذ نصفه كما هو مقتضى الشركة وبدل القائم
كما لو فات الجميع وفيه ما مر فان الانتقال الى البدل مشروط بتعذر العين وهو منتف ووجه ثالث بتخييره بين اخذ نصف بدل الجملة وترك الباقى
وبين اخذ نصف الباقى وهو الربع مع ربع بدل الجملة لافضاء الثانى الى تبعيض حقه وهو ضرر عليه فيتخير بتخييره هذا اذا كان المهر عينا اما
لو كان دينا فليس الا الوجه الذى ذكره المص واحترز بقوله مشاعا عما لو وهبته نصفا معينا فان له نصف الباقى ونصف بدل ما وهبته وجها واحدا
لان حقه بالطلاق مشاع فى جميع العين وقد ذهب منها جزء معين فينتقل الى بدل ما يستحقه منه بخلاف ما لو كان مشاعا فان حقه فى الاول
مشاع وفى الثانى كك فلا ترجيح ويتجه استحقاقه الجميع كما ذكر ويستفاد من قوله وهبته مع قوله سواء كان المهر عينا او دينا جواز وقوع الابراء بلفظ
الهبة وهو كك وقد تقدم بحثه فى باب الهبة قوله لو تزوجها بعبدين اه الحكم هنا لو وهبته نصفا معينا لان الانتقال عن ملكها والتلف حكمها
واحد فى ذلك ووجه ما ذكره ظ لان حقه بالطلاق نصف ما فرض مشاعا فما وجده من العين باقيا فله نصفه وما ذهب ينتقل الى بدله بناء على انه
مضمون عليها سواء ذهب بالتلف او بنقله عن ملكها اليه او الى غيره ولم يذكر المص هنا ولا غيره وجها باختصاصه فى الموجود مع تساويهما فى القيمة وهو
وجه فى المسئلة السابقة كالمشاع لانه يصدق على الموجود المساوى للتالف قيمة انه نصف ما فرض فلا ينتقل الى البدل مع امكان العين
ولهم وجه بالتخيير كالسابقة والاصح الاول قوله لو شرط الخيار اه المشهور بين الاصحاب بطلان النكاح بشرط الخيار فيه وقطع بذلك الشيخ فى ط
وغيره من المتاخرين محتجين بان النكاح ليس من عقود المعاوضات القابلة لخيار الشرط بل فيه شائبة العبادة فالشرط يخرجه عن وضعه وخالفه
فى ذلك ابن ادريس فحكم بصحة العقد وفساد الشرط ووجهه ما اشار اليه من وجود المقتضى لصحة العقد لاجتماع شرائط الصحة فيه لانه الفرض
وانتفاء المانع اذ ليس الا اشتراط الخيار فيه واذا كان العقد غير قابل للخيار لغى شرطه وعمل بمقتضى العقد لاصالة الصحة وعموم اوفوا با
لعقود كما لو اقترن بغيره من الشروط الفاسدة فان كل واحد من العقد والشرط امر منفك عن الاخر فلا يلزم من بطلان احدهما بطلان الاخر
وبالغ ابن ادريس فى انه لا دليل على البطلان من كتاب ولا سنة ولا اجماع بل الاجماع على الصحة لانه لم يذهب الى البطلان احد من اصحابنا وانما
هو تخريج المخالفين وفروعهم واختاره الشيخ على عادته فى الكتاب وجه البطلان ان التراضى لم يقع على العقد الا مقترنا بالشرط المذكور
فاذا لم يتم الشرط لا يصح العقد بمجرده لعدم القصد اليه كك وصحة العقود مترتبة على القصود فليس الا الحكم ببطلانهما معا او صحتهما معا
لكن لا سبيل الى الثانى لمنافاته وضع النكاح فتعين الاول وهذا هو الاقوى واما اشتراطه فى الصداق فلا مانع من صحته لان الصداق ليس
ركنا فى النكاح بل هو عقد مستقل بنفسه ومن ثم صح اخلاؤه عنه كما دخل فيه بشرط اولى وح فيصح الصداق والشرط معا ويشترط ضبط

مدة الخيار كغيره ولا ينفسخ بتلفه وان مثل لها الشيخ في ط لعدم افادته الحصر ثم ان استمر عليه حتى انقضت مدته لزم وان انفسخ ذو الخيار رجع الى
مهر المثل كما لو عرى العقد عن المهر وانه يجب بالدخول كما مر وقد تقدم البحث في هذه المسئلة في اول الكتاب قوله الصداق يملك بالعقد اه اختلف
الاصحاب في ان المراة هل تملك الصداق جميعه بالعقد وان لم يستقر الملك قبل الدخول او تملك نصفه خاصة والنصف الاخر يتوقف على الدخول بسبب
اختلاف الروايات في ذلك وظواهر الادلة فالمشهور بينهم الاول الاول العموم قوله تعالى واتوا النساء صدقاتهن نحلة الشامل لما قبل الدخول وبعده
ولانها ان ملكت نماء الصداق بنفس العقد وجب ان تملك الصداق به والملازمة ظاهرة لان النماء تابع للاصل فملكيته تستلزم ملكية الاصل
ويدل على حقية المقدم موثقة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام في رجل ساق الى زوجته غنما ورقيقا فولدت عندها وطلقها قبل ان يدخل بها فقال ان
كن حملن عنده فله نصفها ونصف ولدها وان كن حملن عندها فلا شيء له من الاولاد ولان الصداق عوض البضع فان ملك البضع بالعقد وجب ان تملك
المراة عوضه به لان ذلك مقتضى المعاوضة كالبيع وغيره وقال ابن الجنيد الذي يوجبه العقد من المهر المسمى النصف والذي يوجب النصف الثاني
من المهر بعد الذي وجب بالعقد منه هو الوقاع او ما قام مقامه وحجته رواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج ورواية
محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال سئلته متى يجب المهر قال اذا دخل بها وهو يقتضي عدم الوجوب مع عدم الدخول والرواية من الجانبين من الموثق ومع الاولى
الترجيح بكونها اشهر بين الاصحاب وباعتضادهم بالاية والاعتبار المذكور وبامكان الجمع بين الاخبار بحمل الوجوب في الروايتين على المستقر اما لضرورة
الجمع او لكونه اغلب في الاستعمال وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بين العقد والطلاق وفي جواز تصرفها في الجميع وعدمه وفيما لو حصلت الفرقة
بغير الطلاق حيث لا نص على التنصيف كالفسخ بالرضاع والردة وغير ذلك قوله ولها التصرف فيه اه هذا متفرع على القول بملكها الجميع بالعقد
فان قلنا به جاز لها التصرف فيه قبل القبض وبعده لانه مملوك لها فيدخل في عموم قوله الناس مسلطون على اموالهم ومقتضى التسلط جواز
التصرف فيه مطلقا ونبه بالاشبه على خلاف الشيخ في ف حيث منع منه قبل القبض استنادا الى ما روي عن النبي انه نهى عن بيع ما لم يقبض و
بان تصرفها بعد القبض جائز بالاجماع ولا دليل على جوازه قبله والرواية بالنهي مط ممنوعة وانما وردت بالنهي عن بيع ما اشتراه قبل قبضه لا مط
سلمنا لكن لا يلزم من النهي عن بيعه النهي عن مطلق التصرف الذي ادعاه لان نفي الاخص لا يستلزم نفي الاعم ويمكن حمل النهي على الكراهة جمعا
بين الادلة ويبقى الدلالة على جواز التصرف الذي ادعاه فيه قبل القبض وقد بيناها والدليل لا ينحصر في الاجماع ونفي الدلالة على الجواز لا يدل
على عدمه لجواز الاستناد فيه الى الاصل قوله فاذا طلق الزوج اه هذا ايض متفرع على ملكها للنصف فاذا طلق الزوج قبل الدخول عاد اليه
النصف قهرا وبقي النصف الاخر للمراة الا ان تعفو عنه اجمع فيصير الجميع للزوج لقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا ان يعفون اي فلا يكون لكم النصف
بل الجميع ومقتضى اطلاق المصنف وغيره صيرورة الجميع له بالعفو عدم الفرق بين المهر عينا ودينا فيصح انتقاله اليه بلفظ العفو عملا بظاهر الاية المتناول
للامرين وبهذا صرح الشيخ في ط والاكثر وجعلوا العفو بمعنى العطاء فيتناول الاعيان وهو قوي لوروده بمعنى العطاء لغة كما سننبه عليه
وقيل ان ذلك مختص بالدين اما العين فلا تنتقل الا بلفظ الهبة او التمليك ونحوه لا بالعفو لانه لا مجال فيه للاعيان كالابراء لان ظاهره
اسقاط الحق فلا يتناول الا الدين كالابراء واجابوا عن الاية بان المراد من العفو معناه لا لفظه بمعنى ارادة حصول الملك للمعفو عنه بعبارة
تفيده ولو كان المراد لفظه لتعين في الموضعين وهو منتف بالاجماع وسمي نقله بها عفوا تنبيها على حصول فضيلة العفو والمسامحة وان توقف
النقل له على صيغة شرعية كما لو قال ملكته هذا فانه يريد نقل ملكه اليه بلفظ شرعي يعتبره باي لفظ ادى معناه وان لم يكن بلفظ
التمليك وهذا اولى اذا تقرر ذلك فالمهر لا يخ اما ان يكون عينا او دينا فان كان دينا صح عفوها عنه بلفظ العفو والابراء والهبة
والترك والاسقاط لافادة كل واحد من هذه الالفاظ المعنى المراد وهو اسقاط حقها عما في ذمته وان كان عينا فان كان في يده تادى
بلفظ التمليك والهبة والعفو على قول ولا يصح بلفظ الابراء والاسقاط والترك قطعا لان الالفاظ الثلثة ظاهرة في اسقاط ما في
الذمة وكذا ان كان في يدها الا انهما يفترقان في اشتراط القبض في الثاني دون الاول ولا بد من القبول على التقديرين اذا كان عينا وسيجي حكم
ما لو عفى الزوج قوله وكذا لو عفى اه اتفق العلماء على ان الذي بيده عقدة النكاح له ان يعفو عن المهر في الجملة لقوله تعالى الا ان يعفون او يعفو
الذي بيده عقدة النكاح واختلفوا فيه من هو فذهب اصحابنا وجماعة من العامة الى انه ولي المراة كالاب والجد له وذهب اخرون الى انه الزوج
ولكل واحد من الفريقين اعتبار من جهة الاية واستناد الى الرواية واعتبار الاولين من الاية انه صدرها بخطاب الازواج في قوله وان طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ثم قال الا ان يعفون وهو خطاب لغير الحاضر والمراد به النساء بغير خلاف فكأنه
قال للزوج النصف مما فرضتم لها اذا طلقها قبل الدخول الا ان يعفون عن النصف الباقي فيكون الكل للزوج ثم قال او يعفو الذي بيده عقدة
النكاح فاتى به بلفظ الغيبة فناسب كون المعطوف عليه هو الغائب اذ لو اريد به الازواج لما عدل عن المخاطبة الى المغايبة بل قال الا ان
يعفون او تعفوا انتم ولان العفو حقيقة في الاسقاط لا التزام ما سقط بالطلاق اذ لا يسمى ذلك عفوا ولان اقامة الظاهر مقام المضمر
مع الاستغناء بالمضمر خلاف الاصل ولو اريد الازواج لقيل او يعفو عما استحق لكم ولان المفهوم من قولنا بيده كذا تصرفه فيه والزوج
لا يتصرف في عقدة النكاح انما كان تصرفه في الوطي وانما يتصرف في العقد الولي ولان المستند اليه العفو [illegible] ذكر على الرشيد
ندب في القسمة ولان قوله تعالى الا ان يعفون استثناء من الاثبات فيكون نفيا وحمله على الولي يقتضي ذلك بتقدير [illegible] الاستثناء
ولو حمل على الزوج لكان اثباتا فيستثنى من الاثبات اثبات وهو خلاف القاعدة ولان قضية العطف [illegible] وعلى ما قلناه [illegible]

الثالثة عشر الصداق يملك بالعقد على اشهر الروايتين ولها التصرف فيه قبل القبض على الاشبه فاذا طلق الزوج عاد اليه النصف وبقي للمراة النصف فلو عفت عما لها كان الجميع للزوج وكذا لو عفى الذي بيده عقدة النكاح وهو الولي كالاب والجد للاب وقيل او من تولية المراة عقدها متن

المعطوف والمعطوف عليه في النفي ولو اريد الزوج لكان اثباتا فلا يقع الاشتراك وفي كل واحد من هذه الوجوه نظر اما الاول فلان العدول من 553
المخاطبة الى المغايبة والمخبر عنه واحد جاء في فصيح اللغة وهو فن من فنون البلاغة يسمونه الالتفات ومنه قوله تعالى حتى اذا كنتم في الفلك وجرين
بهم بريح طيبة واما الثاني فالعفو كما يطلق على الاسقاط يطلق على الاعطاء كما اشرنا اليه سابقا ومن الاول قوله تعالى والعافين عن الناس اي
التاركين ما لهم عندهم من مظلمة ومن الثاني قوله تعالى يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو اي الفضل من الاموال الذي يسهل اعطاؤه وقوله تعالى خذ
العفو اي خذ ما اعطاك الناس من ميسور اخلاقهم ولا تستقص عليهم وغير ذلك فيصلح للامرين ثم ان المهر قد يكون دينا وقد يكون عينا
والاسقاط من المراة ووليها انما يتحقق في الاول دون الثاني فلا بد من الحاجة الى المعنيين على ذلك التقدير واما الثالث فلان اقامة المظهر
مقام المضمر واقع لغة وله حجة حيث تشتمل على نكتة لا تتم بدونه وهو هنا كذلك فان في العدول الى التعبير بالموصول تنبيها على وجه بناء
الحكم وسببه فان من بيده عقدة النكاح يصلح ان يكون بيده العفو وهذا التنبيه لا يحصل بالتعبير بضمير المخاطب بل ولا بالتصريح كما
قرر في علم المعاني واما الرابع فلان المفهوم من بيده العقدة من يقدر على حلها وعقدها الا ان التصرف فيها يتحقق بالامرين وهذا
معنى متبادر من ذلك اللفظ الارادة اذا قيل فلان بيده عقدة كذا ونحوه وهذا المعنى في الزوج اوضح لانه بيده اثبات النكاح بالقبول ورفعه
بالطلاق فبيده حله وعقده بخلاف ولي المراة فانه لا يقدر على مجموع ذلك كما لا يخفى وقوله ان الزوج لا يتصرف في عقدة النكاح وانما يتصرف
في الوطي ممنوع في غير الفسخ واما الخامس فالاصل في العفو ان لا يليق بغير الرشيد لان الولي انما يتصرف في مال المولى عليه بالتحصيل لا بالاسقاط والتضييع
ولولا النص الوارد هنا من جهة الاخبار بجواز عفو ولي المراة لما امكن الحكم به من جهة الاية لان تصرف الولي بهذه الطريقة على خلاف الاصل
فاستيفاء القسمة لا ضرورة اليه هنا ولا يقتضيه المقام واما السادس فان كون قوله الا ان يعفون استثناء من الاثبات وينبغي ان
يكون نفيا مبني على ان قوله فنصف ما فرضتم اي ثابت لهن ونحوه فيصير التقدير لهن النصف الا ان يعفون فلا يكون لهن شيء وهذا التقدير
غير متعين بل ولا يقتضيه المقام وان ذهب اليه جمع لان الزوجة تستحق نصف المهر بالعقد اجماعا وجميعه على اصح القولين فالمحتاج
الى البيان استحقاقه بالطلاق النصف هو الزوج لا الزوجة لان الملك عايد اليه بعد ان خرج عنه فكان التقدير فلكم نصف ما فرضتم اولى
من تقدير ولهن وعلى هذا فلا يتم ما ذكروه من ان الاستثناء يقتضي النفي من الاثبات نعم يمكن تقريبه بوجه اخر يجري على التقديرين بان يبنى
على ما ذكرناه من التقدير ولكم النصف الا ان يعفون فيكون لكم الجميع ويمكن رده الى النفي ايض لان النصف غير المجموع ضرورة ان الكل
مغاير للجزء فيصير التقدير لكم النصف الا ان يعفون فلا يكون لكم النصف بل الجميع وقوله او يعفو الذي بيده عقدة النكاح على تقدير كونه
الزوج يصير معه التقدير فلكم النصف الا ان تعفوا فلا يكون لكم ذلك وهذا نفي بعد اثبات كما ذكروه في متعلقه وعلى تقدير كونه ولي الزوجة
يمكن فرضه نفيا ايض على التقدير الذي ادعوه من ان المراد لهن النصف وهو ظ وهو على تقدير كون الزوج بان يراد لهن النصف الا ان يعفو
الزوج فلا يكون لهن النصف بل الجميع كما ذكرناه اولا من اثبات الجميع يوجب نفي النصف من حيث مغايرة الكل للجزء فلا اخلال بالمراد على
جميع التقادير واما السابع فجوابه يظهر من جواب السادس فان المعطوف والمعطوف عليه يشتركان في النفي على التقديرين وان كان نحوه
الاثبات على بعض الوجوه خصوصا على ما قررناه من ان التقدير نصف المفروض للازواج اولى منه للزوجات فلا بد من تكلف النفي في الاستثناء
لتغاير المستثنى منه ان سلم الاحتياج اليه واحتج من جعل الذي بيده عقدة النكاح الزوج من الاية بان عقدة النكاح بيد الزوج حقيقة
لا بيد ولي الزوجة لما تقرر من ان من بيده العقدة يقدر على حلها وعقدها وهذا لا يكون لغير الزوج وبانه تعالى ذكر عفوها الموجب
لخلوص الجميع له ثم عقبه بعفوه الموجب لخلوص الجميع لها وذلك يوجب المطابقة بين العفوين ومخففه من الجانبين بخلاف ما اذا جعلناه
وليها فانه يكون قد اهمل ذكر عفو الزوج راسا ولانه تعالى قال بعد ذلك وان تعفوا اقرب للتقوى وهو يدل على دخول الزوج في العفو من
وجهين احدهما وقوعه بصيغة الخطاب المطابق لخطاب الازواج سابقا كما زعموه في دليلهم السابق والزوجات وردن بصيغة الغائب [illegible]
العفو اقرب للتقوى وعفو الولي لا يوصف بذلك لانه اسقاط لمال غيره وغايته ان يقع جائزا لا موجبا للتقوى بخلاف عفو الزوجين
والمناسب كون ذلك خطابا للزوجين وتقديره وعفو بعضكم عن بعض اقرب للتقوى وهذا اوضح والالتفات من صيغة الغيبة الى صيغة
الخطاب على تقدير ارادة كل من الازواج والزوجات حسن ايض على حد اياك نعبد بعد قوله الحمد لله ولان العفو بجانب المستحق اولى
منه بجانب الولي لانه منصوب لمصلحة المولى عليه وحفظ ماله لا لاسقاط حقه والحق ان الاية محتملة للقولين واثبات الحكم بمجرد الاحتمال
غير مناسب فالنقض متسلط على الادلة من الجانبين خصوصا حكم عفو الولي فانه مخالف للاصل والقياس فلا يصح اثباته بمجرد اللفظ
المحتمل ان لم يكن مرجحا من جانبه والاولى الرجوع في تفسيره الى دليل من خارج وقد اختلفت الروايات ايض فيه بما يوافق القولين و
واصحها عندنا ما دل على الاول فمنها رواية عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها ورواية
رفاعة في الصحيح قال سئلت الصادق عليه السلام عن الذي بيده عقدة النكاح فقال الولي الذي ياخذ بعضا ويترك بعضا وليس له ان يدعه كله وهذا
يدل على ما اختاره المص من القولين وهو مذهب اكثر اصحابنا ومنهم الشيخ في ف مدعيا فيه الاجماع والقول الثاني يتعدى الى من
توليه عقدها قول الشيخ ايض في به وابن البراج القاضي ويدل عليه صحيحة محمد بن مسلم وابي بصير قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الذي
بيده عقدة النكاح قال هو الاب والاخ والموصى اليه والذي يجوز امره في مال المراة من قرابتها فيبيع لها ويشتري قال فاي هؤلاء

عفى فعفوه جايز في المهر اذا عفى عنه ومثله رواية ابي بصير عن ابي عبد الله الا انه لم يقيد من يجوز امره فيما لها بالقرابة لكن هاتان الروايتان لا يقتصر
فيهما على الولي او الوكيل بل يتعدى الى الوصي ويدل على جواز تزويجه المولى عليها وعفوه وقد تقدم الكلام في ولايته في بابها وادخال الاخ في الرواية
محمول على كونه وكيلا كما حمله الشيخ او وصيا ويكون تخصيصه على التقديرين تخصيصا مع تعميم لان الاخ لا ولاية له عندنا فلا بد من حمله على احد الامرين
وهذا القول متجه لصحة روايته الا ان الاقتصار بالعفو المخالف للاصل على الاب والجد اولى وقوفا على موضع الوفاق ولان الوكيل ليس بيده عقدة
النكاح حقيقة ولا اصالة ومع ذلك فيده يد الموكل فيه بالذات مرفوعة واعلم ان الشيخ عبر في نهايته عن الوكيل بقوله او وكلته في امرها تبعا للرواية
والمصنف عدل عنه الى قوله تولية المراة عقدها وهو اجود لان الوكيل في امرها من البيع والشراء لا يسوغ له العفو عن المهر لعدم دخوله في متعلق ولايته
والرواية وان كان ظاهرها ذلك الا انها محمولة على الوكيل على العموم بحيث يدخل فيه وكالة العقد واعلم ايضا ان العلامة في لف اختار اختصاصا
بالولي دون الوكيل كما ذكره المص محتجا بان رواية ابي بصير المتضمنة لادخال الوكيل مرسلة وهو يدل على حصره الدلالة في الرواية الثانية وقد عرفت
ان الاولى من روايته ورواية محمد بن مسلم تدل عليه وهي صحيحة السند ذكرها الشيخ في زوايد النكاح من التهذيب في ذكر الباقي في باب الاولياء فلم
يتفطن لها من لم يحتج بها قوله ويجوز للاب والجد اه الوجه في اختصاصهما بالبعض مع اطلاق تسويغ عفوه في الاية وجواز عفو المعطوف عليه هو المراة
مطلقا ما تقدم في صحيحة رفاعة الدالة صريحا على عدم جواز عفوه عن الجميع فكانت مقيدة لما اطلق في الاية ولا فرق مع ابقاء بعضه بين القليل والكثير
لتحقق الامتثال بالجميع واطلاق الاية والرواية تقتضي عدم الفرق في جواز عفوه بين كونه مصلحة للمولى عليه وعدمه نعم يشترط كونه بعد الطلاق الواقع
قبل الدخول تحقيقا فيما خالف الاصل على موضع الدلالة قوله ولا يجوز لولي الزوج اه لما كان العفو من غير مالك المال بغير اذنه للمالك على خلاف
الاصل وجب الاقتصار فيه على مورد الاذن وهو ولي المراة فلا يجوز لولي الزوج العفو عن حقه ولا عن شيء منه لانه لا غبطة له في ذلك وتصرف الولي
مقصور على المصلحة وانما خرج عنها ولي المراة بالنص الخاص ومن ثم منع عن نقوص ذلك ويتصور الولاية على الزوج مع وقوع طلاقه مولى عليه فيما اذا
بلغ فاسد العقل فان للولي ان يطلق عنه مع المصلحة كما سيأتي بخلاف الصبي ولو فرضنا من بيده عقدة النكاح بما يشمل الوكيل دخل وكيل الزوج
في الحكم المذكور هنا ايضا كما يدخل ولي زوجة قوله واذا عفت اه نبه بذلك على ان العفو الموجب لبرائة كل من الزوجين من حق الاخر ليس المراد منه كونه سببا
تاما بمجرده في نقل الملك او البرائة منه بل المراد كونه سببا في ذلك اعم من كونه تاما او ناقصا او موقوفا على شرط اخر وان كان قد اطلق في الاية
كون العفو موجبا لسقوط الحق او نقله لان اطلاقه كذلك لا ينافي اعتبار امر اخر وهذا كما يقول هذا المملك الفلاني للمالك ان تبيعه وتملكه ونحو ذلك
فانه لا يدل على ان البيع والتمليك باي وجه وقع يوجبان نقل ملكه عنه بل مع مراعاة ما يعتبر في نقل الملك بهما اذا انفرد ذلك فنقول
المهر اما ان يكون عينا او دينا وعلى الاول اما ان يكون في يدها او يده والثاني اما ان يكون في ذمتها بان يكون قد قبضته وتلف في يدها او
في ذمته وعلى التقادير الاربعة اما ان يكون العافي الزوج او الزوجة ومن يقوم مقامهما في معناهما فتحقق حكم الملك وانتقاله وسقوطه عن الذمة
بثمان صور الاولى ان يكون دينا في ذمة الزوج والعافي المراة فيحصل برائة ذمته بمجرد عفوها لان العفو منزل منزلة الابراء فلا يشترط فيه
سوى اللفظ الدال عليه وان لم يقبل من عليه الحق على الاقوى وقد تقدم تحقيقه في باب الهبة ويصح ذلك بلفظ العفو والابراء والاسقاط
والترك والهبة والتمليك لاشتراك الجميع في الدلالة عليه الثانية الصورة بحالها ويكون عينا في يده فلا يكفي مجرد العفو لان ذلك بمنزلة
الهبة لعين بل لا بد من لفظ يدل عليها كلفظ الهبة والتمليك او العفو على قول قوي لا الابراء والاسقاط وما شاكلهما ويشترط ايضا قبول
المتهب ولا يشترط قبض جديد لانه مقبوض بيده بالفعل ويلحقه احكام الهبة من اللزوم والجواز على ما سبق تفصيله الثالثة الصورة بحالها
بان كان عينا في يده لكن كان هو العافي عن حقه فيشترط فيه ما اشترط في السابقة من الايجاب والقبول ويزيد اشتراط اقباضها اياه لانه
خارج عن يدها الرابعة الصورة بحالها بان كان هو العافي ولكن كان دينا في ذمته ولا ينتقل بالابراء وما في معناه قطعا لاختصاصه بالدين في ذمة
المعفو عنه لا العافي وينتقل بلفظ الهبة لكن يشترط التسليم وكذا بلفظ العفو على ما يظهر من المص وغيره وهو احد الوجهين لتناول الاية له وتمام
العبارة كغيره انه لو حصل العفو والتسليم كفى في نقل الملك ويشكل بان غاية العفو الحاقه بلفظ الهبة فلا بد من القبول وايضا فشرط الموهوب
ان يكون عينا او دينا في ذمة المتهب ليتنزل منزلة الابراء وكلاهما منتف هنا والا ظهر اشتراط تمييزه بعينه او لا ثم ايقاع صيغة الهبة والقبول
بعدها والقبض هذا ان وقع بصيغة الهبة او التمليك وان وقع بلفظ العفو احتمل الاجزاء به وان كان دينا لم يفتقر الى تعيينه وتسليمه بل ذلك
عملا باطلاق الاية والوجه اشتراط القبول ايضا تنزيلا للعفو منزلة الهبة وان زاد عنها بوروده على الدين الخامسة ان يكون دينا في ذمتها
ويكون هي العافية عنه والحكم فيه كالسابقة والاقوى افتقاره الى العقد بعد التعيين فيها لان ذلك مقتضى الهبة ولا وجه هنا سواها وهذا
هو الذي اختاره الشيخ في ط وان كان مقتضى قول المص اما الذي عليه المال فلا ينتقل عنه بعفوه ما لم يسلمه الاجزاء بالتسليم مع العفو بما في
معناه ولان العفو غايته هنا قيامه مقام الهبة وهي لا تصح على الدين فما قام مقامها اولى وقد تقدم ان المراد بالعفو في هذا المقام ما يشمل
نقل العين واسقاط الحق لا نفس لفظه السادسة الصورة بحالها وهو كونه دينا في ذمتها لكن العافي هو الزوج وهنا ينزل منزلة الابراء كما مر في
نظائره ويصح بجميع الالفاظ الستة ولا يفتقر الى القبول على الاقوى السابعة ان يكون عينا في يدها وهي العافية ايضا فيشترط فيه ما يشترط في
الهبة من العقد والاقباض الثامنة الصورة بحالها والعافي الزوج فيشترط فيه عقد الهبة ولا يشترط تجديد الاقباض لحصوله في يدها واشترط
الشيخ مضي مدة يمكن فيها قبض من هي في يده والاقوى عدم اشتراطه وقد تقدم البحث فيه في بابه والقول في الاجزاء في هاتين الصورتين بالعفو

ويجوز للاب والجد للاب ان يعفوا عن البعض وليس لهما العفو عن الكل ولا يجوز لولي الزوج ان يعفو عن حقه ان حصل الطلاق لانه منصوب لمصلحته ولا غبطة له في العفو واذا عفت عن نصفها او عفى الزوج عن نصفه لم يخرج عن ملك احدهما بمجرد العفو لانه هبة فلا ينتقل الا بالقبض نعم لو كان دينا على الزوج او تلف في يد الزوجة كفى العفو عن الضامن لانه يكون ابراء ولا يفتقر الى القبول على الاصح اما الذي عليه المال فلا ينتقل عنه بعفوه ما لم يسلمه من

نعم مقام

وفيا به مقام التمليك ما تقدم من الوجهين وفي الاجزاء به قوة لما عرفته من وقوعه لغة بمعنى الاعطاء وبمعنى الاسقاط فهو حقيقة في كل منهما وقرينة
المقام في كل منهما تعين حمله ازايا باسم المعنى مضافا الى ظاهر الاجزاء به في الاية قوله او كان المهر مؤجلا اه هذه المسئلة شعبة من مسئلة جواز
امتناع المراة من تسليم نفسها قبل قبض المهر وقد تقدم البحث فيها وكان ذكرها هناك اولى ولا خلاف في عدم جواز امتناعها قبل الحلول لما كان مؤجلا
لعدم استحقاقها المطالبة حينئذ مع استحقاقه البضع حالا لكن لو امتنعت وبقيت كذلك حتى حل الاجل فهل لها الامتناع الاظهر العدم لما اشار
اليه المص من استقرار وجوب التسليم قبل الحلول والقول بجواز امتناعها ح للشيخ في ط حيث اطلق جواز امتناعها حتى تقبض المهر الشامل لمحل النزاع
اما بخصوص المسئلة فلا نعلم به قائلا ولا ذكره احد ممن تعرض لنقل الاقوال وقد سبق البحث في ذلك قوله لو اصدقها قطعة من فضة اه هذه المسئلة
من فروع زيادة العين في يدها فان الصياغة زيادة صفة وهي في معنى الزيادة المتصلة وقد تقدم ان المراة لا تجبر على دفعها لمكان الزيادة
بل تتخير بين دفع نصفها متبرعة بالزيادة وبين دفع القيمة هذا اذا امكن اعادة العين الى اصلها كالفضة اما لو لم يمكن اصلا كالخشب يجعل الواحا
او امكن بنقص في القيمة كالثوب يفصل قميصا فهو زيادة من وجه ونقص من اخر فلا يجبر كل منهما على اخذ العين وقد اشار المص الى الفرق بين الامرين
بان الفضة لا تخرج بالصياغة عما كانت قابلة له فهي زيادة محضة ولا كذلك الثوب اذا فصلته قميصا ويستفاد من الفرق انها فصلت
الثوب ايضا وان كان قد اقتصر على ذكر الخياطة لان الخياطة بمجردها زيادة ايضا لا توجب النقصان غالبا وانما اوجب التفصيل واعلم ان
المص مثل بصياغة الفضة انية تبعا للشيخ في ط ولبس بجيد على مذهبنا لانه لا يجوز اتخاذ الانية من الفضة سواء اتخذها للاستعمال
ام لا فيكون عملها انية غير محترم فلا اخذ العين لان الصياغة على الوجه المحرم لا قيمة لها شرعا وقد ذكر المص وغيره ان الغاصب لا يضمن قيمة الصياغة
المحرمة اذا كسرها فالزوج هنا اولى نعم هذا يجري على قول من جوز اتخاذ الانية لغير الاستعمال كابن ادريس ولو مثل المص بعملها حليا كان حسنا
قوله لو اصدقها تعليم سورة اه قد تقدم جواز جعل تعليم القران مهرا وجملة من احكامه وذكر هنا مسئلتين احديهما بيان ما يصدق به
التعليم وحده ان تستقل بتلاوته صحيحا بغير مرشد فلا يكفي تتبعها لنطقه لان ذلك لا يعد تعلما عرفا ثم المعتبر استقلالها بجملة منها يصدق
عليها عرفا اسم التعليم للقران فلا يكفي استقلالها بنحو الكلمة والكلمتين قطعا لان ذلك لا يعد تعلما ويظهر من المص وجماعة الاكتفاء بالاية
فلو استقلت بها برئت ذمته فلو اشتغلت بغيرها فنسيتها لم يجب عليه اعادة التعليم واعتبر بعضهم ثلث ايات مراعاة لما يحصل به
الاعجاز واقل سورة قصيرة تشتمل على ثلث ايات كالكوثر والاجود الرجوع الى العرف لعدم تقديره شرعا وكون الاعجاز يتعلق بثلث ايات
لا يستلزم نفي التعليم عما دونها ولان الايات تختلف بالطول والقصر ففيها ما يزيد عن ثلث ايات قصيرة ويحصل بها الاعجاز وفيها ما يصدق
معه التعليم عرفا كمدهامتان والفجر ساجدين ثم ان كان شرطها المعلم عن ظهر القلب اشترط ثبوته فيه وتكرره على وجه يصدق عليه
اسم الحفظ عرفا فلا يكفي قراءته عن ظهر القلب مرة ولا تكرار قدر يسير كذلك وان كان المراد التدريب على قراءته من المصحف اعتبر استقلالها
بنفسها كذلك ثم ان كان العرف منضبطا حمل عليه والا وجب ضبطه على وجه يرفع الابهام هذا اذا كان المعقود عليه ايات متعددة فلو كان اية
او ايتين فلا اشكال في الاكتفاء بالاستقلال بها الثانية لو تعلمت السورة المعينة من غيره فعليه اجرة مثل ذلك التعليم لانه عوض المهر
حيث تعذر وفاؤه بعينه ومثله ما لو مات احدهما قبل التعليم وقد شرط تعليمها بنفسه او تعذر تعليمها لبلادتها او امكن بتكلف عظيم
زيادة على المعتاد ولا فرق مع تعلمها من غيره بين تيسر لها التعليم وعدمه لاشتراكهما في المقتضي وليس هذا كوفاء دين الانسان بغير اذنه حيث
حكم ببرائته منه لان تعليمه بنفسه لا يمكن ايفاؤه عنه بتعليم غيره لان ذلك غير التعليم المجعول مهرا بخلاف الدين قوله يجوز ان يجمع بين نكاح
اه نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث منع من الجمع بين العقود المختلفة بعوض واحد نظرا الى جهالة ما يخص كل واحد من العوض ومجوز ذلك
منا الى السلم بقدر المجموع ولا يعتبر معرفة ما يخص اجزاؤه كما لو باع امتعة متعددة بثمن واحد مع الجهالة بما يقتضيه التقسيط لو وزع عليها
وان احتيج اليه لتعدد المالك او يتقسط بظهور بطلان البيع في بعضها وكما يجوز الجمع بين البيع والنكاح يجوز اضافة غيرهما كالاجارة و
غيرها ويوزع العوض المسمى على مهر مثل المراة وثمن مثل المبيع واجرة مثل العين المستاجرة ونحو ذلك فاذا كان العوض مائة مثلا وقيل مهر
مثلها مائة وثمن مثل عشرة قسمت المائة بينهما اثلاثا وهكذا قوله ولو كان معها دينار اه اذا تزوج امراة واشترى منها دينارا بدينار وقد
جمع بين نكاح وصرف بعوض واحد فقد ابطل الجمع بين العقدين في السابق ابطلهما هنا ومن صححهما كاصحابنا اختلفوا هنا فقال الشيخ في ط يبطل
عقد الصرف والنكاح ... فيثبت مهر المثل بالدخول واختاره المص ووجه فساده باشتمال العقد على الربا حيث انه قد باع دينارا
بدينار وشيء الى عدمها ... فيبطل المعاوضة ولا يبطل النكاح لانه لا يتوقف على ذكر العوض في العقد كما علم ضرورة وفيه نظر لان الدينار في
مقابلة الدينار ... ما يقتضيه التقسيط كما هو شأن العقود المجتمعة في عقد واحد واللازم من ذلك بطلان
الصرف ... بالنصف ... تقسيط الدينار على مهر مثلها وعلى الدينار فلو فرض مهر مثلها دينارا كان ما يخص المهر منه
نصف دينار ... والدينار الذي يقابله ولو فرض مهر مثلها عشرة دنانير قسم
الدينار على احد عشر جزءا او كان المهر عشرة اجزاء من احد عشر جزءا من الدينار فيلزم فيه ويبطل البيع في جزء من احد عشر جزءا من دينار وعلى
هذا اتى في كل مختلفين جمعا في عقد واحد بعوض واحد ولا يلزم من بطلان الربا بطلان الاخر لا اجر المقتضي للصحة وانتفاء المانع
ولو اختلف بالجنس بان كان المتعين لها درهما بالدينار صح الصرف والنكاح لانتفاء الربا لكن يعتبر التقابض في المجلس مراعاة لجانب

الرابعة عشر لو كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع فلو امتنعت وحل الاجل هل لها الامتناع قيل نعم وقيل لا لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول وهو اشبه الخامسة من لو اصدقها قطعة من فضة فصاغتها انية ثم طلقها قبل الدخول كان بالخيار في تسليم نصف العين او نصف القيمة لانه لا يجب عليها بذل الصفة ولو كان الصداق ثوبا فخاطته قميصا لم يجبر على اخذه وكان له الزام المراة بنصف القيمة لان الفضة لا تخرج بالصياغة عما كانت قابلة له وليس كذلك الثوب التاسعة عشر لو اصدقها تعليم سورة كان حده ان تستقل بالتلاوة ولا يكفي تتبعها لنطقه ثم لو استقلت بتلاوة الاية ثم لقنها غيرها فنسيت الاولى لم يجب عليه اعادة التعليم ولو استفادت ذلك من غيره كان لها اجرة التعليم كالوديعة لشيء معين عليه السابعة عشر يجوز ان يجمع بين نكاح وبيع في عقد واحد ويقسط العوض على الثمن ومهر المثل ولو كان معها دينار فقال زوجتك نفسي وبعتك هذا الدينار بدينار بطل البيع لانه ربا وصح النكاح اما لو اختلف الجنس صح الجميع

الث

الصرف فلو تعذر فيه يبطل فيما يقابل الدرهم من الدينار وصح فيما اقتضاه المهر من التقسيط لا ان ... ايضا في المهر في المجلس غير معتبر ذكره ابن المنذر
في هذا الباب فيه انه بكر من مسائله عندنا الا ان تمامه عدم من مفسدات المهر قوله لو اصدقها عبدا اه لا اشكال في رجوعه الى قيمة النصف على
تقدير عتقها له قبل الطلاق لانتقاله عن ملكها انتقالا لازما بل خروجه من اهلية التملك فنزل منزلة التالف فيلزمها قيمته ... وانما الكلام
فيما لو صادفها وقد دبرته فان التدبير ليس من الاسباب الناقلة عن الملك قبل موت المدبر ولا من اللازمة وانما هو بمنزلة الوصية بالعتق وهو
وصية فهو باق على ملكها بغير مانع وقد وجده الزوج فينتقل الى ملكه لعموم قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولان التدبير يبطل بزوال الملك اختيارا
فبالاضطرار اولى وقيل ليس له الرجوع في العين الا ان ترجع هي في التدبير وهي مخيرة في الرجوع فيه فيدفع نصف العين او ابقائه فتدفع قيمة النصف
نظرا الى ان التدبير طاعة مقصودة وقد تعلقت بالعين فكانت كالزيادة المتصلة فلا يجبر على دفع العين بها ولتعلق حق الحرية بالعين ولا عوض
عنه للعبد وللزوج عوض عنه فيجمع بين الحقين بتقديم الاول والاصح الاول قوله ولو دفعت نصف القيمة اه هذا متفرع على القول بسقوط حقه
من العين لو لم ترجع في التدبير فاذا دفعت اليه القيمة ثم رجعت هل يصح له الرجوع في العين اذا رد القيمة قيل نعم لان حقه في العين بالاصالة
لانها المفروض وانما انتقل عنها الى القيمة لمانع التدبير فاذا زال المانع عاد الى حقه كما لو دفع الغاصب القيمة عن العين المغصوبة لتعذرها ثم قدر
عليها فان الدفع لم يقع على وجه المعاوضة بل لمكان الحيلولة بينه وبين حقه فاذا امكن الوصول الى حقه تعين والاقوى عدم الرجوع لان
حقه بالطلاق يتعلق بالعين مع وجودها وعدم المانع من دفعها وبيدلها مع المانع والفرض وجوده فيكون حقه في القيمة ويسقط من العين
فيستصحب كما لو وجدها قد باعته ثم عادت الى ملكها بعد ذلك ويقوى الاشكال لو كان الرجوع بعد الطلاق وقبل دفع القيمة من حيث انه لم
يقبض حقه حتى وجد عين ماله فيكون احق به ومن ان حقه وجب في القيمة حين الطلاق لوجود المانع فليس له نقله الى غيرها وقوى في ط تخييره ههنا بين
الرجوع في نصف العين او نصف القيمة وهذا كله بناء على ان التدبير يمنع من الرجوع في العين والاقوى عدمه فيسقط التفريع قوله اذا زوجها
قد تقدم البحث في هذه المسئلة في باب الاولياء وان المختار صحة العقد ولزوم المسمى مع المصلحة وثبوت الخيار لها فيه مع عدمها فان فسخت
فلها مهر المثل مع الدخول كالمفوضة والمصنف هنا اختار لزوم المسمى وفي السابقة اختار ان لها الاعتراض فيه بمعنى ثبوت الخيار ولو كان المولى
عليه ذكرا وزوجه الولي باكثر من مهر المثل فالاقوى توقفه على الاجازة كعقد الفضولي بالنسبة الى المسمى فان ابطله ثبت مهر المثل كما في السابق ويتخير
الاخر في العقد هذا اذا كان الصداق من مال الولد فلو كان من مال الاب جاز لانه لا تخيير للولد وان دخل في ملك الولد ضمنا قوله لو تزوجها
المشهور بين اصحابنا جواز الابراء من المجهول لانه اسقاط لما في الذمة لا معاوضة فلا يعتبر فيه ما يعتبر فيها من المعاينة ومثله هبة المجهول الذي
لا يمنع جهالته من تسليمه وتردد الشيخ في ط ثم قوى الجواز لكن بشرط كون ما في الذمة مجهولا للمستحق ومن عليه الحق فلو كان من عليه الحق عالما بقدره
والمستحق غير عالم بحيث لو علم منه ما يعلمه المديون لما اقدم على برائته لم يصح اذا تقرر ذلك فيتفرع عليه ما لو تزوجها على مهر غير معلوم القدر
مع كونه مشاهدا لتصح جعله مهرا فتلف قبل قبضه فلا وسيلة الى التخلص منه الا بالصلح او الابراء منه ان اختارته فعلى المختار من جواز الابراء
من المجهول يتعين هنا والا انحصر التخلص في الصلح ولا فرق في هذه الصورة بين كون الابراء قبل الدخول او بعده لوجوب المهر بالعقد والجهل بقدره
لا يمنع من ذلك وكذا يجوز لها هبته اياه لو كانت عينه باقية على الاقوى ولو طلقها قبل الدخول فالبحث في التخلص من النصف بالابراء و
الصلح كالجميع قوله وكذا لو تزوجها اه نبه بقوله فاستقر لها المهر على ان وجوب مهر المثل بين كون سببه ذلك او بالتفويض فقبل الدخول لا يكون
لها في ذمة الزوج شيء فلو ابرأته من مهر المثل حيث يكون هو الواجب فان كان قبل الدخول لم يصح مطلقا لانه ابراء مما لم يجب لا فرق في ذلك بين
المفوضة وغيرها فلذا اطلق قوله ولو ابرأته من مهر المثل قبل الدخول لم يصح الشامل للمفوضة ومن مهرها فاسد بعد ان اشار الى القسم الثاني
سابقا بقوله فاستقر وان ابرأته منه او من بعض منه مشاع كنصفه وثلثه بعد الدخول صح وان لم يعلم كميته بناء على ما سلف من جواز الابراء
من المجهول ولو ابرأته من مقدار منه معين كعشرة دنانير مع جهلها بمجموعه صح ايضا وهو جار على القولين اذا علمت اشتمال مهر المثل عليه قطعا
ويحتمل قويا عدم اشتراط ذلك بل اتفق كونه بقدرها او ازيد صح الابراء مما صادفته وان كان انقص لغا الابراء من الزائد ومثله ما لو كان
مهرها معينا في العقد لكنها نسيت مقداره وكذا غير المهر واعلم ان الشيخ في ط اطلق القول بكون المهر الفاسد يوجب مهر المثل بالعقد وانه
لو طلق قبل الدخول لزمه نصفه وخص وجوبه بالدخول بالمفوضة وفرع عليه جواز ابرائها له من مهر المثل من غير تقييد بالدخول وقيده في
المفوضة خاصة والمص اطلق اشتراط الدخول بما يشمل الامرين وهو جيد على مذهبه وكذلك صنع العلامة في ير واما في عد فجمع بين عبارة الشيخ
في الاولى وعبارة المص فاطلق الحكم بصحة البراءة من مهر المثل في المهورة فاسدا من غير تقييد بالدخول ثم اطلق القول بانها لو ابرأته من مهر المثل
قبل الدخول لم يصح فجاءت العبارة متدافعة ظاهرا محتاجة الى التنقيح بحمل الاولى على وقوع الابراء بعد الدخول ليوافق مذهبه في التحرير او
تخصيص الثانية بالمفوضة ليوافق مذهب الشيخ قوله اذا زوج ولده الصغير اه هذا هو المشهور بين علمائنا لا نعلم فيه مخالفا واخبارهم الصحيحة
دالة عليه كصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما قال سألته عن رجل كان له ولد فزوج منهم اثنين وفرض الصداق ثم مات من اين يجب الصداق
من جملة المال او من حصتهما قال من جميع المال انما هو بمنزلة الدين وصحيحة الفضل بن عبد الملك قال سألت ابا عبد الله عن الرجل يزوج ابنه
وهو صغير قال لا بأس قلت يجوز طلاق الاب قال لا قلت على من الصداق قال على الاب ان كان ضمنه لهم فان لم يكن ضمنه فهو على الغلام
الا ان لا يكون للغلام مال فهو ضامن له وان لم يكن ضمنه وموثقة عبيد بن زرارة قال سألت ابا عبد الله عن الرجل يزوج ابنه

وهو صغير قال ان كان لابنه مال فعليه المهر وان لم يكن للابن مال فالاب ضامن المهر ضمن او لم يضمن واستثنى في كره عن الحكم بضمان الاب له
على تقدير فقر الابن ما لو صرح الاب بنفي الضمان فانه لا يضمن وحمل قوله في الرواية او لم يضمن على عدم اشتراط الضمان لا على اشتراط عدمه
ولا يخلو من اشكال لان النص والفتوى متناول لما استثناه وحملها على غيره يحتاج الى دليل يقتضي بعارضه حتى يوجب حملها على ذلك ولان
الصبي لا يحتاج الى النكاح فلا حظ له في التزام المهر في ذمته مع الاعسار عنه وتزويج الولي له غير موقوف على وجود المصلحة بل على انتفاء المفسدة
ولو قيد ذلك بما اذا كان في التزام الصبي بالمهر مصلحة له بان كانت الزوجة مناسبة له وخاف فوتها بدون ذلك ونحوه قرب من الصواب
الا ان تخصيص النصوص الصحيحة بذلك لا يخلو من اشكال ولو كان الصبي مالكا لبعض المهر دون بعض لزمه منه بنسبة ما يملكه ولزم الاب الباقي
واطلاق النصوص والفتاوى يقتضي عدم الفرق في مال الصبي بين كونه مما يصرف في الدين على تقدير وغيره فيشمل ما لو كان له دار سكنى
ودابة ركوب ونحو ذلك ووجه الاطلاق ان الحكم بوجوب المهر في ذمته لا يقتضي صرف ماله المذكور في الدين وانما يقتضي ثبوته في ذمته
على هذا الوجه ويبقى الحكم بوفاء الدين من هذه الاشياء امرا اخر ومقتضى القواعد الشرعية ان لا يوفى منها وان طلبته الزوجة ويبقى في ذمة
الولد الى ان يقدر على الوفاء جمعا بين الاصلين اذا تقرر ذلك فنقول كل موضع لا يضمن الاب المهر فيه لو ادى تبرعا لم يرجع كما لو اداه اجنبي
ولو ضمنه صريحا تعلق المهر بذمته فلو ادى بعد ذلك هل يرجع به ام لا اختلف كلام العلامة في كره ففي موضع منها جوز رجوعه اذا قصد بالضمان
الرجوع محتجا بان قصد الرجوع هنا يجري مجرى اذن المضمون عنه في الضمان وفي موضع اخر قطع بعدم الرجوع محتجا بانه ادى ما لا وجب عليه بالشرع
وفي الفرق بين ضمانه كذلك واداء له ابتداء نظر لانه بالنظر الى الطفل متبرع في الموضعين وبالنظر الى كونه وليا منصوبا للنظر ورعاية المصلحة
للابن ينبغي عدم الضمان في الموضعين اذا ادى وضمن بطريق الولاية على قصد الرجوع على الطفل ويتجه على هذا ان يتقيد بكون ذلك مصلحة
للطفل فان مطلق وفاء الدين عن المعسر وانتقاله من مستحق الى اخر لا يكون مصلحة مط بل قد يكون كما لو كان المستحق الثاني اسهل من الاول وارفق
بالمديون وقد ينعكس فاذا انضم الى كون الاداء والضمان مصلحة للطفل قصد الرجوع عليه اتجه جوازه والا فلا واعلم ان النصوص والفتوى
موردها الاب اذا زوج ولده الصغير وفي تعدي الحكم الى الجد له وان علا وجهان من انه في معنى الاب بل هو اب حقيقة ولهذا كانت ولايته عليه
اقوى من ولاية الاب ومن منع كونه ابا حقيقة ولهذا صح سلبه عنه فيقال ما هو ابوه بل جده ومطلق الاستعمال اعم من الحقيقي والوجه الاقتصار
في الحكم المخالف للاصل على موضع اليقين وهو الاب قوله فلو دفع الاب المهر اه اذا دفع الاب المهر عن الصغير مع يسار الولد تبرعا او مع اعساره
لكونه ضامنا ثم بلغ الصبي وطلق قبل الدخول زال ملك المرأة عن نصفه وهل يعود الى الاب او الى الابن الاقوى الثاني وهو الذي قطع به المص
وان تردد فيه بعد ذلك لان المرأة ملكته بقبضها اياه منه سواء كان قد لزمه عن ذمة ام لا بعين تبرعا كان التمليك لها وخروج النصف بالطلاق
ثابت للزوج بالنص لا مبطل لملكها السابق حتى يقال انه يعود الى المالك وانما ملكه الابن بالطلاق عن غير ابيه فاشبه ما لو وهبه الاب الاجنبي ثم
وهبه الاجنبي للابن وقول المص لان ذلك يجري مجرى هبته اياه فلا يعود الى ملك الاب لان الاب لا يرجع في هبته ولده وعلى التقدير
فالتشبيه تقريب لا حاجة في الحكم اليه ووجه تردد المص في ذلك ما ذكرناه من ان المهر عوض البضع وهو ملك للولد قطعا فيكون عوضه
عليه ولزومه للاب من حيث الزامه ذمة الصغير الذي لا يحتاج الى النكاح لا يوجب كونه هبة له وان نزل منزلتها فلا يلزم مساواتها في
جميع الاحكام وانما القصد منه وفاء دين الولد فاذا برئت ذمته من النصف بالطلاق ينبغي ان يعود الى الاب ولان ظاهر قوله تعالى فنصف
ما فرضتم عوده الى الفارض وهو الاب فان قيل فلهن نصف ما فرضتم كان النصف الاخر باقيا على حكم الملك السابق وجوابه منع استلزام ملك
الولد للبضع كون عوضه عليه وانتقاضه بالمتنازع فان العوض على الاب اجماعا انما الكلام في عوده بعد خروجه عن ملكه ووجوب فائدته ثم لا
نقول ان دفع الاب له هبة حتى يلزم ما ذكروه وانما فرضناه منزلتها لما بيناه من المناسبة والا فهو دين وفاه للمستحق عليه وانتقاله من المستحق بالطلاق
ملك اخر فهو عائد الى الزوج لا اختيار فيه لاحد واما الاية فمقتضاها كون الفارض المطلق وان العائد اليه نصف ما فرض ومسئلة النزاع خارجة عنه
اذا عرفت ذلك فمقتضى قول المص فلو دفع الاب المهر الخ انه لو لم يكن دفعه لا يستحق الولد بل تبرأ ذمة الاب من النصف ويلزمه دفع النصف الى الزوجة
وبهذا قطع الشيخ في ط وبعده العلامة في عد ووجهه ما سبق من ان دفع الاب المهر بمنزلة الهبة للولد فبعد قبضها لا رجوع فيها وقبله غير محققة
فتبرأ ذمته من النصف فلا يملكه الولد لعدم القبض وهذا يتم لو كان الاب متبرعا بالدفع عن الصغير كما اذا كان الصغير موسرا او معسرا وقد
شرط الاب في العقد عدم الضمان على ذلك القول واما اذا كان لزمه ابتداء كما اذا كان الولد معسرا ولم يشترط عدم ضمانه فان المهر يلزمه
بالعقد سواء قبضته الزوجة ام لا حتى لو كان عينا ملكت نماءها كما سلف فلا يظهر الفرق بين قبضها وعدمه هنا والتعليل بالهبة لا يظهر
الا مع التبرع به لا مع لزومه ابتداء قوله لو ادى الولد اه ما تقدم من التعليل في الصغير آت في اداء عن الكبير بل هو به اولى لان الاب
متبرع محض عنه فهو كما لو تبرع بدين الغير بغير اذنه فهو بمنزلة الهبة للولد وانتقاله الى ملك الزوجة بالعقد بمنزلة تصرف المتهب في الموهوب والحق ان
النصف يعود الى الولد ايضا لما ذكرناه من انتقاله عن ملك الاب وعوده الى الولد المطلق بملك جديد وفي معناه ما لو دفعه عنه اجنبي
وهنا يظهر الفرق بين دفع الاب المهر الى المرأة وعدمه لانه لما لم يكن المهر لازما له فهو متبرع بالايفاء فلا يخرج عن ملكه الا بدفعه فان دفع الجميع
كان الحكم كما سبق وان دفع النصف وطلق الولد قبل الدخول سقط النصف الاخر عن ذمة الزوج ولم يجب على الاب ضمه الى الولد بغير اشكال
لانتفاء ما يقتضيه والمص تردد في حكم المسئلتين اعني دفعه عن الولد الصغير والكبير وقد سبق وجهه في الصغير واما وجهه في الكبير فلما عرفته

من ان دفعه قضاء دين عن الغير وهو لا يستلزم ان يكون هبة حتى يقال ان الولد ملكه ولا يصح للاب الرجوع فى هبة الولد وعلى تقديره كونه اجنبيا لا يلزم تنزيل الهبة على هذا الوجه منزلة الهبة المتصرف فيها اذ لا يبقى فى ابقاء المهر ما يدل على الهبة بوجه فلا يلزم تعلق حكمها به والاصل بقاء الملك على ما لكه حيث لم يتحقق قصد التمليك بل غايته ارادة ابراء ذمته من الدين فاذا برئت بالطلاق عاد المال الى اصله وجوابه ما سبق من الحكم بانتقال ملكه على تقدير الدفع الى المرئة قطعا وان لم يجعله ملكا للولد والزوج يستحق النصف بالطلاق بحكم جديد لا بحكم الملك السابق فعوده الى الملك الاول بعد العلم بانتقاله عنه يحتاج الى الدليل وان لم نقل بكونه هبة واما بناء الحكم على ان قضاء دين الغير هل يستلزم دخوله فى ملكه ضمنا ام لا وانه على تقدير الملك يكون هبة ام لا وان تصرف الموهوب هل يفيد منع الواهب من الرجوع ام لا وان المدفوع هل هو كالتالف بالعقدام لا فكله تكلف مستغنى عنه بالحكم بملك المرئة له قبل الطلاق وكون الطلاق ناقلا للملك للنصف لا مبطلا واعلم ان الشيخ فى ط قطع فى المسئلتين بعدم عود النصف المدفوع الى الوالد كما ذكره المص من غير تردد واتفق كلام العلامة فى كتبه فى ان الحكم فى الصغير كك واختلف كلامه فى الكبير ففى كرة والارشاد قطع بكون حكمه حكم الصغير فى عود النصف اليه وفى التحرير قوى رجوعه الى الاب بعد ان حكم بكونه للولد وفى عد استشكل بعد ان حكم بكونه للولد ايض وبالجملة فلم يتحقق فى الصغير خلاف وانما هو ظ فى الكبير وانما تردد المص نظرا الى ما يظهر من عدم افادة تعليلهم المدعى فان الشيخ وغيره انما عللوه بكونه هبة والهبة لا يرجع فيها بعد اقباضها للرحم او بعد التصرف فيها ولا يخفى قصور التعليل قوله اذا اختلفا اه اذا اختلف الزوجان فى اصل المهر بان ادعت الزوجة عليه المهر فقال لا مهر لك عندى او ما ادى ذلك من غير ان يتعرض الى القدر او التسمية وعدمها فقد اطلق المص وجماعة من الاصحاب تقديم قول الزوج مط اما اذا كان الاختلاف قبل الدخول فواضح لان مجرد العقد لا يستلزم المهر لانفكاكه عنه مع التفويض ثم يمكن استمرار برائته الى ان يموت احدهما قبل الدخول واما اذا وقع بعد الدخول ففى قبول قوله اشكال لان العقد ان اشتمل على مهر فهو اللازم به والاصل بقاؤه والا فاللازم بالدخول مهر المثل والمص بعد ان استشكل الحكم اولا عقبه بقبول قوله ايض مستندا الى البرائة الاصلية وتوجيهها ان العقد لا يستلزم المهر على الزوج ولا الدخول بل هو اعم فلا يدل على الخاص ووجه عمومه ان الزوج قد يكون صغيرا معسرا زوجه ابوه فكان المهر فى ذمة الاب او كان عبدا زوجه مولاه فكان لازما للمولى فمجرد النكاح المشتمل على الدخول لا يقتضى وجوب المهر فى ذمة الزوج فيتمسك عند الاختلاف باصالة برائة الزوج ويدخل فى عموم اليمين على من انكر وهذا التوجيه حسن حيث يكون الزوج محتملا لكونه باحد الوصفين فلو علم انتفاؤهما فى حقه بان كانت حريته معلومة ولم يتزوج المرأة المدعية الا وهو بالغ او مات ابوه قبل ان يتزوجها ونحو ذلك لم يتم التمسك بالبرائة الاصلية للقطع باشتغال ذمته بعوض البضع لا يخصها مرح فى الامرين على سبيل منع الخلو لانه ان كان لم يسم مهرا فقد استقر عليه مهر المثل وان كان قد سمى استقر المسمى والاصل عدم دفعه اليها واللازم من ذلك ان لا يلتفت الى انكاره بل اما ان يحكم عليه بمهر المثل او بما تدعيه المرأة ان كان اقل نظرا الى اصالة عدم التسمية الموجب لذلك واما ان يطالب بجواب اخر غير اصل الانكار فان ادعى تسمية حكم عليه بالمسمى الى ان يثبت برائته منه او عدمها فيثبت عليه مقتضى التفويض ومن الاصحاب من نظر الى ندور الامرين الموجبين لبرائة ذمته من المهر بعد الدخول فلا يعارضهما الاصل من ايجاب الوطى المحترم عوضا فاوجب عليه مهر المثل وهو اختيار العلامة فى الارشاد ولا بد من تقييده بعدم زيادته على ما تدعيه لان الزائد عنه منفى باقرار المدعى فلا يجب دفعه اليه فان قيل عوض البضع غير منحصر فى مهر المثل لانه كما يجوز ثبوته بالتفويض مع الدخول يجوز بتسمية مقداره مط فيحتمل تسميته اقل منه الى ان يبلغ فى القلة حد المتمول كما اشار اليه المص بقوله ولا اشكال لو قدره بارزة لان الاحتمال متحقق والزيادة غير معلومة واذا كان عوض البضع محتملا لجميع ذلك ومشتركا بينها لا يحكم بالقدر الزائد عن المحتمل لاصالة البرائة منه قلنا ثبوت القدر الاقل موقوف على تسميته فى العقد ولم يدعه الزوج والاصل عدمه بل عدم التسمية مط وان كان خلاف الظ الا ان الاصل مقدم على الظ الا فى النادر ومقتضى الاصل وجوب مهر المثل لانه المترتب على الدخول مع عدم التسمية ويمكن موافقة الظ له بوجه اخر بان يق الاصل عدم التسمية والظ المعتاد التسمية لكن مع هذا الظ فالظ ايض ان التسمية لا تقع بدون مهر المثل الا نادرا دون ذلك فى غاية الندور فى ساير الاصقاع والازمان فالاصل والظ متطابقان على ان المرئة مع الدخول بها تكون مستحقة مهر المثل فى ذمة الزوج عوض البضع فلا مانع من الحكم به خصوصا مع فرض انتفاء ذينك الامرين النادرين حتى لا يبقى فى الاصل شبهة واما احتمال تقدير ما دون ذلك فمنفى بالاصل والظ ولانه لم يدعه الزوج فلا يلتفت اليه وللعلامة قول اخر فى التحرير انه اذا وقع الاختلاف فى اصل المهر بعد الدخول يستفسر هل سمى ام لا فان ذكر تسميته كان القول قوله مع اليمين وان ذكر عدمها لزم مهر المثل وان لم يجب بشئ حبس حتى يبين وفيه نظر من وجوه احدها ان الاستفسار انما يجب مع عدم افادة الكلام فائدة بدونه وقد عرفت ان مجرد الاعتراف بالنكاح مع الدخول له حكم يترتب عليه فلا يجب الاستفسار وان كان جائزا وثانيها تقديم قوله لو ادعى التسمية ولا يخفى ما فيه لان الاصل عدمها فكيف يقدم قوله فيها وانما هو بالنسبة اليها مدع لا منكر فلا يكون القول قوله وفى عد اطلق تقديم قول الزوج فى التسمية ولم يذكر ذلك غيره وعموم اليمين على من انكر ينفيه وثالثها حبسه اذا لم يجب حتى يبين فانه يحتمل عقوبته لا بسبب لما ذكرناه من ان الدخول يقتضى حكما فيحكم بما يترتب عليه لان اقراره بالزوجية والدخول يستلزم اقراره بالحق حيث ينتفى عنه احتمال الامرين النادرين فلا وجه لحبسه ثم ان كان الواقع خلاف ما يحكم عليه فعليه ان يبينه ويدعيه فانا نحكم بالظ وبما يطابق القواعد الشرعية والله يتولى السرائر وفى عد حكم بتفصيل اخر اقل اشكالا من تفصيله

الطرف الرابع فى التنازع وفيه مسائل الاولى اذا اختلفا فى اصل المهر فالقول قول الزوج ولا اشكال قبل الدخول لاحتمال تجرد العقد عن المهر لكن الاشكال لو كان بعد الدخول فالقول قوله ايضا نظرا الى البرائة الاصلية ولا اشكال لو قدر المهر ولو بارزة وكذا لو ادعى ايضا متن لان الاحتمال متحقق والزيادة غير معلومة متن

فى التحرير لكنه غير مستوف للاقسام فقال انه ان انكر التسمية صدق باليمين لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة ومع الدخول مهر المثل والاقرب ان دعويها ان قصرت عنها يثبت ما ادعته ولو انكر الاستحقاق عقيب دعواها اياه ودعواها التسمية فان اعترف بالنكاح فالاقرب عدم سماعه هذا لفظه والقسم الاول منه لا اشكال فيه واما الثانى وهو انكاره الاستحقاق فهو اصل المسئلة لان القسم الاول وهو انكار التسمية مسئلة اخرى ولا اشكال فى قبول قوله فيه ثم على تقدير عدم سماع دعوى عدم الاستحقاق لم يبين ما ينبغى من الحكم هل يثبت عليه شئ او يطالب بجواب اخر وعلى تقدير المطالبة هل يضيق عليه لو لم يجب ام لا ومع ذلك بقى قسم اخر وهو ما لو ادعى قدرا وان قل كما ذكره غيره هو فى غيره ولا يبعد عنه ذكر اختلافهما فى القدر وانه راجع اليه لان تلك مسئلة اخرى غير هذه اذ اصل هذه دعواها عليه اصل المهر فيقر منه بدرهم مثلا وتلك فرضها دعواها قدرا واعترافه باقل منه ويمكن ان يق ان دعوى اصل المهر غير مسموعة بناء على عدم سماع الدعوى المجهولة فلا بد من تحريرها بالقدر فيرجع جوابه بالقدر الى الاختلاف فيه وعلى هذا فيكون ما ذكره اجود من قوله فى التحرير بعد ذلك ولا اشكال لو قدره باقل ما يصلح ان يكون مهرا وقول المص لو قدر المهر ولو بارزة وتحرير القول فيه بفرض المسئلة على اربعة اوجه احدها ان تدعى عليه الزوجة بالمهر مط فيقول ليس لك عندى مهر وهذا اصل المسئلة المفروضة الثانى ان تدعى عليه المهر كك فيقول نعم لك عندى درهم مثلا الثالث ان تدعى عليه الفا مهرا فيقول ليس لك عندى مهر الرابع ان تدعى عليه كك فيقول ما لك عندى سوى درهم مثلا وهذا الرابع هو مسئلة اختلافهما فى القدر وسيأتى والثلثة الاولى يرجع الى اختلافهما فى اصل المهر والذى اعتمده فى هذه المسئلة ان جوابه عقيب دعواها المهر مط او مقدرا اذا وقع بنفيه مط وكان مما يمكن فى حقه البرائة بان كان تزويجه مجهول الاصل بالنسبة الى مباشرة الاب له صغيرا ونحوه فالقول قوله مع يمينه لاصالة البرائة وان كان الفرض نادرا لان مجرد الاحتمال كاف فى استصحاب الاصل السابق وانما ينقطع بتيقن ناقل له عن حكمه وان لم يحتمل تعلق المهر بذمة غيره ابتداء بان علم انه كان عند تزويجه بها بالغا حرا فان كان قبل الدخول حكم عليه بمقتضى التفويض عملا بالاصل فان طلق قبل الدخول لزمه المتعة الآن بريد عن مدعاها ان حلفت على ذلك وان مات احدهما فلا شئ وان كان ذلك بعد الدخول حكم عليه بمهر المثل مع يمينها الا ان ينقص ما تدعيه فينتفى الحلف عليه لتطابق الاصل والظ عليه كما اسلفناه ولو عدل قبل اثبات ذلك عليه الى دعوى لا ينافى الاولى بان قال كنا سمينا قدرا ولكن وصل اليها او ابرئتنى منه ونحو ذلك سمعت الدعوى وترتب عليها حكمها من قبول قوله فى القدر وقبول قولها فى عدم القبض والابراء وان وقع جوابه ابتداء بالاعتراف بقدر معين قبل قوله فيه لاصالة البرائة من الزائد على اشكال فى هذا القسم يأتى ولو استفسر او اتفقا على التسمية او عدمها ورتب عليه حكمه كان حسنا الا انه غير متعين بقى فى المسئلتين امور ينبغى التنبيه عليه الاول فى قول المص وغيره لا اشكال لو قدر المهر ولو بارزة لان الاحتمال متحقق والزيادة غير معلومة نظر بل الاشكال واقع ايض لان دعواه ذلك القدر ان كان مطلقا اى مجردا عن ضميمة تسميته وعدمها فما سلف من موجب مهر المثل ات فيه واحتمال كونهما قدراه بذلك ابتداء يرجع الى الاختلاف فى التسمية والمقدم قول منكرها لا مدعيها فكيف مع الاطلاق وان كان مقيدا بدعوى تسميته وانكرتها فالقول قولها بغير خلاف لانها منكرة والاصل عدم التسمية وان كان مع اتفاقهما على التسمية ودعويها اكثر من ذلك فهى مسئلة الاختلاف فى القدر وسيأتى الكلام فيها الثانى لو وقع هذا الاختلاف بين ورثتهما او بين احدهما مع ورثة الاخر فحكمه حكم ما لو وقع بينهما ومثله ما لو ادعته الزوجة وقال وارث الزوج لا اعلم الحال او كان صغيرا او غائبا الثالث الارزة فى كلام المص وغيره على وجه المبالغة فى قبول قول الزوج ولو ادعى قدرا قليلا وهى كناية عن قول اقل متمول لا على وجه الحقيقة لانها غير متمولة الآن بعتبر قدرا من الوزن لاحد النقدين ومعه لا يحسن ايض لزيادتها عن اقل متمول والاولى جريانها على اصلها وجعلها بطريق المبالغة فى قبول القليل لا قبول نفسها من قبيل قوله تصدقوا ولو بشق تمرة ومن بنى مسجدا كمفحص قطاة فان ذلك على طريق المبالغة والكناية فان الله تعالى يقبل القليل والكثير الرابع ربما توهم بعض القاصرين ان هذه المسئلة اجماعية وان الاصحاب متفقون على قبول قول الزوج فى المهر مط نظرا الى اطلاق المص وجماعة قليلين ينحصر بهم الحكم كك وان قول العلامة بخلافه نادر لا يقدح فيه وهو ناش عن عدم تحرير حقيقة الاجماع على الوجه الذى يصير حجة عند الاصحاب ومع ذلك فكلام اكثر المتقدمين حتى الشيخ فى ط وبه خال عن فرض المسئلة وانما ذكر مسئلة الاختلاف فى قدره خاصة تبعا للنص الوارد فيه والمتعرضون لهذه المسئلة ذكروها بطريق الاجتهاد واختلف لذلك ارائهم حتى من الواحد فى ازمنة مختلفة كما اتفق للعلامة والمرجع فيها الى ما ساق اليه الدليل على الوجه الذى ذكروه او غيره قوله ولو اختلفا فى قدره هنا مسئلتان الاولى اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر بان ادعت انها تستحق عنده من جهة المهر مائة دينار سواء كان ذلك جميعه او بعضه وسواء كان ذلك قبل الدخول ام بعده فقال الزوج بل خمسون فالمشهور بين الاصحاب لا نعلم فيه مخالفا ظاهرا ان القول قول الزوج مع يمينه والاصل فيه قبل الاتفاق ظاهر صحيحة ابى عبيدة عن ابى جعفر ع فى رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فادعت ان صداقها مائة دينار وذكر الزوج انه اقل مما قالت وليس لها بينة على ذلك فقال القول قول الزوج مع يمينه ويؤيده اصالة برائة ذمته من الزائد وانه فيه مدعى عليه وهو منكر فالقول قوله ولا فرق بين كون ما ادعاه مما يبذل مهرا عادة لامثالها او عدمه عندنا لعموم الادلة واليه يرجع قول المص ولا اشكال لو قدره بارزة وان جعل من اقسام المسئلة الاولى ومقتضى اطلاق الاصحاب والرواية انه لا يستفسر هنا يكون ذلك تسمية ام من مهر المثل وللبحث فى ذلك مجال لانه لو كان بعد الدخول مع اتفاقهما على عدم التسمية فالواجب مهر المثل فاذا كان القدر الذى يعترف به اقل منه فدعواه فى قوة ابقاء

عنهما تثبت

ولو اختلفا فى قدره او وصفه فالقول قوله متن

يدعى عليه

الزايد او التخلص منه بالابراء ونحوه ومثل ذلك لا يقبل قوله فيه وكذا مع اتفاقهما على التسمية واعترافها بانها اكثر ولكن يدعى التخلص من الزايد والحق حمل الفتوى في النص على ما لو اطلقا الدعوى وادعى تسمية هذا القدر وادعت هي تسمية الازيد بل الشيخ في ط فرض المسألة في هذا القسم الاخير ومع ذلك ففيهما معا بحث لانه مع الاطلاق كما يحتمل كونه بطريق التسمية يحتمل كونه بطريق عوض البضع المحض وعوضه مهر المثل وانما يتعين مهره بالتسمية والاصل عدمها وهذا الاصل مقدم على اصالة البراءة لوجود الناقل منها ومع اختلافهما في قدر التسمية يكون كل منهما منكرا لما يدعيه الاخر منها فلو قيل بالتحالف ووجوب مهر المثل كان حسنا الا ان اطلاق الرواية الصحيحة المتناول لمحل النزاع يوليس ترجيح ما اطلقه الاصحاب على ما فيه من الجزاف ومن ثم قال العلامة في عد وليس بعيدا من الصواب تقديم من يدعى مهر المثل فان ادعى النقصان وادعت الزيادة تحالفا ورد اليه ولو ادعيا الزيادة المختلفة احتمل تقديم قوله لانه اكثر عن مهر المثل ولو ادعيا النقصان احتمل تقديم قولها ومهر المثل وعلى كل حال فلا خروج عما عليه الاصحاب وتناوله اطلاق النص الصحيح وان كان ما قربه العلامة في محل القرب لنا ثانية لو اختلفا في صفة المهر كالصحيح والمكسر والجيد والردي فالقول قول الزوج مع اليمين سواء كان ما يدعيه بقدر مهر المثل ام اقل وسواء كان قبل الدخول ام بعده لاصالة برائة ذمته مما يدعيه المرأة من الوصف الزايد والحق به بعض الاصحاب ما لو اختلفا في الحلول والتاجيل وفي تقدير الاجل بل جعلها من افراد الاختلاف في الصفة ويشكل بان الاصل عدم التاجيل وعدم زيادة الاجل عما تدعيه فهي المنكرة وهو المدعى فتقديم قولها فيهما م ولو قيل بالتحالف على تقدير الاختلاف في الصفة لان كلا منهما ينكر ما يدعيه الاخر خصوصا مع تصريح كل منهما بكون ما يدعيه هو الذي وقع عليه العقد كان وجها فيثبت مهر المثل الا ان يزيد عما تدعيه المرأة او ينقص عما يدعيه الزوج والحق جماعة من الاصحاب منهم الشيخ في ط وابن ادريس والعلامة في التحرير اختلافهما في جنسه بالاختلاف في قدره كما لو قالت المهر مائة دينار فقال بل مائة درهم واستدلوا عليه بان الزوج منكر فيكون القول قوله والاشكال فيه اقوى ووجه التحالف فيه اقوى الا ان الاصحاب اعرضوا عنه راسا وجماعة من العامة اثبتوه في اكثر هذه المسائل حيث الاختلاف في اصل المهر وما حققناه اظهر ولم يتعرض المص لاختلافهما في الجنس ولا العلامة في غير التحرير قوله اما لو اعترف بالمهر باعترافه وعدم التسليم فيكون مدعيا له وهي المنكرة فيقدم قولها وهذا مما لا اشكال فيه لكن في رواية الحسن بن زياد المرفوعة اذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر وقال الزوج اعطيتك فعليها البينة وعليه اليمين وهي ضعيفة السند مقطوعة لكن قد تقدم معنا صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي عبد الله ع وفي اخرها اذا اهديت اليه ودخلت بيته وطالبته بعد ذلك فلا شيء لها الا انه كثير لها ان تستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل ولا كثير وعمل بمضمونها ابن الجنيد وقدم قول الرجل في البراءة من المهر بعد الدخول وقواها ثم قبله والمذهب هو الاول فانه لا فرق بين وقوع الدعوى قبل الدخول وبعده قوله لو دفع قدر مهرها اه اذا دفع اليها شيئا سواء كان بقدر مهرها او اقل منه واختلفا فقال دفعته صداقا او من الصداق وقالت بل دفعته هبة فان كانت دعواها عليه انه نوى بالدفع الهبة من غير ان يتلفظ بما يدل عليها فالقول قوله بغير يمين لانه لو اعترف لها بما تدعيه لم يتحقق الهبة الا بانضمام لفظ يدل عليها فلا يفتقر الى اليمين وان ادعت تلفظه بما يدل على الهبة فالقول قوله مع اليمين لاصالة العدم ولانه منكر وتعليل المص بكونه ابصر بنيته يدل على القسم الاول لانه رجعه الى دعوى النية ومعه لا يحتاج الى التعليل بكونه ابصر بنيته لانه لو صرح بالنية لم يكف في الحكم بكونه هبة بل لا بد من انضمام اللفظ الدال عليه كقوله خذه هبة او هدية ونحو ذلك ولو اراد به القسم الثاني او ما يشمل الامرين كما يقتضيه اطلاق اللفظ لا التعليل لم يحسن التعليل ايض لانه ان وقع منه لفظ يدل على الهبة او الصداق حكم عليه به ظاهرا وان لم يعلم بنيته وان لم يقع منه لفظ يدل عليه لم يكف النية والظاهر ان المص حاول الجمع بين الحكمين كما نقله في ط وعد لكن التعليل لا يجري عليهما بل يمكن جريانه على قسم ثالث بان يكون قد عبر بلفظ يحتمل الهبة وغيرها كقوله خذ هذا وهذا لك او اعطيتك هذا ونحو ذلك من الالفاظ غير الصريحة في الهبة فانه لا يحكم بها الا مع انضمام القصد وانما يعلم ذلك من قبله فاذا ادعت قصد الهبة بمثل ذلك فالقول قوله لانه ابصر بنيته اما مع التصريح باحد القسمين كقوله خذه هبة او مهرا فلا يفتقر الحكم بمدلوله الى العلم بنيته لانه صريح في مدلوله ويمكن بناء كلام المص على ان المعاطاة تكفي في الهدية وهي نوع من الهبة فاذا اختلفا في قصدها قبل قوله بيمينه لانه ابصر بنيته وهذا اقرب الى مراده وقد تقدم البحث في ذلك في باب الهبة قوله اذا خلا اه اذا ادعت بعد الخلوة التامة الخالية من موانع الوقاع الدخول وانكر فان كانت بكرا فلا اشكال لامكان الاطلاع على صدق احدهما باطلاع الثقات من النساء عليها وذلك جائز لمكان الحاجة كنظر الشاهد والطبيب وان كانت ثيبا تعارض الاصل والظاهر لكن الاقوى تقديم الاصل لان وجود القدرة والداعي وانتفاء الصارف مظنون لا معلوم ومعها لا بد لفعل القادر من ترجيح والاصل عدمه وقد تقدم البحث في هذه المسألة وما يدل من الاخبار على الطرفين في ان الخلوة هل تكفي في استقرار المهر من دون الجماع ام لا قوله لو اصدقها تعليم سورة المراد انه ادعى تعليمها وانكرت وزعمت انه علمها غيره واكتفى بدعواها ذلك لدلالة المقام على التنازع ودلالة التعليل واراد بقوله لانها منكرة لما يدعيه انه يدعي تعليمها بدعوى اقباض المهر وهي تنكره فيرجع الى الاختلاف في تسليمه وقد علم ان القول قولها لاصالة عدم الاقباض ويحتمل اجرة مثل التعليم لتعذره كما سبق ومثله ما لو ادعى تعليمها السورة المعينة فادعت انه علمها غيرها قوله اذا اقامت اه اذا اختلف الزوجان المتفقان على وقوع عقد نكاح بينهما في وقتين او مع اقامة البينة على العقدين فادعى الزوج التكرار المحض اما على وجه الاحتياط في تصحيحه او لاشهاره او مجردا وادعت المرأة ان كلا منهما عقد شرعي وان لم يذكر سبب الفرقة من العقد الاول لان الدعوى

تدل عليه

تدل عليه ولان دعوى المشروط يستلزم وقوع الشرط فقدم قولها عملا بالحقيقة الشرعية فان العقد حقيقة شرعية في السبب المبيح للبضع واستعماله في نفس الايجاب والقبول المجردين عن الاثر مجاز بحسب الصورة كتسمية الصورة المنقوشة على الجدار فرسا ومثله ما لو قال للغير بع هذا العبد مني ثم ادعى انه ملكه فانه لا يلتفت اليه ويجعل الاستباعة اقرارا له بالملك ولا يعتد بقوله اني طلبت منه صورة البيع ولا يعتبر التعرض في الدعوى للوطي لان المهر المسمى يجب بالعقد على اصح القولين والمراد بقول المص لان الظاهر معها ان الظاهر من اطلاق اللفظ حمله على حقيقته دون مجازه واراد بالظاهر معنى الاصل من حيث ان استعمال العقد في غير حقيقته خلاف الظاهر في الاستعمال وان كان المجاز في نفسه كثيرا شايعا اذا تقرر ذلك فالذي يلزمه بالعقدين فيه اوجه احدها وهو الذي اختاره المص انه يجب عليه مهران لان كل عقد سبب تام في وجوب المهر والاصل استمراره ولانه لا ينتصف الا بالطلاق وفي سماع دعواه منه نظر لانها منافية للدعوى الاولى لو صرح بها وثانيها انه مهر ونصف وهو الذي حكاه المص ثانيا اختاره الشيخ في ط ونقله في المبسوط عن والده سديد الدين لان الفرقة متحققة ليصح العقد الثاني والوطي غير معلوم والاصل عدمه وثالثها لزوم مهر واحد لان من اسباب الفرقة ما لا يوجب مهرا ولا نصفه كردتها واسلامها وفسخه بعيبها قبل الدخول وفسخها بعيب غير العنة قبله ويمكن فرضه ايضا بالطلاق في الاول قبل الدخول وفي الثاني كذلك والاقوى وجوب المهرين لاصالة بقائهما في ذمته الى ان يحصل المزيل وهو غير معلوم ومجرد الفرقة اعم من كونها مسقطة وعليه الان ان يدعى عدم الاصابة في الاول والطلاق فيلزمه مهر ونصف او يدعي الطلاق في الثاني ايضا قبل الدخول فمهر واحد يجمع بينهما او يدعي الفسخ باحد الاسباب الموجبة لعدم المهر مع امكانه فيجب المهر الثاني خاصة او يدعي الطلاق قبل في الثاني فنصفه لا غير لكن يشكل قبول دعواه الفسخ بالعيب لاصالة عدمه ويظهر من الشهيد في شرح الارشاد قبوله محتجا بان تجويزه ينفي القطع بالزيادة على المهر الثاني وهذا بخلاف دعوى الطلاق فانه بفعله ويرجع فيه اليه واما الدخول فالاصل عدمه كما ان الاصل استصحاب المهر كملا الى ان يدعى المزيل فلو سكت عن الدعوى ثبت المهران على الاقوى هذا كما ان المستودع بعد ثبوت الايداع مطالب بها ومحبوس عليها ما دام ساكتا فان ادعى تلفها او ردها صدق بيمينه وانقطعت المطالبة قوله في القسم القسم بفتح القاف مصدر قسمت الشيء اقسمه وبالكسر الحظ والنصيب وبالتحريك هو التقدير ويمكن اعتبار القسم بين الزوجات منها وهو حق واجب لمن يجب الانفاق عليه من الزوجات لقوله تع وعاشروهن بالمعروف وللاخبار والتاسي قوله لكل من الزوجين لا خفا في ان لكل من الزوجين حقا على الاخر قال الله تع قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم يعني من الحقوق التي لهن على الازواج من النفقة والمهر وغيرهما وقال الله تع وعاشروهن بالمعروف وقال ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف والمراد تشبيه اصل الحقوق باصل الحقوق لا في كيفيتها لاختلافها وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر ع قال جاءت امرأة الى النبي ص فقالت يا رسول الله ما حق الزوج على الزوجة فقال ان تطيعه ولا تعصيه ولا تتصدق من بيته الا باذنه ولا تصوم تطوعا الا باذنه ولا تمنعه نفسها وان كانت على ظهر قتب ولا تخرج من بيتها الا باذنه فان خرجت بغير اذنه لعنتها ملائكة السماء وملائكة الارض وملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتى ترجع الى بيتها قالت فمن اعظم الناس حقا على الرجل قال والداه قالت فمن اعظم الناس حقا على المرأة قال زوجها قالت فما لي عليه من الحق مثل ما له علي قال لا ولا من كل مائة واحدة فقالت والذي بعثك بالحق نبيا لا يملك رقبتي رجل ابدا وقال ص لا يصلح لبشر ان يسجد لبشر ولو صلح لامرت المرأة ان تسجد لزوجها من عظم حقه عليها والذي نفسي بيده لو كان من قدميه الى مفرق راسه قرحة تنبجس بالقيح والصديد ثم استقبلته تلحسه ما ادت حقه وقال ص اكمل المؤمنين ايمانا احسنهم خلقا وخياركم خياركم لنسائهم وروى شهاب بن عبد ربه قال قلت لابي عبد الله ع ما حق المرأة على زوجها قال يسد جوعتها ويستر عورتها ولا يقبح لها وجها فاذا فعل ذلك فقد والله ادى حقها اذا تقرر ذلك فالواجب على كل منهما القيام للاخر بالحقوق التي عليه من غير ان يحوج صاحبه الى طلبها والاستعانة بغيره وان لا يظهر الكراهة في تادية الحق بل يؤديه باستبشار وانطلاق وجه وان يكف عما يكرهه صاحبه من قول وفعل بغير حق ومنه تمكين الزوجة الزوج من الاستمتاع وازالة ما ينفر منه لان ذلك من مقدمات الواجب وهو من جملة ما عليهن بالمعروف ومنه عدم الخروج من منزله بغير اذنه ولو الى بيت اهلها حتى عيادة مرضيهم وحضور ميتهم وتعزيتهم قوله والقسمة بين الازواج لما كان الغرض من القسمة الايناس والعدل بين الزوجات والتحرز عن الايذاء والايحاش بترجيح بعضهن على بعض لم يفرق فيها بين الحر والعبد ولا بين العنين والفحل ولا بين الخصي وغيره لاشتراك الجميع في الفائدة المطلوبة منه والوقاع غير واجب واما المجنون اذا كان له زوجات متعددة ويتصور ذلك فيمن بلغ رشيدا فتزوج اكثر من واحدة ثم عرض له الجنون او زوجه وليه صغيرا اكثر من واحدة ثم بلغ مجنونا لا في غير ذلك لان المجنون البالغ لا يجوز لوليه ان يزوجه اكثر من واحدة لانتفاء الحاجة بها ثم لا يخ اما ان يكون جنونه مطبقا او ادوارا فان كان الثاني فهو وقت الافاقة كغيره من المكلفين وفي غيرها كالمطبق ثم ان لم يؤمن منه فلا قسم في حقه وان امن فان كان قد قسم لبعض نسائه ثم جن فعلى الولي ان يطوف به على الباقيات قضاء لحقوقهن كما يقضي ما عليه من الدين وكذا اذا طلبن ان جعلنا حق القسمة مشتركا بينهما وان جعلناه مخصوصا بالزوج لم يجب على الولي الاجابة ولو اراد التاخر الى ان يفيق فيتم الموانسة فله ذلك وان لم يكن عليه شيء من القسم بان كان معرضا عنهن جمع او جن بعد المثوبة بينهن فان راى منه الميل الى النساء او قال اهل الخبرة ان غشيانهن ينفعه فعلى الولي ان يطوف به عليهن او يدعوهن الى منزله او يطوف على بعضهن ويدعو بعضهن كما يرى وليس له ان يجور لان الولي عاقل وليس للعاقل الجور في قسم زوجاته ولا يفضل بعضهن فان جار وقسم لاحديهن اكثر اثم فاذا افاق المجنون فالمشهور ان عليه القضا لمن نقص من حقها ولو قيل بعدم وجوب القضا

على الحر

على المجنون وبقاء الحق في ذمة الولي كان وجها لان المجنون غير مكلف والقضاء تابع للتكليف بالفعل او ثابت بامر جديد وهو منتف هنا ولو اقتضى الميل او المصلحة لم يجب على الولي ان يقسم به ويظهر من العبارة وجوب القسم مطلقا وهو مبني على القول باشتراك الحق بين الزوجين وطلب ذلك لكن المصنف لا يقول به كما سيأتي فعدم الوجوب هنا اجود قوله وقيل لا تجب القسمة لا خلاف بين العلماء في وجوب القسم بين الزوجات في الجملة لما فيه من العدل بينهن وتحصينهن والمعاشرة بالمعروف المامور بها ولان النبي ص مات عن تسع وكان يقسم لثمان منهن لان سودة بنت زمعة وهبت ليلتها لعائشة حين اراد النبي ص طلاقها لما كان بها من الكبر فسالته ان يتركها في جملة ازواجه ووهبت ليلتها لعائشة وصنعه يستفيد جواز هبة الليلة والتاسي به واجب وهل هي واجبة بنفس العقد والتمكين ام تتوقف على الشروع فيها قولان مبنيان على انها هل هي حق للزوج ابتداء او لهما فذهب الشيخ في ط ومن تبعه الى الاول فلا تجب الا اذا شرع لانه تبرع عن مقتضى تخصيص الاولى والعدل ولجب بين الزوجات وهو الذي اختاره المصنف ويدل عليه ان حق الاستمتاع ليس للزوجات ومن ثم لم يجب على الزوج بذله لهن اذا طلبنه وان بات عندهن والجماع لا يجب الا في كل اربعة اشهر مرة كما مر والمتيقن كونه حقا للزوج فله طلبه متى شاء والاعراض عنه كذلك وانما وجب لكمال الدور مع الابتداء به مراعاة للعدل ولظ قوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فانه يدل على ان الواحدة كالامة لا حق لها في القسمة المعتبر فيها العدل ولو وجبت لها الليلة من الاربع لساوت غيرها وكل من قال بعدم الوجوب لها قال بعدمه للازيد الا مع الابتداء بواحدة فتجب التسوية لاصالة برائة الذمة من وجوبها في محل النزاع والمشهور بين الاصحاب وجوب القسمة ابتداء للتاسي بالنبي ص فقد كان يقسم بينهن كذلك دائما حتى كان يطاف به في مرضه محمولا فيبيت عند كل امراة ليلة حتى حللنه ان يبيت عند عائشة وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك وانت اعلم بما لا املك يعني من جهة الميل القلبي ولقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف والامر للوجوب وليس الامر هنا للمرة بل هو للتكرار وليس في كل الاوقات فينبغي ان يكون بحسب ما يقتضيه القسم اذ لا قائل بثالث ولاطلاق الامر بها في قول الباقر ع قسم للحرة الثلثين من ماله ونفسه وللامة الثلث من ماله ونفسه وفي كل واحد من الادلة نظر لان النبي ص لم يكن يفعل ذلك على وجه الوجوب لما تقدم من ان الاصح عدم وجوب القسمة عليه لقوله تعالى ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ومن ابتغيت ممن عزلت فلا جناح عليك والتاسي به انما يجب فيما يجب لا فيما يختص به فانه ص تركهن شهرا او اعتزل في غرفة بسبب موجدة وجدها على بعضهن ولم يكن الايذاء والتقصير الموجب له صدر عن جميعهن فلو كان واجبا عليه لاقتصر على هجر المستحقة لخاصة والمعاشرة بالمعروف لا يدل على وجوب المبيت عندهن باحد الدلالات بل يمكن تحققها بدون ذلك كالايناس والانفاق وتحسين الخلق والاستمتاع في النهار او في الليل مع عدم استيعاب الليلة بالمبيت بل مع عدم المبيت على الوجه الذي اوجبه القائل بل يمكن تحصيل المعاشرة بالمعروف وزيادة في الاوقات مع عدم مبيته عندهن على ذلك الوجه وفواتها او اهمالها مع المبيت حيث يقتصر على اقل الواجب وبالجملة فدلالتها على وجوب القسمة دائما بعيدة جدا واما الرواية ففيها اولا ضعف السند وثانيا تضمنها ما ليس بواجب في هواية بقسم للحرة الثلثين من ماله وللامة الثلث منه وهو قرينة عدم ارادة الوجوب من الخبر وعلى تقدير حمله على ظاهره يلزم منه ما هو خلاف الاجماع وهو الامر باعطاء الحرة الثلثين من النفس الشامل ذلك لثلثي الوقت وذلك غير واجب اجماعا وهذا كله يدل على الاستحباب ونحن نقول به قوله فمن كان له زوجة واحدة الخ هذا تفريع على المشهور من وجوب القسمة ابتداء مط وتحرير الواجب من القسمة على هذا التقدير بفرض دور القسمة اربع ليال لان الله تعالى اباح له ان ينكح اربع نسوة لا ازيد فللزوجة من الاربع ليلة ثم ان لم يكن له غيرها بقي له من الدور ثلث ليال يبيتها حيث يشاء فاذا انقضت الاربع وجب ان يبيت عندها ليلة ثم يفعل في ليالي الثلث ما شاء وهكذا ومن كان له زوجتان فلكل واحدة ليلة ويفضل له من الدور ليلتان يبيتهما حيث يشاء وله تخصيص واحدة منهما بهما وان كانت التسوية بينهما افضل ومن كان له ثلث زوجات فلهن ثلث ليال ويبقى له من الدور ليلة يضعها حيث يشاء ويخصها بمن شاء منهن ويقسمها بينهن وبين بعضهن على التساوي والاختلاف ومن كان له اربع تحمل الدور لهن ولم يكن له الاخلال بالمبيت عند صاحبة الليلة ابدا مع الاختيار وعدم اذنها وكلما فرغ من الدور استانف الاولى على الترتيب الذي فعله في الدور الاول وعلى ما اختاره المصنف من عدم وجوبها الا اذا ابتدء بها لا يجب القسم للزوجة الواحدة مط بل له ان يبيت عندها متى شاء ويعتزلها متى شاء وان كان له اثنتان جاز له ترك القسم بينهما ابتداء بحيث لا يبيت عند واحدة منهما بل يبيت وحده في بيت معتزل عنهما عند امة او نحوها ممن لا قسمة لها او في المسجد او عند صديق فان بات عند واحدة منهما ليلة وجب عليه ان يبيت عند الاخرى ليلة مراعاة للعدل بينهن ولما فيه من المعاشرة لهن بالمعروف المامور بها ولقوله ص من كان له امراتان فمال الى احديهما جاء يوم القيمة وشقه مائل او ساقط فاذا ساوى بينهما في ذلك جاز له اعتزالهما وترك القسم الى ان يريد المبيت عند احديهما فيلزمه ذلك للاخرى وهكذا وكذا القول فيمن له ثلث او اربع ومتى ساوى بينهن جميعا ثم اعرض عنهن جاز كما في الابتداء ومما يتفرع على القولين انه لو كان عنده منكوحات لا قسم لهن كالاماء فعلى الاول ليس له ان يبيت عندهن الا في الفاضل له من دور القسمة فلو كان عنده اربع منكوحات بالعقد الدائم لم يكن له ان يبيت ابتداء عند الامة مط الا باذن صاحبة الليلة وعلى القول الاخر يجوز له ان يبيت ابتداء عند من لا يجب لها القسمة ويستمر على ذلك مع واحدة منهن او انتقالا وعند الجميع مساويا او مفاضلا الى ان يبيت عند مستحقة القسمة ليلة فيجب المبيت عند الباقيات من ذوات القسمة ان كان عنده ازيد من واحدة فاذا ساوى بينهن جاز له العدول الى من لا يستحق القسمة كما مر ويستمر الى ان يرجع الى ذات القسمة وهكذا قوله وهل يجوز ان يجعل الخ اذا قلنا بوجوب القسمة ابتداء او ارادها حيث يكون عنده ازيد من واحدة فاقل القسمة بينهن

ليلة ليلة ولا يجوز النقصان عنها لانه ينقص الحق ويبطل الاستيناس ولان اجزاء الليل يعسر ضبطها غالبا وهل يجوز ان يجعلها ازيد من ليلة قيل نعم ذهب اليه الشيخ في ط وجماعة للاصل وحصول الغرض حيث يحصل التسوية بينهن في الزمان ولان الحق له فيتقدر بما اراده وحقهن انما هو في العدل والتسوية وهو متحقق وقيل لا يجوز الزيادة على ليلة تاسيا بالنبي ص ولما فيه من الاضرار والتغرير اذ قد يحصل لبعضهن القسم ويلحقه ما يقطعه عن القسم للباقيات وهذا هو الذي اختاره المصنف والمتاخرون وفيه نظر لما تقدم من ان فعل النبي ص كان على وجه الاستحباب ولا شبهة في رجحان كونه ليلة ولا يدل على المنع من الزائد وخوف الضرر بالزيادة عن الليلة مطلقا ممنوع بل ربما كانت الزيادة عنها بمثل الليلتين والثلث انسب بحالهن واقرب الى مطلوبهن وحصول العارض المانع من اكمال القسمة مشترك بين الليلة والازيد ولو سلم امكن تقييد الجواز بما لا يوجب الضرر عادة وعلى القول بجواز الزيادة هل يتقدر بقدر ليس في الادلة ما يقتضي الحصر في عدد الا ان المدة الطويلة كالسنة ممتنعة قطعا من حيث انتفاء المعاشرة بالمعروف معها وبالاضرار بها غالبا وفي ط قدرها بثلث ليال واعتبر في الزائد عنها رضاهن ويظهر من ابن الجنيد جواز جعلها سبعا وفي حد الطول عدم تقديرها كثرة من غير تقييد برضاهن وقد عرفت انه لا دليل على الحصر الا من جهة العموم كالاضرار ونحوه وان كان الاقتصار على الليلة اولى للتاسي وموضع الخلاف مع تساويهن في الاستحقاق اما مع التفاضل فلا اشكال في جواز القسمة ازيد من ليلة كما سياتي قوله ولو تزوج اربعا الخ اذا اراد الابتداء بالقسمة سواء اوجبناها ابتداء او مع اختيارها ففي كيفية البدائة قولان احدهما انه يحكم بالقرعة فمن خرج اسمها بدا بها فان كانتا اثنتين اكتفى بالقرعة مرة واحدة لان الثانية تعينت ثانيا وان كن ثلثا اقرع بين الثلث ثانيا ثم بين الاثنتين ثالثا تحرزا عن التفضيل والترجيح ولانه ليس واحدة منهن اولى بالتقديم من الاخرى فالتقديم بالقرعة عدل ولان تقديم واحدة بغير قرعة يقتضي الميل اليها فيدخل في الوعيد السابق من الخبر النبوي من كان له امراتان فمال الى احديهما جاء يوم القيمة وشقه مائل ولان النبي ص كان يقرع بين نسائه اذا اراد سفرا ويصحب من اخرجتها القرعة والثاني انه لا تجب القرعة بل يجوز ان يبدء بمن شاء منهن ثم يختار ثانيا وثالثا الى ان ياتي عليهن للاصل ولانه على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمة يسبيل من الاعراض عنهن جميعا وما لم يبت عند بعضهن لا يلزمه شيء للباقيات فلا يحتاج الى القرعة ابتداء وهذا اقوى وهو الذي اختاره المصنف والاكثر ويتخرج في المسئلة وجه ثالث وهو انه لا تجب القرعة ابتداء ولكن تجب بين الباقيات اذا كن ازيد من واحدة اما الاول فلما قلناه من عدم وجوب الابتداء بالقسمة وانه لا يجب الا اذا ابتدا بواحدة فيجب الاكمال للباقيات فعند ارادة القسمة لم يتعلق به وجوب حتى يقرع بين افرادهن المتعددة فيه وانما وجب للباقي بمبيته عند الاولى وقد كان بمجرد الاختيار فاذا تمت نوبتها وجب القسم للباقيات فاذا تعددن اعتبر التقديم بالقرعة لعدم الاولوية مع اشتراكهن في الوجوب اذا تقرر ذلك فنقول اذا اقرع بينهن وتمت النوبة فلا حاجة الى اعادة القرعة بل يراعي ما اقتضته من الترتيب الاول وجوبا او استحبابا هذا ان اوجبنا القسمة او اراد العود اليها على الاتصال اما لو اعرض عنهن مدة طويلة ففي وجوب البناء على الترتيب السابق نظر لان القسمة الحاضرة حق جديد لا تعلق له بالسابق بل يحتمل سقوط اعتباره وان عاد على الاتصال حيث لا يوجبها مط لانه كالمتجدد وعلى هذا التقدير له حكم براسه ولو بدء بواحدة من غير قرعة على القول بوجوبها فقد اساء ويقرع بين الباقيات وهل يعود بعد تمام النوبة الى التي بدا بها ظلما حيث يتعذر العود الى الترتيب الاول وجهان من حصول الترتيب في نفسه وان اقترن بالظلم ومن سقوط اعتبار البدئة شرعا فيعتبر القرعة كما لو ابتدء بالقسم وهذا اجود بقي البحث في امرين احدهما ان الخلاف في وجوب القرعة وعدمها واقع على القولين السابقين اعني وجوب القسمة ابتداء او مع البداءة بها كما اشرنا اليه سابقا وقد صرح بذلك الشيخ في ط حيث لم يوجبها ابتداء واوجب البداءة بالقرعة فقال اذا كان له اربع زوجات لا يجب عليه القسم ابتداء لانه حق له فاذا اسقطه لا يجبر عليه ثم قال فاما ان اراد ان يبدء بواحدة منهن فيجب عليه القسم لانه ليس واحدة منهن اولى بالتقديم من الاخرى فعليه ان يقسم بينهن بالقرعة فمن خرج لها القرعة قدمها هذا هو الاحوط وقال قوم قدم من شاء منهن انتهى كلامه وهو صريح في ايجاب القرعة على القول بعدم وجوب القسمة ابتداء وان كان قد جعله اخيرا الاحوط ولكن العلامة في عد بنى القول بوجوب القرعة على القول بوجوب القسمة ابتداء فقال وهل يبدأ بالقرعة او الاختيار يبنى على الوجوب وعدمه وهذا البناء ليس بجيد لما عرفت من وقوع الخلاف على القولين ويمكن حمل كلامه على بناء الحكم بوجوب القرعة على القولين عنده ولا بنائه في نفسه بمعنى انه ان قال بوجوب القسمة مط يقول بوجوب القرعة والا فلا وجه له حسن لانه مع وجوبها يشترك الجميع في استحقاق القسمة فالبدائة بواحدة دون اخرى ترجيح من غير مرجح وميل منهي عنه بخلاف ما اذا لم يوجبها الا مع الابتداء فانه عند الابتداء بالاولى لا استحقاق لواحدة منهن وانما يتعلق حقهن بتمام الليلة كما اشرنا اليه سابقا وعلى هذا لا يتوجه عليه النقض بحكم الشيخ في ط بوجوب القرعة مع عدم وجوب الابتداء بالقسم لانه بناء الحكم عنده لا مط والثاني ان فيهما منه ارادة الاطلاق فاورد عليه كلام الشيخ الثاني فرض المص الحكم فيما لو تزوج اربعا دفعة على جهة المثال لا الحصر لان الخلاف يجري وان تزوجهن على الترتيب اما على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمة فظاهر لو كان معرضا عمن تزوجهن اولا ثم تزوج غيرهن واراد القسمة جاء في البدئة الخلاف وكذا لو قسم لاثنتين واكمل الدور لنفسه ثم تزوج ثالثة واما على القول بوجوب القسمة مط فلان الخلاف فيمن تزوج بها على راس كل دور بان بات عند ثلث ثلث ليال وتزوج رابعة او عند اثنتين ليلتين وتزوج ثالثة او اثنتين قوله والواجب في القسمة الخ المراد بالمضاجعة ان ينام معها على الفراش قريبا منها عادة معطيا لها وجهه دائما او اكثريا بحيث لا يعد هاجرا وان لم يتلاصق الجسمان او بعضهما ولا يعتبر المواقعة لما تقدم من انها لا تجب الا في كل اربعة اشهر مرة ولانها غير مقدورة في كل وقت

وانما يناط بالنشاط والشهوة وهي لا تتولى حيث يريد بل هو حق له فامره بيده عدا ما استثنى قوله ويختص الوجوب الخ وهو المروى عماد القسم الليل
قال الله وهو الذي جعل الليل لتسكنوا فيه وقال الله وجعلنا الليل لباسا والنهار معاشا وذلك لانه وقت التردد والانتشار في الحوائج فلا يجب فيه
القسمة لكن يستحب ان يجعل النهار لصاحبة الليلة مبتدئا بالليل لانه المعتبر في التواريخ الشرعية ويجوز العكس ويظهر من الشيخ في ط وجوب الكون
معها نهارا لانه قال وكل امرأة قسم لها ليلا فان لها نهار تلك الليلة ولكن حكمه ليس كالليل فانه يجوز الدخول نهارا الى الضرة لعيادة وزيارة
وحاجة كاعطاء النفقة ونحوها على القولين وانما تظهر فائدته في عدم جواز اللبث معها لغير حاجة ولا الجماع بخلاف الليل فانه لا يجوز الا لضرورة
كعيادة مريضة هكذا قرره الشيخ ولم ينقل المص ولا غيره خلافه والقول الذي نقله بوجوب الكون في صبيحة الليلة عندها لابن الجنيد فانه قال
العدل بين النساء هو اذا كن حرائر مسلمات لم يفضل احداهن على الاخرى في الواجب لهن من مبيت بالليل وقيلولة صبيحة تلك الليلة واستدل
له المص وغيره برواية ابرهيم الكرخي قال سألت ابا عبد الله عن رجل له اربع نسوة فهو يبيت عند ثلث منهن في لياليهن ويمسهن فاذا نام
عند الرابعة في ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا اثم قال انما عليه ان يكون عندها في ليلتها ويظل عندها صبيحتها وليس عليه ان يجامعها اذا
لم يرد ذلك والى هذه الرواية اشار المص بقوله وهو المروى وفي دلالة الرواية على مذهب ابن الجنيد نظر لان الصبيحة تطلق لغة على اول
النهار والقيلولة التي اوجبها ابن الجنيد يكون في وسط النهار لانها لغة النوم نصف النهار ومع ذلك ليس في كلام ابن الجنيد ان يكون معها في
الصبيحة بل في القيلولة خاصة وهذا بخلاف ما في الرواية والاولى حمل الرواية على الاستحباب لقصورها عن افادة حكم الوجوب من جهة السند
والامر في الاستحباب اسهل وكذا الحكم في بقية النهار وهذا كله فيمن لا يكون كسبه ليلا كالحارس والاتوني والا فعماد القسمة في حقهما واشباههما
النهار وحكم الليل عندهم كنهار غيرهم والنهار كالليل عند غيرهم في جميع ما ذكر ولو اختلف عمله فكان يعمل تارة بالليل ويستريح بالنهار ويعمل
اخرى بالنهار ويستريح بالليل وجب مراعاة التسوية بين زوجاته بحسب الامكان فان شق عليه ذلك لزمه لكل واحدة ما يتفق في نوبتها من ليل
او نهار قوله اذا كانت الامة الخ اذا كان له زوجة امة مع حرة حيث يجوز الجمع بينهما بان يكون عبدا او قد تزوج الامة اولا لفقد شرط الحرة ثم
وجده فتزوج الحرة فالمشهور ان للامة نصف حق الحرة ولما كانت القسمة لا تصح من دون ليلة كاملة جعل للحرة ليلتان وللامة ليلة وليكن ذلك
من ثمان جمعا بين حقهما وحق الزوج فيكون له منها خمس ليال ولهما ثلث هكذا ذكره جماعة من المتاخرين ولا يخ من نظر لان تنصيف الليلة في القسمة
يجوز لعوارض كما سيأتي وان لم يجز التنصيف ابتداء فلا مانع من كونه هنا كذلك ولما كان الاصل في دور القسمة اربع ليال فالعدول الى جعله
من ثمان بمجرد ذلك مشكل خصوصا اذا قيل بجواز جمع ليلتي الحرة من الثمان لان ذلك خلاف وضع القسمة شرعا وهذا كله اذا اوجبنا القسمة ابتداء
اما لو لم نوجبها الا مع الابتداء بها وفي الحرة والامة بما ذكر ولا سقط حقهن الى ان يبيت باحديهن من غير اعتبار دور وكذا القول في باقي الصور
الاتية وذهب المفيد الى ان الامة لا قسمة لها مط والاصح المشهور لصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما قال سألته عن الرجل يتزوج المملوكة على الحرة
قال لا فاذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي ما يقسم للمملوكة وفي معناها غيرها قوله والكتابية كالامة الخ مساواة
الحرة الكتابية للامة في القسمة لا نص عليه لكنه مشهور بين الاصحاب وذكر ابن ادريس انه مروى وربما استدل له باقتضاء الاسلام ان يعلو على غيره
ولا يعلى عليه فلو ساوت المسلمة لزم عدم العلو وفيه نظر لان مثل ذلك لا يقاوم الادلة العامة المتناولة لها وعلو الاسلام يتحقق في غير اداء
الحقوق الشرعية فان المسلم والكافر فيه سواء وعلى المشهور لو كانت الزوجة امة كتابية كانت على نصف الامة المسلمة فيكون لها مع الحرة المسلمة
ربع القسمة فيكون لها ليلة من ستة عشرة وللحرة المسلمة اربع والباقي للزوج حيث لا يكون له غيرهما واعلم ان اجتماع المختلفات يتشعب الى صور
كثيرة وقد عرفت اصولها فلا يخفى عليك حكم باقي الفروع وحيث يجتمع للزوجة بسبب مصاحبة من دونها اكثر من ليلة يصير الدور هو العدد
الخارج منه ما يراد من القسمة كالثمان حيث يكون هناك حرة وامة فالليلتان للحرة منها بمنزلة الليلة من الاربع فيتخير الزوج بين ايقاعهما اياها
مجتمعين ومتفرقين ويحتمل وجوب جعلهما في كل اربع ليلة كما كان لها ذلك قبل دخول الامة الا مع رضاها بالجمع وكذا القول في الاربع من الست
عشرة مع اجتماعها بامة كتابية ومثله الليلتان منها للامة المسلمة حيث تجامعها حرة مسلمة وامة كتابية وما قررناه من الاشكال السابق آت
هنا وزيادة ولا يحصل التخلص منه لذلك العدد الزائد الا مع تفريقه باعطائها ليلة من كل اربع ان كانت حرة ثم يشكل في ليلة الامة من الثمان او نحو
منه ليلتها من ستة عشر قوله لو بات عند الحرة ليلتين الخ اذا طرأ العتق على الامة في اثناء الدور فلا يخ اما ان يكون قد ابتدء في القسم بالحرة او بها
فهنا قسمان الاول ان يكون البداءة بالحرة فاما ان تعتق الامة في نوبة الحرة او في نوبة نفسها فان اعتقت في نوبة الحرة نظر ان اعتقت
في القدر المشترك بين الحرة والامة بان اعتقت في الليلة الاولى تم الليلة وبات الليلة الاخرى عند المعتقة وساوى بينهما وان اعتقت
في الليلة الثانية لم يلزمه الخروج بل يكمل الليلة عند الحرة ثم يبيت عند المعتقة ليلتين ايض وان اعتقت في نوبة نفسها نظر ان اعتقت
قبل تمام ليلتها اكمل لها الليلتين لانها التحقت بالحرة قبل توفية حقها وان اعتقت بعد تمام ليلتها لم تستحق اكمال الليلتين واقتصر في
ذلك الدور على ليلة ثم يسوي بينهما بعد ذلك لان عتقها صادف تمام حقها وبراءة الذمة منه وهذه الصورة قد تقدم البحث فيها في
نكاح المشركات وهل العتق في يومها كليلتها يبني على ان القسم هل يختص بالليل ام يضاف اليه النهار ام الصبيحة والاقوى انه لا يلحق بالليلة
مط الثاني ان يكون البداءة بالامة فان اعتقت في ليلتها صارت كالحرة وسوى بينهما وان اعتقت بعد تمام ليلتها ففي الحاقها في هذا
الدور بالحرة قولان احدهما اللحوق بها فان كان العتق قبل الشروع في نوبة الحرة او بعده الى آخر الليلة الاولى اقتصر عليها وان كان

بعد الشروع في الليلة الثانية قضى للامة ليلة اخرى لانها ساوت الحرة قبل تمام نوبتها فيسوي بينهما وهذا قول الشيخ في ط والثاني انه يبيت عند الحرة
ليلتين ولا شيء للمعتقة في هذا الدور سوى الليلة لانها استوفت حقها قبل ان تعتق فلا يجب لها شيء بل يبتدي بالقسمة بعد توفية الحرة حقها
وهذا اقوى والضابط على هذا ان الامة متى اعتقت بعد استيفاء حقها من النوبة فلا شيء لها واعطيت الحرة حقها كاملا سواء كانت نوبتها
متقدمة او متاخرة ومتى اعتقت قبل تمام نوبتها اكمل لها نصيب الحرة قوله وليس للموطوءة الخ هذا الحكم محل وفاق فله مع تعددهن تخصيص
من شاء منهن بالمبيت اذا لم يكن له زوجة او كانت وفضل له من الدور شيء فصرفه الى الامة دائما بمنزلة الاعراض عن الزوجة ومبيته وحده قوله وكان
يطوف الخ اذا لم ينفرد الزوج بمسكن ودار عليهن في مساكنهن فذاك وان انفرد بمسكن تخير بين المضي اليهن وبين ان يدعوهن الى مسكنه في نوبتهن
لان تعيين المسكن يرجع اليه كما له نقلهن من مسكن الى اخر والاول افضل تاسيا بالنبي فقد كان يطوف على نسائه في مساكنهن وله ان يدعو
بعضهن ويمضي الى مسكن بعضهن لما ذكرناه من العلة ومنع بعضهم من هذا القسم لما فيه من التخصيص والخروج عن العدل ولو كان لعذر فيه
ذلك جاز اتفاقا كما اذا كان مسكن احديهما اقرب اليه فمضى اليها ودعى الاخرى ليخفف عن نفسه مؤنة السير اليها او حضر بيت الشابة كراهة
بعض لخروجها ودعى العجوز وحيث تمتنع المدعوة مع قدرتها على الاجابة فهي ناشزة تسقط نفقتها وقسمتها قوله ويختص البكر الخ من اسباب تفضيل
بعض الزوجات على بعض تجدد النكاح فانه يقتضي تخصيص الجديدة بزيادة مبيت عند الزفاف وهي سبع ليال ان كانت بكرا وثلث ان كانت ثيبا
والمقصود ان يرتفع الحشمة ويحصل الالفة والانس وخصت البكر بزيادة لان حياءها اكثر والاصل فيه ما روي عن النبي انه قال للبكر
سبعة ايام وللثيب ثلاثة ثم يعود الى نسائه وانه لما تزوج ام سلمة اقام عندها ثلاثة ايام ومن طريق الاصحاب رواية محمد بن مسلم عن الباقر
في رجل تزوج امرأة وعنده امرأة فقال اذا كانت بكرا فليبت عندها سبعا وان كانت ثيبا فثلثا وذهب الشيخ في يه وكتابي الحديث الى
ان اختصاص البكر بالسبع على وجه الاستحباب واما الواجب لها فثلث كالثيب جمعا بين رواية محمد ورواية الحلبي عن ابي عبد الله قال
اذا تزوج الرجل بكرا وعنده ثيب فله ان يفضل البكر ثلثة ايام وفي معناها رواية الحسين بن زياد ومقطوعة سماعة وقال ابن الجنيد اذا دخل
ببكر وعنده ثيب واحدة فله ان يقيم عند البكر اول ما يدخل بها سبعا ثم يقسم وان كانت عنده ثلث اقام عند البكر ثلثا حق الدخول فان
شاء ان يسلفها من يوم الى اربعة تتمة سبعة ويقيم عند كل واحدة من نسائه مثل ذلك ثم يقسم لهن جاز والثيب اذا تزوجها فله ان يقيم عندها
ثلثا حق الدخول للبكر ولا يقدر بها ثم يقسم لها ولمن عنده واحدة كانت او ثلثا قسمة متساوية انتهى كلامه وهذا الحكم اشارة الى جمع آخر
بين الروايات غير ما ذكره الشيخ بحمل خبر السبع للبكر على تقدمها بذلك من غير اختصاص واخبار الثلاث على التقديم والاختصاص قريب
مما ذكره العامة في ذلك الا انهم خصوا هذا الحكم بالثيب استنادا الى ما رووه عن النبي انه لما اقام عند ام سلمة ثلثا قال لها انه ليس بك هوان
على اهلك ان شئت اقمت عندك ثلثا خالصة لك وان شئت سبعت لك وسبعت لنسائي قالت تقيم معي ثلثا خالصة والاشهر بين
الاصحاب القول الاول بل لم ينقلوا فيه خلافا اذا تقرر ذلك فنقول ظاهر النص والفتوى ان هذا الحق لها على جهة القسمة لا على وجه الاستحقاق
المطلق فيأتي فيه الخلاف السابق في وجوبها ابتداء او مقيدا بالبداءة باحد الزوجات وفيما لو لم يكن عنده غير الجديدة فلا يختص على الثاني
ويكفي لها بداعي الطبع وربما قيل بوجوب ذلك اختصاصا وتقديما مطلقا من غير اعتبار القسمة والاظهر الاول ومحل التخصيص الليل كاصل
القسمة وهو اللايح من تانيث الثلاث والسبع في النصوص واما النهار فتابع لليل كما ذكر في القسمة وفي قوله ولا يقضي ذلك تنبيه على خلاف
ابن الجنيد بقضائه على بعض الوجوه ايض وقد اشرنا الى بعضه واطلاق النصوص يقتضي عدم الفرق في الثيب بين من ذهبت بكارتها بجماع و
غيره ولا بين كون الجماع محللا او محرما عملا بالعموم وللعامة وجه بالحاق من ذهبت بكارتها بغير الجماع بالبكر لبقاء الحياء لها في الحكم بعد الاستنطاق
في النكاح وبقي في المسئلة مباحث الاول يجب التوالي في الثلث والسبع لان الغرض لا يتم الا به ويتحقق بعدم خروجه في الليل الى عدوا
من نسائه مط على حد ما يعتبر في القسمة ولا الى غيرها لغير ضرورة او طاعة كصلوة جماعة ونحوها مما لا يطول زمانه وان كان طاعة لان المقام
عندها واجب فهو اولى من المندوب ولو فرق الليالي راسا ففي الاحتساب بها وجهان من امتثال الامر بالعدد فكان ذلك بمنزلة القضاء ومن
اشتمال التوالي على غاية لا تحصل بدونه كالانس وارتفاع الحشمة والحياء الثاني لا فرق في الزوجة هنا بين الحرة والامة المسلمة والكتابية حيث
يجوز ابتداء تزويجها عملا بالعموم ولان المقصود من ذلك امر يتعلق بالطبع وهو لا يتعلق بالرقية والحرية ولا بالاسلام والكفر كما يشترك الجميع
في مدة العنة والايلاء وقيل يتشطر للامة ما يستحق الحرة كالقسم في دوام النكاح وقربه في التحرير وعلى هذا ففي كيفية التشطير وجهان احدهما
ان يكمل المنكسر فيبيت للبكر اربع ليال وللثيب ليلتان واصحهما ان للبكر ثلث ليال ونصفا وللثيب ليلة ونصفا لان المدة قابلة للتنصيف
فيخرج عند انتصاف الليل الى بيت منفرد او مسجد ويعتبر في الحرية والرقية بحالة الزفاف فلو نكحها وهي امة فزفت اليه وهي حرة فلها حق الحرائر
على القولين وان اعتقت في اثناء المدة ففي اعتبار حق الاماء او الحرائر وجهان اجودهما الثاني وقد سبق نظيره في نكاح المشركات اذا تبدل
الرقية بالحرية الثالث لو قضى حق الجديدة ثم طلقها ثم راجعها لم يعد حق الزفاف لانها باقية على النكاح الاول وقد وفى حقها ومن ثم لو طلقها
بعد ذلك كان طلاق مدخول بها فيجب العدة وان لم يدخل بعد الرجعة ولو ابانها ثم جدد نكاحها ولو في العدة فالاصح تجدد الحق لعود الجهة
بالفراق المبين ويحتمل عود الاولى ومثله ما لو اعتق مستولدته او امته التي هي فراشه ثم نكحها ولو كان قد ابانها قبل ان يوفيها حقها ثم جدد
نكاحها لزمه التوفية لانه ظلم بالطلاق وعلى هذا فلو اقام عند البكر ثلثا وافتضها ثم ابانها ثم نكحها وجب ان يبيت عندها ثلثا حق زفاف

الثيبة ولو قلنا بعود الاول وجب ان يبيت عندها اربعا لان حق الزفاف في النكاح الثاني على هذا يبتني على النكاح الاول وقد بقي منه هذا المقدار
الرابع قد عرفت ان للجديدة حق الاختصاص بالعدد المذكور والتقديم به على غيرها فان زفتا اليه بعد تمام الدور وحصل لهما الاختصاص خاصة
وكذا لو تزوجهما على واحدة ولو كان عنده امراتان فزفت اليه جديدة بعد ما قسم لاحديهما دون الاخرى قضى حق الزفاف ويحقق هنا الاختصاص
والتقديم ثم قسم للقديمة الاخرى واعطى الجديدة نصف ما وفى القديمة لاستحقاقها ح ثلث القسم فان كان قد قسم للاولى ليلة وفي الاخرى
بعد حق الزفاف ليلة وبات عند الجديدة نصف ليلة وخرج بقية الليلة الى مسجد ونحوه ثم استانف القسم بينهن على السوية ولو قسم للاولى
خمس عشرة وتزوج بكرا خصها بسبع ثم قسم ثلثا للقديمة وواحدة للجديدة خمسة ادوار الخامس لو تزوج في اثناء القسم ظلم من نقص بالخروج حقها
بعد حضوره ولا يؤثر في تقديم الجديدة ويجب التخلص من ظلمة المتاخرة على الوجه الذي قوله ولو سيق اليه زوجتان اه قد تقدم البحث في
هذه المسئلة وانما اعادها لينبه هنا على اشتراك الجديدات في الاختصاص والتقديم على غيرهن من القديمات والاولى تضمنت ابتداء بواحدة
بالقرعة او التخيير اعم من ان يكون معهن غيرهن ام لا وانما يبتدئ بمن شاء او يقرع حيث يتزوجهن ويزففن اليه دفعة واحدة فلو ترتبن بدء
بالسابقة وبكره زفافهن دفعة وحيث يخرج القرعة لاحديهن قدمها بجميع السبع او الثلث ويحتمل تقديمها بليلة ثم يبيت عند الاخرى ليلة
وهكذا يفعل الى تمام المدة والاقوى الاول ويحتمل تخييره بين الامرين وما يتشعب منهما كتخصيص الاولى بليلتين او ثلث ثم الثانية الى
ان يكمل العدد والحكم في استحباب القرعة وجواز التخيير كما سبق قوله وتسقط القسمة اه اذا اراد الزوج السفر واحب استصحاب بعض ازواجه
دون بعض جاز فقد كان النبي ص يفعل ذلك فاذا صحب بعضهن فلا قضاء للمتخلفات عن زمان صحبة المسافرة معه لان النبي لم ينقل انه كان
يقضي للمتخلفات ولو وقع لاشتهر ان ينقل مع ذكر سفره بمن خرج اسمها بل في بعض الروايات انه لم يكن يقضي صريحا ويؤيده ان المسافرة وان
حظت بصحبة الزوج فقد تعبت بالسفر ومشاقه ولم يحصل لها دعة الحضر فلو قضى لهن كان تحققا او فرد وهو خلاف العدل والميل كل الميل
وشرط بعضهم في عدم القضاء ان يصحب الخارجة بالقرعة فلو اخرجها بمجرد التخيير والميل قضى لان النبي ما كان يخرج معه واحدة الا بالقرعة ومن ثم
لم يقض بخلاف ما لو اخرجها بالتشهي لانه ميل وظلم بالتفضيل ولم يشترط ذلك المص لان السفر لا حق للنساء فيه ومن ثم جاز انفراده وفيه
الفرق بين الامرين وعلى تقدير عدم القضاء مطلقا او مقيدا بالقرعة هل يعم كل سفر او يختص بسفر الغيبة قولان احدهما واختاره المص العموم لما
ذكرناه من ان السفر لا حق لهن ولا فرق بين سفر وسفر ولانا لا اشتغال بمشقة السفر وعنائه يمنع من حقوق القسمة وخلوص الصحبة والتفرد با
لخلوة النوع غاية القسمة والثاني الاختصاص بسفر الغيبة كالسفر للتجارة او غيرها من الاغراض مع عزم العود عند قضاء الوطر فيقضي سفر
النقلة وهو الذي يخرج على نية الانتقال الى بلد اخر والفرق ان سفر النقلة لا يختص بعضهن بل يحتاج الى نقلهن جميعا فلا يختص واحدة بالاستصحاب
كما في الحضر فان صحب بعضهن قضى بخلاف غيره من الاسفار اذ لا حق لهن فيه وفي حكم سفر النقلة الاقامة في سفر الغيبة بحيث يخرج من اسم المسافر بالتمام
او ما في معناه لانه بالاقامة على ذلك الوجه يصير كالحاضر في التمتع بالزوجة والخروج عن مشقة السفر وفيه قول اخر بالتفصيل والفرق بين اخراجها
معه هنا بالقرعة وعدمها فيه فيقضي الثاني دون الاول كالاول وفي ط اقتصر على نقل القولين ولم يرجح شيئا لكنه جزم بان من اخرجها معه هنا
بالقرعة لا قضاء لكما قيل ويتردد في الفرق بين سفر النقلة وغيره والاقوى عدم قضاء ايام السفر مط وقضاء ايام الاقامة مط قوله ويستحب ان
يقرع اه وجه الاستحباب التاسي بالنبي ص فانه كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فايتهن خرج اسمها اخرجها وكيفية القرعة ان يكتب اسماء النسوة
في رقاع متعددة ويدرجها في بنادق متساوية ويضعها على حجر لا يبين ويخرج منها واحدة على السفر فمن خرج اسمها صحبها وان اراد استصحاب
اثنتين معه اخرج رقعة اخرى وهكذا ويجوز والحال هذه الاقتصار على رقعتين ويثبت في كل واحدة اسم اثنتين اذا رضي باستصحاب كل واحدة
من الاثنتين والاول اصل الجواز ان يخرج اثنتان متفرقتين في الرقعتين وهو لا يحصل بهذه الصورة وان شاء اثبت الحضر في ثلث رقاع
والسفر في واحدة وادرجها ثم يخرج رقعة على اسم واحدة فان خرجت رقعة السفر استصحبها وان خرجت رقعة من رقاع الحضر اخرج رقعة اخرى
على اسم الاخرى وهكذا حتى تبقى رقعة السفر فلتتعين للمتخلفة ولو اراد السفر باثنتين اثبت السفر في رقعتين والحضر في رقعتين اذا انفرد
ذلك واخرجت القرعة لواحدة او اكثر حيث يريده لم يجب عليه استصحاب الخارجة بمعنى جواز ان يخلفها مع المتخلفات ولكن هل يجوز تركها
واستصحاب غيرها قال الشيخ في ط لا والا لانتفت فائدتها وقيل يجوز لانها ليست من الملزمات لان الاستصحاب تبرع اذ الزمان لا يستحق
فيه الزوجات القسم وفائدتها دفع المشقة عن قلوب المتخلفات حيث لم يصحبها بمجرد الميل والهوى وبذلك يعلم وجه الافضلية اذ لم يثبت
ما يدل على خلافه والفرق بين تركها مع المتخلفات وتركها مع اخذ غيرها حيث جاز الاول اجماعا دون الثاني ان القرعة لا توجب الصحبة
وانما تعين من يستحق التقديم على تقدير ارادته ولا ريب ان مراعاة القرعة اولى قوله ولا يتوقف قسمة الامة اه اذا زوج المولى امته فعليه
تسليمها الى الزوج ليلا وله منعها منه واستخدامها نهارا وليس له في حق القسمة امر لان الغرض منه الاستمتاع والانس ولا حظ له فاذا اطلقه
حقها فليس للمولى منعها منه ولا منعها من اسقاطه لو ارادته او وهبته لبعض ضرايرها كما ليس له فسخ النكاح ولو رضيت بعنته او جنونه لان ذلك
حقها فامره اليها وهذا لا كلام فيه لكن هل يتوقف وجوب القسمة لها على وجوب نفقتها كالحرة وجهان من ان حق القسمة من جملة الحقوق
المترتبة على التمكين ودورانه مع النفقة في الحرة وجودا وعدما ومن ان وجوب نفقة الامة على الزوج متوقف على تسليمها اليه نهارا
وهو غير واجب على المولى فلا يكون حكمها كالناشزة بل كالمسافرة في واجب قال الشيخ في ط النفقة والقسم شيء واحد فكل امراة لها

ولو سيق اليه زوجتان او زفتا في ليلة قيل يبتدي بمن شاء وقيل يقرع والاول اشبه والثاني افضل وتسقط القسمة بالسفر وقيل يقضي سفر النقلة و الاقامة دون سفر الغيبة ويستحب ان يقرع بينهن اذا اراد استصحاب بعضهن وهل يجوز العدول عمن خرج اسمها الى غيرها قيل لا لانها تعينت للسفر وفيه تردد ولا يتوقف قسم الامة على اذن المالك لانه لا حظ له فيه
متن

النفقة

النفقة فلها القسم وكل من لا نفقة لها لا قسم لها وهذا يقتضي عدم وجوب القسم للامة مع عدم تسليم المولى لها نهارا لسقوط نفقتها ح وان
ذلك غير واجب على المولى ولعله الوجه قوله ويستحب التسوية اه ويستحب التسوية بينهن في القسم حيث لا مرجح والانفاق عليهن بقدر الكفاية على ما سبق في
واما التسوية بينهن في النفقة وحسن العشرة والجماع ومقدماته فليس بواجب للاصل ولقوله تع ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو
حرصتم فلا تميلوا كل الميل ومثل هذا ميل وليس كل الميل لكنه يستحب استحبابا مؤكدا لما فيه من رعاية العدل وتمام الانصاف وروى عبد الملك
بن عتبة الهاشمي قال سئلت ابا الحسن ع عن الرجل يكون له المراتان فيريد ان يؤثر احديهما بالكسوة والعطية ايصلح ذلك قال لا باس بذلك
واجهد في العدل بينهما وقد روي في عدل النبي ص بين ازواجه مع عدم وجوبه كما سبق انه كان اذا قسم بينهن لا ينتهي الى المراة الاولى الى تسع
لكن يجتمعن كل ليلة في بيت التي ياتيها وكان ص يطوف عليهن في يومه ويلبس من غير مسيس حتى يفضي الى التي هي يومها فيبيت عندها وروي
ان عليا ع كان اذا كان له امراتان فاذا كان يوم واحدة فلا يتوضأ عند الاخرى قوله وان يكون صبيحة اه وقد تقدم في رواية ابرهيم الكرخي
ما يدل عليه وذهب بعض الاصحاب الى وجوبه فلا اقل من الاستحباب قوله وان ياذن لها قد عرفت ان حق الاستمتاع واجب عليها وهو غير
مختص بزمان ولا مكان فليس لها فعل ما ينافيه الا باذنه ومنه الخروج من بيته ولو الى بيت اهلها وعيادتهم وشهادة جنائزهم لان تمام
ذلك الاستحباب او الاباحة فتقديم الواجب اولى وقد روى عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع قال ان رجلا من الانصار على عهد رسول
الله ص خرج في بعض حوائجه فعهد الى امراته عهدا ان لا تخرج من بيتها حتى يقدم قال وان اباها مرض فبعثت المراة الى النبي ص تستاذنه ان
تعوده فقال رسول الله ص لا اجلسي في بيتك واطيعي زوجك قالت فثقل فارسلت اليه ان اعوده فقال اجلسي في بيتك واطيعي زوجك
قال فمات ابوها فبعثت اليه ان ابي قد مات فتامرني ان اصلي عليه فقال لا اجلسي في بيتك واطيعي زوجك قال فدفن الرجل فبعث
اليها رسول الله ص ان الله قد غفر لك ولابيك بطاعتك لزوجك وروى العامة عن ثابت البناني عن انس مثله ومع ذلك فيستحب
للرجل ان لا يضيق عليها في ذلك وياذن لها في زيارة اهلها وعيادة مرضاهم وحضور موتاهم ونحو ذلك لئلا يؤدي الى الوحشة وقطيعة
الرحم قوله القسم حق مشترك اه الحكم باشتراك حق القسم بين الزوجين لا يوافق ما ذهب اليه المص سابقا من عدم وجوب القسمة على الزوج
الا ان يبتدي بها فانه مبني على اختصاص حقه بالزوج والقائل بوجوب القسمة مط او وجوبها للزوجة الواحدة من كل اربع احتج بهذه العبارة
ولعل المص يريد بالحق اعم من الواجب اذ لا شبهة في اشتراك ثمرته وانما الكلام في اشتراكه حقيقة او اختصاصها بالزوج ولو اراد بالحق ما هو اعم
من الواجب فلا بد من استعماله في حقيقته فيدخل حق الزوج فيه فانه واجب ويمكن ان يريد القدر المشترك بين الواجب وغيره وهو الراجح
مط وقد كان يمكن تفريع قوله فلو اسقطت حقها منه على الحكم بكونه حقا للزوج فليس لها ح اسقاط نصيبها من القسمة الا برضاه ويحصل المطابقة
بين الحكمين قوله ولها ان تهب اه اذا سامحت واحدة من زوجاته وتركت حقها من القسم لم يجب على الزوج القبول سواء جعلنا الحق مختصا به ام
مشتركا لان الاستمتاع بها حقه في الجملة فله ان يبيت عندها في نوبتها وان رضي بالمسامحة نظر ان وهبت من ضرة بعينها بات عند الموهوبة
منها ليلتين ليلة لها والليلة المنتقلة من الواهبة والاصل في ذلك ما روي ان سودة بنت زمعة لما كبرت وهبت نوبتها لعائشة وكان النبي
يقسم لها يومها ويوم سودة ثم ان كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوبة بات عندها الليلتين على الولاء وان كانت منفصلة عنها
فالاصح وجوب مراعاة النوبة فيها لا الحق من بين الليلتين سابق فلا يجوز تاخيره ولان الواهبة على تقدير تاخر ليلتها قد ترجع بين الليلتين
والموالاة تفوت حق الرجوع عليها وان وهبت حقها من الزوج فله وضعه حيث شاء وعلى هذا فينظر في ليلة الواهبة وليلة التي يريد تخصيصها
اهما متواليتان ام لا ويكون الحكم على ما سبق وان وهبت حقها من جميعهن وجبت القسمة بين الباقيات وصارت الواهبة كالمعدومة ومثله ما لو
اسقطت حقها مط هذا اذا لم يوجب القسمة ابتداء والا لم يتم تنزيلها كالمعدومة على تقدير الهبة لهن لاشتراكهن في تمام الدور وهو الاربع
ولو جعلناها معدومة فضل له ليلة والواجب على هذا القول ان يرجع الدور الى ثلث دائما ما دامت الواهبة مستحقة للقسم ويتفرع على
ذلك ما لو طلقها او نشزت فان حكم ليلتها يسقط ويصير كالمعدومة محضا فلو كانت الموهوبة معينة اقتصر على ليلتها وعلى التقدير الاخر
يفضل له ليلة واعلم انه لا يشترط في هذه الهبة رضاء الموهوبة وقبولها حيث تكون معينة بل يكفي قبول الزوج لان الحق مختص به ولو فرض هبة
الجميع لواحدة انحصر الحق فيها ولزمه مبيت الاربع عندها من غير اخلال على تقدير القول بوجوب القسمة دائما ولا تنزل منزلة الزوجة الواحدة
بل بمنزلة الاربع وعلى القول الاخر يجب عليه اكمال الدور لها حيث ابتدأ به وسقط عنه بعد ذلك الى ان يبتدئ به فيجب عليه اكمال الاربع لها وهكذا
ويجري عليه ايضا قوله لزم المبيت عندها من غير اخلال يعني بالدور الواجب قوله اذا وهبت قد تقدم الحكم بان رضاء الزوج معتبر لان حق
الاستمتاع له وهذه الهبة في معنى اسقاط الحق والمسامحة فيه وانما يتصور لزومه فيما يمكن ان يكون في الذمة كالماضي الذي يجب قضاؤه اما
المستقبل فلا يلزمها الهبة لانه متجدد لا يمكن قبضه فلها الرجوع فيه حتى لو رجعت في اثناء الليل وعلم به خرج من عند الموهوبة اليها واما ما مضى فلا
يؤثر الرجوع فيه لانه كالهبة المقبوضة وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع لا يؤثر فيه الرجوع ولا يقضي لانه لم يظهر منه ميل ولا تقصير حيث لم
يعلم وفي المسئلة وجه انه يقضي كما قيل بانعزال الوكيل قبل العلم بالعزل والحق الاول قوله لو التمست اه القول بعدم جواز المعاوضة على هذا الحق
من الزوج وغيره من الضرات للشيخ في ط محتجا بان العوض يكون في مقابلة عين او منفعة وهذا الحق ليس بعين ولا منفعة وانما هو ماوى ومسكن
فلا يصح المعاوضة عليه بالمال ونقل المص له بالقيل يؤذن بضعفه او تردده فيه ووجهه منع انحصار المعاوضة في الامرين لجواز المعاوضة

ويستحب التسوية بين الزوجات في الانفاق واطلاق الوجه والجماع وان يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبتها وان ياذن لها في حضور موت ابيها وامها وان كان للزوج منعها عن عيادة ابيها وامها وعن الخروج من منزله الا لحق واجب اللواحق فيها مسائل الاولى القسم حق مشترك بين الزوج والزوجة لاشتراك ثمرته فلو اسقطت حقها منه كان للزوج الخيار ولها ان تهب ليلتها للزوج او لبعضهن مع رضاه فان وهبت للزوج وضعها حيث شاء وان وهبتها لهن قسمها عليهن وان وهبتها لبعضهن اختص بالموهوبة وكذا لو وهبت ثلث منهن لياليهن للرابعة لزم المبيت عندها من غير اخلال الثانية اذا وهبت ورضي الزوج صح ولو رجعت كان لها لكن لا يصح في الماضي بل فيما يستقبل ولو رجعت ولم يعلم لم يقض ما مضى قبل علمه الثالثة لو التمست عوضا عن ليلتها فبذل الزوج هل يلزم قيل لا لانه حق لا يتقوم منفردا فلا يصح المعاوضة عليه
متن

بالصلح

بالصلح على حق الشفعة والتحجير ونحوهما من الحقوق مع ان في دلالة على جميع ما يدل على جواز شرائها منها لانه روى ... موسى قال سألته عن
رجل له امرأتان قالت احديهما ليلتي ويومي لك يوما او شهرا او ما كان ايجوز ذلك قال اذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس واطلاق الشراء
على مثل هذا الحق مجاز لان متعلقه الاعيان المالية لا غيرها فكانه كناية عن المعاوضة عليه في الجملة وحيث لا تصح المعاوضة عليه يجب عليها رد العوض
ان كانت قبضته ويجب القضاء لها ان كانت ليلتها قد فاتت لانه لم يسلم لها العوض هذا مع جهلهما بالفساد او علمها وبقاء العين والا اشكل
الرجوع لتسلطه لها على اتلافه بغير عوض حيث يعلم انه لا يسلم له كالبيع الفاسد مع علمهما بالفساد قوله لا قسمة للصغيرة آه لما كانت القسمة
من جملة حقوق الزوجية وهي بمنزلة النفقة على الزوجة فمن لا يستحق النفقة لصغر او نشوز فلا قسمة لها واما المجنونة فان كان جنونها مطبقا
فلا قسمة لها وان استحقت النفقة اذ لا عقل لها يدعوها الى الانس بالزوج والتمتع به وان كان يعتريها ادوارا كالتي تصرع في بعض الاوقات
وتركها لها فلها في وجوب القسمة كذا اطلقه المص وجماعة والاولى تقييد المطبقة بما اذا خاف اذاها ولم يكن لها شعور بالانس به والا لم يسقط
حقها منها واما المسافرة فان كان سفرها بغير اذنه في غير واجب ولا ضروري فلا قسمة لها لانها ناشزة وان كان واجبا مضيقا كالحج الواجب
بالاصل او النذر المعين حيث يلزم او باذنه في غرضه لم يسقط حقها منها فيجب القضاء لها بعد الرجوع ولو كان باذنه في غرضها غير الواجب او الواجب
الموسع ففيه قولان من الاذن في تفويت حقه فيبقى حقها ومن فوات التمكن والاستمتاع المستحق عليها لاجل مصلحتها والاذن انما يؤثر في سقوط
الاثم وفوات التسليم المستحق وان كان بسبب غير مأثوم فيه يوجب سقوط ما يقابله كما اذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسبب تعذر فيه فانه
يسقط تسليم الثمن والاول خيرة العلامة في التحرير والثاني خيرته في غيره وحيث نحكم بالوجوب فالمراد وجوب القضاء لفوات محله بالسفر
قوله لا يزور الضرة آه حيث كان محل استحقاق القسمة هو الليل فلا يجوز صرف شيء منه الى غيرها الا بما جرت به العادة ودلت قرائن الاحوال
على اذنها فيه كالدخول على بعض اصدقائه من غير اطالة دون الدخول على الضرة ولو لحاجة غير ضرورية لما فيه من التخصيص المنافي للعدل الا
ان تكون مريضة فيجوز عيادتها القضاء العادة به كما يجوز عيادة الاجنبي ولعدم التهمة في زيارتها لمكان المرض بخلاف الصحة وقيده في ط
بكون المرض ثقيلا والا لم يجز ثم ان خرج من عندها في الحال لم يجب عليه قضاؤه وان كان عاصيا به لانه قدر يسير لا يقدح في المقصد وان استوعب
الليلة في غير العيادة فلا شبهة في القضاء وفيما قولان من عدم وصول حق صاحبة الليلة اليها وليس من ضرورات الزيارة الاقامة طول الليل
فهو ظلم وكل ظلم للزوجة في المبيت يقتضي واختار المص العدم كما لو زار اجنبيا والاول اقوى والفرق بين الامرين واضح والاصل م فان زيارة
الاجنبي مشروطة بعدم استيعاب الليلة وعلى القولين لا يحتسب على المزورة لانها ليست حقها ولو طال المكث ليلا عند غير صاحبة النوبة
لغير عيادة فان كان عند الضرة وجب قضاؤه بمثله في نوبة المصحوب فيه وان كان عند غيرها ففي غير ليلة ان فضل له فضل والا بقيت المظلمة
في ذمته الى ان يتخلص منها بمسامحة او قضاء والاقوى مساواة زمان العيادة لغيره في ذلك قوله ولو دخل آه لما كان المعتبر في القسمة المضاجعة
لا المواقعة فجامع غير ذات الليلة في ليلة الضرة لم يجب عليه قضاء الجماع لها لانه لم يدخل في حق القسم واما زمانه فان طال وجب قضاؤه من
ليلة المجامعة والا فلا اثم خاصة وخالف في ذلك بعض العامة فاوجب قضاء الجماع للمظلومة في ليلة المجامعة كما فعل بها ثم يذهب اليها
ليحصل العدل وان لم يكن الجماع واجبا في نفسه قوله لو جار آه لا خلاف في وجوب القضاء لمن جار عليها في القسمة فاخل بليلتها ولكن
القضاء مشروط ببقاء المظلوم بهن في حباله وبان يفضل له من الدور فضل يقضي به فلو كان عنده اربع فظلم بعضهن في ليلتها فان كان ظلمها
بترك المبيت عندها وعندهن لم يمكنه القضاء لاستيعاب الوقت بالحق على القول بوجوب القسمة دائما فيبقى في ذمته الى ان يطلق واحدة
منهن او تنشز او يموت ليرجع اليه من الزمان ما يمكنه فيه القضاء ولو كان ظلمه بالمبيت عندهن فان جعل ليلتها لواحدة معينة قضاها من دورها
وان ساوى بينهن فاسقط المظلومة من رأس قضى لها من الزمان بعدد ما فاتها متواليا الى ان يتم لها حقها ثم يرجع الى العدل ولو لم يبق المظلوم
بهن معه فان فارقهن بموت او غيره ثم تزوج ثلثا لم يمكن القضاء لتجدد حقهن وحقها الحاصل في جميع الاوقات فلا يمكن رفع الظلم الا بالظلم
وان بقين ووجد معهن اخرى حيث يمكن او بقي بعضهن كما لو فارق واحدة وتزوج اخرى امكن القضاء من دور المظلوم بها دون الجديدة فيعطيها من كل
دور ثلثا وللجديدة ليلة الى ان يكمل حقها ثم يرجع الى العدل بينهن مثاله كان معه ثلث نسوة فبات عند اثنتين عشرين ليلة مثلا اما عشرا عند هذه
وعشرا عند هذه ولاء او بات عندهما ليلة ليلة الى تمام العشرة فتستحق الثالثة عشر ليال وعليه ان يوفيها ولاء وليس له ان يفرق فيبيت عندها
ليلتين وعند كل واحدة ليلة لانها قد اجتمعت في ذمته وهو متمكن من وفائها فلا يجوز ان يؤخر فلو نكح جديدة عقيب العشرين لم يجز ان يقدم قضاء
العشر لانه ظلم على الجديدة بل يوفيها اولا حق الزفاف من ثلث او سبع ثم يقسم الدور بينها وبين المظلومة فيجعل لها ليلة وللمظلومة ليلتها وليلتي
اللتين ظلمهما بسببها وهكذا ثلث ادوار فيوفيها تسعا ويبقى لها ليلة فان كان قد بدء بالمظلومة بات بعد ذلك ليلة عند الجديدة بحق القسم
ثم ليلة عند المظلومة لتمام العشر ويبيت للجديدة بهذه الليلة ثلث ليلة لان حقها واحدة من اربع فاذا اكمل لها ثلث ليلة خرج في باقي الليل
الى المسجد او بيت صديق او مسكن خال عن زوجاته ثم يستأنف القسم للاربع بالعدل وان كان قد بدء بالجديدة فاذا تم التسع للمظلومة
بات ثلث ليلة عند الجديدة وخرج باقي الليل كما وصفناه ثم بات ليلة عند المظلومة ثم قسم بين الكل بالسوية وفي حكم الجديدة ما لو كانت واحدة
من الاربع غائبة فظلم واحدة من الحاضرات بالاخريين وحضرت الغائبة فيجب قضاء حق المظلومة مع رعاية جانب التي حضرت فيقسم لها ليلة
وللمظلومة ثلثا وان احتيج الى تبعيض الليلة فكما وصفناه وقد يحتاج الى التبعيض بغير الظلم كما لو كان يقسم بين نسائه فخرج في نوبة واحدة

لضرورة ولم يعد او عاد بعد وقت طويل فيقضي لها من الليلة التي بعدها مثل ما خرج ويخرج باقي الليل الى المسجد او نحوه كما قدمناه ويستثنى من
الخروج ما اذا خاف اللص او العسس لو خرج ولم يكن له في داره مكان منفرد يصلح للاقامة بقية الليلة فيعذر في الاقامة والاولى ان لا يستمتع بها
فيما وراء زمان القضاء قوله ولو كان له اربع آه اذا كان للرجل اربع زوجات فنشزت واحدة منهن سقط حقها من القسم ووجب عليه القسم للثلث
الباقيات على الطاعة فان قسم عليهن ليلة ليلة فضل له ليلة وهي حق الناشزة فيضعها حيث شاء وان جعل القسم اكثر من ليلة استوعب دور
القسمة او زاد عليه لان اقل النسوة المتعددات ان يكن اثنتين فاذا جعل القسمة بينهن ليلتين ليلتين استوعب حقهما الدور فيسقط حقه
من الزائد لانه اسقطه بيده حيث اختار الزيادة ويحتمل بقاء حقه بنسبة ما يبقى له من الدور ففي المسئلة يبقى له ليلة من الاربع فيكون له ربع القسمة
بمنزلة واحدة منهن فاذا قسم لكل واحدة عشرا كان له ثلث عشر ونظر مذهب الاصحاب في هذه المسئلة ونظائرها هو الاول ويدل
عليه ان ثبوت حقه معهن وتفضيل بعضهن على خلاف الاصل والدلائل العامة من وجوب العدل والتسوية بينهن يدل على خلافه فيقتصر
فيه على مورد النص وهو ثبوت حقه في الزائد عن عددهن في الاربع على تقدير ان يقسم بينهن ليلة ليلة على ما في الرواية على ما فيها من ضعف السند
ولولا ظهور اتفاق الاصحاب عليه لاشكل اثباته بالنص وعامة العلماء من غير الاصحاب على خلافه وانه متى قسم لواحدة عددا وجب ان يقسم للاخرى مثلها
مطلقا مع تساويهما في الحكم وانما تظهر فائدة الخلاف على القول بوجوب القسمة دائما اما على القول بوجوبها مع الابتداء بها خاصة وجواز الاعراض
بعد ذلك فالامر سهل لانه اذا اوفى لهن العدد الذي جعله لهن جاز الاعراض عنهن على هذا القول سواء كان له حق في المدة ام لا ويحتمل تقريبا
على الرواية ان يكون له من المدة بنسبة حقه من الاربع اذا تقرر ذلك فنقول في المسئلة المفروضة لو نشزت واحدة من الاربع واراد القسم بين الثلث
واختار ان يقسم لكل واحدة خمس عشرة ليلة واتفق معهن على ذلك فوفي اثنتين العدد المذكور وبقيت واحدة ثم اطاعت الرابعة فليس لها
حظ في حق من مضى لانها كانت عاصية لا تستحق القسمة لكن لها حق القسمة في المستقبل وعليه ان يوفي الثالثة المطيعة خمس عشرة مثل صاحبتيها
فلا يمكن جعلها ولاء بغير رضاء الرابعة التي تجدد طاعتها لمشاركتها لها في استحقاق القسم لكنهما واحدة من اربع فلهما ربع القسم من
حين الطاعة وباقي الدور وهو ثلث ليال يجب صرفه الى الثالثة وهي حقها وحق السابقتين كما اخرنا حقهما من الليالي التي اختصتا بها
وح فطريق التخلص من حق المتاخرتين ان يبيت عند الثالثة ثلث ليال وعند الرابعة ليلة وهكذا خمسة ادوار فيتم للثالثة حقها وهي
خمس عشرة ليلة ويحصل للرابعة خمس ليال هي ربع الادوار الخمسة وحصول الخمس لها بطريق الاتفاق تبعا للحصول الخمس عشرة للثالثة واما
الخمس عشرة فهي المقصودة بالذات ثم يستأنف القسمة للجميع على التسوية هكذا اطلق المص وقبله الشيخ في ط فرض المسئلة وبعده العلامة في كتبه وظ
اطلاقهم سقوط حق الزوج من القسمة كما بيناه ولو قلنا بعدم سقوطه امكن فرض حقه من المدة الماضية التي فضل له منها حصة وهي الثلثون التي
قسمها للاثنتين قبل طاعة الرابعة فيكون له منها سبع ليال ونصف فيستوفيها بعد انقضاء الدور للجميع ان قلنا بوجوب القسمة دائما والا فالامر
واضح جائز مطلقا كما بيناه وهذا الاحتمال لا يتاتى في فرض المص لان قوله قسم خمس عشرة يدل على ارادة ذلك العدد لكل زوجة بحيث لا يشركها فيها بل يكمل
قوله قسم اذ حقه في الدور لا يدخل في القسمة وان خصه بواحدة ويؤيد ذلك قوله وجب ان يوفي الثالثة خمس عشرة فانه لو كان له في الخمس عشرة
شركة لما وجب ان يوفي الثالثة تمام الخمس عشرة بل كان له ان يقول لها من الخمس عشرة ربعها فلا يجب للثالثة الا مقدار ثلاثة الارباع والزائد
يتبرع منه فيسقط بهذا احتمال ان يجعل الخمس عشرة مشتركة وقوله بعد كمال ايفائهن الحق ثم يستأنف يشعر ايضا بانه لا حق له بعد الكمال والا
لنبه عليه واحالته على القاعدة السابقة بعيد اذ ليس فيها ما يدل على مثل ذلك وهذا البحث يجري في قضاء قسمة المظلومة في الامثلة التي
وفي مواضع كثيرة يأتي بعضها في الكتاب ايضا قوله لو طاف على آه حق القسم على الزوج من الامور الواجبة في الجملة اما بعد الشروع فيه او مط
فان كان له زوجتان فصاعدا وقسم لواحدة ثم دخلت نوبة الاخرى حرم عليه طلاقها قبل ان يوفيها حقها من القسم لاستلزامه تفويت الواجب
فيكون محرما لكنه محرم لامر خارج من حقيقة الطلاق فلا يبطل به كالبيع وقت النداء يوم الجمعة ولان النهي في غير العبادات لا يقتضي الفساد كما
حقق في الاصول واحتمال البطلان في البيع وقت النداء آت هنا ولا فرق في ذلك بين كون المطلقة بعد حضور نوبتها رابعة وغيرها لاشتراك
الجميع في المقتضي وذكر المص الرابعة تبعا للشيخ مجرد تمثيل وربما قيل ان السر في ذكر الرابعة ان نوبة غيرها لا تتحقق الا بالقرعة بخلاف الرابعة فانه
انه مع تسليم التوقف على القرعة لا يتم الا في الدور الاول اما بعده فيتعين نوبة كل واحدة بغير قرعة ويتحقق الفرض في غير الرابعة وعلى المختار من
تخييره بغير قرعة يتحقق نوبة غير الرابعة بتعيينه لها ثم طلاقها بعد دخولها والمص لم يذكر تحريم الطلاق وقد ذكره الشيخ وغيره ولا فرق في التحريم
بين وقوع الطلاق رجعيا وبائنا وان كان في الرجعي يتمكن من الرجوع والتخلص لان الطلاق سبب في تعطيل الحق واشتغال الذمة به على التقديرين
ولكن لو كان رجعيا ورجع في العدة وجب قضاء حقها وتخلص منه بغير اشكال لان الرجعة اعادة الزوجية الاولى كما كانت وان تركها حتى انقضت
عدتها او كان الطلاق بائنا ثم تزوجها فهل يجب عليه القضاء قال الشيخ في ط نعم لانه حق استقر في ذمته وقد امكنه التخلص منه فيجب والمص تردد في
الوجوب بما ذكرناه ومن خروجها عن الزوجية فيسقط الحقوق المتعلقة بها وفيه منع الملازمة بين الامرين ومن ثم يبقى المهر وغيره من الحقوق لو لم
وان طلق وتخصيص بعض الحقوق بالسقوط دون بعض لا دليل عليه فالقول بوجوب القضاء مط اقوى ويتفرع عليه وجوب التزويج لو توقفت
البراءة عليه ولو امكن مجالستها والتوصل الى اسقاط حقها بوجه آخر تخير بينه وبين التزويج وح فلا يمنع تزويج رابعة لعدم انحصار البراءة
في التزويج ولو فرض توقفها عليه لم يقدح في صحة التزويج لما قلناه من حكم النهي واعلم ان وجوب القضاء بل امكانه على تقدير تزويجها مشروط

يكون

بكون الزوجات اقل من اربع ليمكن قضاؤه فيما يفضل له من الدور او كون الزوجات هي المظلومة بهن ليمكن القضاء في دورهن اما لو كان الظلم ليطل
الليلة مع غيرهن او كن جديدات لم يمكن القضاء لانه انما يكون في نوبة احديهن والظلم لا يقضى بالظلم ولو نكح جديدة وبقيت في نكاحه التي ظلم بها كما
اذا كان له ثلاث زوجات وظلم واحدة بليال للاخريين ونكح رابعة ثم تزوج المظلومة امكن قضاء حقها من نوبة المظلوم بها مع مراعاة حق الرابعة
على نحو ما تقدم في المسئلة السابقة ولو لم يفارق المظلومة وفارق اللواتي ظلم بهن ثم عدل الى نكاحها او فارقها وفارقهن ثم عدل الى نكاحهن
اشتغل بالقضاء ولا يحسب عن القضاء ما بات عندها في زمان مفارقتهن ويجي في عودهن بالنكاح الجديد الخلاف السابق في قوله لو تاب لم يزر
القائل بذلك الشيخ في ط ووجهه ما اشرنا اليه سابقا من ان المبيت عند واحدة من الزوجات زيادة على الليلة يوجب المبيت عند الاخرى
مثلها مراعاة للعدل بينهن وان جواز المفاضلة بين الاثنين او الثلث مشروط بجعل القسم ليلة ليلة ونقل المصنف بصيغة القيل يؤذن
باستشكاله ووجهه ما علم من ان للزوج مع الاثنتين نصف الدور فينبغي ان يكون له من العشر نصفها ولكل واحدة منهن ربع فلا يلزم
للثانية الا ليلتان ونصف وفي هذا الوجه لم يشر اليه في المسئلة المشتملة على القضاء للمظلومة مع وروده فيهما ويمكن الفرق من جهة نص
في تلك بان العدد المذكور فيها وهو الخمس عشرة جعله لكل واحدة كما ذكره في لفظها بخلاف هذه فانه لم يذكر فيها ما يدل على انه قسم للاولى عشرا
والازم للثانية مثلها وان بقي حقه بعد ذلك بل قال فاقام عند واحدة عشرا والاقامة عندها كانت اعم من جعلها على وجه القسمة او مع اضافة
حقه اليها فلما كان اللفظ اعم استشكل حمل الاطلاق على القسمة مع اصالة براءة الذمة من حق الثانية اذا امكن صرف الاقامة عما يوجب شغل ذمته
بالثانية وعلى هذا فيختلف الحكم باختلاف قصده والاقوى وجوب القسمة للاخرى بعدد الاولى مط في غير موضع الوفاق والعلامة في كتبه جزم با
لحكم كما ذكره الشيخ ولم يتوقف غير المص واعلم ان الزوجتين في البلدين انما يحتسب عليهما ما يقيمه عندهما لا الطريق اليهما ولا عنهما ويتخير في قسمة
الثانية بين الذهاب اليها واستدعائها اليه فان امتنعت منه مع قدرتها سقط حقها للنشوز قوله لو تزوج امراة اه نبه بتعليل الحكم على خلاف
الشيخ حيث اكتفى في تخصيصها بما يحصل في ايام السفر محتجا بان الغرض المقصود من ذلك وهو ارتفاع الحشمة وحصول الانس يحصل بايام السفر وان
لم يحصل فيه تمام المقصود من القسم والمصدق ذلك بان الايام المخصوصة من جملة القسم غايتها انها تفضل فيه كما فضلت الحرة على الامة ومن ثم عدد
استبا تفاوت القسم ثلثة او اثنين وحيث وقع الاتفاق على ان ايام السفر ليست داخلة في القسم ومن ثم لا يقضي للمتخلفات ما فاتهن مع
المصحوبة فكذا لا يحتسب على الجديدة هنا ولا نم انحصار الفائدة فيما ذكره بل جاز ان يكون الاستمتاع بالجديدة في هذه المدة اهم ما ذكر نعم
يجوز انضمام تلك العلة الى ما ذكرنا لا استقلالها بالحكم ومع ذلك فالعلة مستنبطة لا منصوصة والمعلوم انما اختصاصها بالعدد على جهة
القسمة او ما هو اقوى منها كما اشرنا اليه سابقا لا لكونه على وجه اضعف من حق القسمة فما ذكره المص اجود وفي حكمه ما لو تزوجها في السفر ولم يكن
معه زوجته فلو كن معه خصص الجديدة بالعدد ثم قسم بينها وبين القديمة بحسبه قوله القول في النشوز اه النشوز لغة الارتفاع يقال نشز الرجل ينشز
اذا كان قاعدا فنهض قائما ومنه قوله تعالى واذا قيل لكم انشزوا فانشزوا اي انهضوا الى امر من امور الله تعالى وسمى خروج احد الزوجين عن طاعة الاخر
نشوزا لانه بمعصيته قد ارتفع وتعالى عما اوجب الله عليه من ذلك ولذلك خص النشوز بما اذا كان الخروج من احدهما لان الخارج ارتفع على الاخر
فلم يقم بحقه او عن الحق ولو كان الخروج منهما معا خص باسم الشقاق كما سيأتي لا النشوز لاستوائهما معا في الارتفاع فلم يتحقق ارتفاع احدهما على الاخر
وقال بعضهم يجوز اطلاق النشوز على ذلك ايضا نظرا الى جعل الارتفاع عما يجب عليه من الطاعة لا على صاحبه وهو يتحقق فيهما وبعض الفقهاء اطلق
على الثلاثة اسم الشقاق والكل جائز بحسب اللغة لكن ما جرى عليه المص اوفق لقوله تعالى واللاتي تخافون نشوزهن وقوله تعالى وان امراة خافت من بعلها
نشوزا وقوله وان خفتم شقاق بينهما الاية واما تخصيص الشيخ في بيان النشوز بخروج الزوج عن الحق فليس بجيد قوله فمتى ظهر اه الوحشة الحاصلة بين
الزوجين قد يعرف ويظهر سببها من الزوجة وقد يظهر من الزوج وقد يظهر منهما او يشتبه الحال وقد ذكر المص حكم الثلثة وابتدا بالاول لدلالة
الاية عليه قال تعالى واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع والمراد من الوعظ ان يخوفها بالله تعالى ويقول اتقي الله في حقي لو
واحذري عذاب الله تعالى ونكاله ويذكر لها ما ورد من حقوق الزوج على الزوجة من الاخبار النبوية وكلام الائمة ويبين لها ان النشوز يسقط النفقة
وحق القسم فقد تتادب بذلك واما الهجران فالمعتبر منه هنا الهجران في المضجع ولانه ظاهر في تاديب النساء وقد اختلف في معناه فقيل ان يحول
اليها ظهره في الفراش ذهب اليه ابنا بابويه وهو الذي جعله المص مرويا وقال الشيخ وابن ادريس ان يعتزل فراشها ويبيت على فراش اخر وقيل
يبدء بالاول فان لم ينجع فالثاني وقيل ان يترك وطيها والاولى الرجوع فيه الى العرف في ما يستفيد المرأة منه الهجران واما هجرها في الكلام
بان يمتنع من كلامها في تلك الحالة فلا باس به اذا رجا به النفع ما لم يزد عن ثلاثة ايام لنهي النبي صلى الله عليه وآله فوق الثلاثة واما الضرب فهو ضرب تاديب وتعزير
كما يضرب الصبيان على الذنب ويجب ان لا يكون مدميا ولا مبرحا اي شديدا وفي بعض الاخبار انه يضربها بالسواك ولعل حكمته توهمها ارادة
الملاعبة او الافراح والا فهذا الفعل بعيد عن التاديب والاصلاح ونقل الشيخ في ط عن قوم ان الضرب يكون بمنديل ملفوف او درة ولا يكون
بسياط ولا خشب واذا تمهد ذلك فنقول اختلف العلماء في تنزيل هذه الامور الثلثة على التخيير او الجمع او الترتيب لتدريج من الاخف الى
الاثقل كمراتب النهي عن المنكر وعلى التقديرين هل هي مع تحقق النشوز او ظهور امارته قبل وقوعه او معهما ومنشأ الخلاف من دلالة ظاهر الاية
على ذكر الثلثة متعاطفة بالواو المفيد للتخيير او الجمع وتعليقها على خوف النشوز لا على نفسه ان حمل الخوف على ظاهره فاعتبر المص في النافع في
الامور الثلثة ظهور امارة النشوز اجراء للخوف على ظاهره لكنه جعل الثلثة على الترتيب فيقدم الموعظة فان لم ينجع فالهجر فان لم يفد انتقل

التاسعة لو كان له زوجتان في بلدين فاقام عند واحدة عشرا قيل كان عليه للاخرى مثلها العاشرة لو تزوج امراة ولم يدخل بها فاقرع للسفر فخرج اسمها جاز له ان يخصها مع العود توفيتها حصة التخصيص لان ذلك ليس بمطلع السفر القول في القسم والقول في النشوز وهو الخروج عن الطاعة واصله الارتفاع وقد يكون من الزوج كما يكون من الزوجة فمتى ظهر من الزوجة امارته مثل ان تتقطب في وجهه او تتبرم بحوائجه او تغير عادتها في ادبها جاز له هجرها في المضجع بعد عظتها وصورة الهجران ان يحول اليها ظهره في الفراش وقيل ان يعتزل فراشها والاول مروي ولا يجوز له ضربها والحال هذه اما لو وقع النشوز وهو الامتناع عن طاعته فيما يجب له جاز ضربها ولو باول مرة ويقتصر على ما يؤمل معه رجوعها ما لم يكن مدميا ولا مبرحا متن

الى الضرب ولم يذكر حكم النشوز بالفعل لكن يمكن دلالة جوازها مع ظهور الامارة على جوازها مع حصوله بالفعل بطريق اولى وهذا القول يوافق ظاهر
الاية في السبب ويحوج الى تاويل المسبب حيث عدل عن ظاهر التخيير او الجمع الى الترتيب نظرا الى انه مثل هذا من افراد النهي عن المنكر فليكن بحكمه والمراد من
الاية جواز الجمع بين الثلثة في الجملة لا مط بل حيث يفتقر اليه بان لا ينجع الاقتصار على ما دون الثلثة وعكس الامر ابن الجنيد فجعل الامور الثلثة مترتبة
على النشوز بالفعل ولم يذكر الحكم عند ظهور امارته وجوز الجمع بين الثلثة ابتداء من غير تفصيل فقال للرجل ان كان النشوز من المرأة ان يعظها
ويهجرها في مضجعها وله ان يضربها غير مبرح ويظهر منه جواز الجمع بين الثلثة والاجتزاء باحدها او باثنين منها لان ذلك حقه فله فعله كيف شاء
والوجه حمل الواو على الجمع او التخيير وحمل الخوف بمعنى العلم كقوله تعالى فمن خاف من موص جنفا او الخوف واستغنى عن الاضمار الذي تكلفه غيره
وجعل العلامة في الارشاد الثلاثة مترتبة على النشوز بالفعل كما صنع ابن الجنيد لكنه جعلها مترتبة مراتب الانكار كما فعل المص في قوله الاول ومن
الاصحاب من جعل الامور الثلثة منزلة على الحالتين اعني ظهور امارات النشوز وتحققه بالفعل فالمص في الكتاب والشيخ في ط والعلامة في عد
جعلوا الوعظ والهجر معلقين على ظهور امارته والضرب مشروطا بحصوله بالفعل ومع ذلك لم يشترطوا في جواز الضرب مع تحقق النشوز
تقديم الوعظ ولا الهجر بل جوزوا الضرب باول مرة وجعلوا الهجر في الاول مشروطا بعدم نجع الوعظ ووجه هذا القول حمل خوف النشوز على ظاهره
وترتيب الاولين على مراتب النهي واما اشتراط الضرب بتحقق النشوز مع ان ظاهر الاية جوازه مع الخوف فلان الضرب عقوبة وتعزير والاصل
فيها ان تكون منوطة بالحاكم والمحرم عليها هو النشوز وظهور امارته لا يفيد اليقين به فلا ينبغي العقوبة على الذنب قبل وقوعه بخلاف الزجر بالوعظ
والهجر فان امرهما اوسع وظهور امارات المعصية كاف في التنبيه عليها والزجر عنها ومرجع ذلك الى الاخذ بظاهر الاية مع مراعاة الاحتياط
في العقوبة والوقوف على موضع اليقين حيث يحتمل ارادة النشوز بالفعل من الخوف منه فالمتحقق الاذن في الضرب مع وقوعه وقبله مشكوك
فيه لكن قد يشكل هذا بالهجر فان تفويت حقها من اللطف واعطاء الوجه في المضاجعة بمجرد الاحتمال لا يخلو من اشكال الا ان الامر فيه سهل
كما قلناه فجاز التعويل فيه على ظاهر الاية ووجه عدم توقف ضربها على الاخيرين في هذه الحالة دلالة ظاهر الاية على التخيير بينه وبينهما او الجمع
من غير تقييد وفصل بعض العلماء في الاية تفصيلا اخر ووافقه العلامة في التحرير فجعل الامور الثلثة مرتبة على مراتب ثلثة من حالها فمع ظهور
امارات النشوز يقتصر على الوعظ ومع تحققه قبل الاصرار ينتقل الى الهجر فان لم ينجع واصرت انتقل الى الضرب وجعلوا المعنى في الاية واللاتي
تخافون نشوزهن فعظوهن فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان اصررن فاضربوهن والاظهر انه متى احتمل انزجارها بالوعظ لا ينتقل الى
الهجر وان لم يجوزه جاز الهجر ولا يجوز الضرب الا مع العلم بانها لا تنزجر بهما ومعه يجوز الضرب ولو في الابتداء كمراتب النهي وذلك حيث يتحقق
المعصية وبدونه يقتصر على الموعظة بقي في المسئلة امور ينبغي التنبيه لها الاول المراد بظهور امارات النشوز تغير عادتها معه في القول والفعل
بان تجيبه بكلام خشن بعد ان كان بلين او غير مقبلة بوجهها بعد ان كانت تقبل او تظهر عبوسا واعراضا وتثاقلا ودمدمة بعد ان كانت تتلطف
له وتبادر وتقبل عليه ونحو ذلك واحترزنا بتغير العادة عما لو كان ذلك من طبعها ابتداء فانه لا يعد امارة للنشوز والمص اقتصر في اعتبار
العادة على ادبها واطلق الباقي والمعتبر ما ذكرناه نعم مثل التبرم بالحوائج لا يعتبر فيه العادة لان ذلك حق فعليها المبادرة اليها ابتداء
ولا عبرة فيها بالعادة بخلاف الاداب فلذا خصها المص وهذه الامور ونحوها لا تعد نشوزا فلا يستحق ضربا عليه على الاقوى بل يقتصر
على الوعظ فلعلها تبدي عذرا او تتوب عما وقع من غير عذر ويظهر من تجويز الضرب بل الهجر انها امور محرمة وان لم تكن نشوزا والضرب لاجل
فعل المحرم وفيه نظر الثاني ليس من النشوز ولا من مقدماته بذاءة اللسان والشتم ولكنها تاثم به وتستحق التاديب عليه وهل يجوز للزوج
تاديبها على ذلك ونحوها مما لا يتعلق بحق الاستمتاع ام يرفع امرها الى الحاكم قولان تقدما في كتاب الامر بالمعروف والاقوى ان للزوج فيما
يتعلق بالمساكنة والاستمتاع كالاجنبي وان نغص ذلك عيشه وكدر الاستمتاع الثالث المراد بحوائجه التي يكون التبرم بها امارة
النشوز ما يجب عليها فعلها من الاستمتاع ومقدماته كالتنظيف المعتاد وازالة المنفر والاستعداد بان تمنع او تتثاقل اذا طلبها على وجه
يحوج زواله الى تكلف وتعب ولا اثر لامتناع الدلال ولا للامتناع من حوائجه التي لا تتعلق بالاستمتاع اذ لا يجب عليها ذلك وفي بعض الفتاوى
المنسوبة الى فخر الدين ان المراد بها نحو سقي الماء وتمهيد الفراش وهو بعيد جدا لان ذلك غير واجب عليها فكيف يعد تركه نشوزا وقد نبه المص
على ذلك بقوله في تعريف النشوز وهو الامتناع من طاعته فيما يجب له فترك الامور المذكورة اذا لم يعد نشوزا فكيف يعد التثاقل عنها من
مقدمات النشوز الرابع المراد بالتبرم بحوائجه القيام اليها بتثاقل وتضجر وان فعلتها قال الجوهري تبرم به اذا سئمه وضجر منه وابرمه امله
واضجره وقال الشيخ التبريح الشدة والمراد هنا قوة الضرب عرفا لان المعتبر من ضرب التاديب ما يسهل وقعه ومن ثم عبر جماعة بمثل السواك
والمنديل الخامس يجب اتقاء المواضع المخوفة كالوجه والخاصرة ومراق البطن ونحوها وان لا يوالي الضرب على موضع واحد بل يفرق على المواضع
الصلبة مراعيا فيه الاصلاح لا التشفي والانتقام فيحرم بقصده مط بل بدون قصد الماذون فيه لاجله السادس لو حصل بالضرب تلف
وجب الغرم لانه تبين بذلك انه اتلاف لا اصلاح بخلاف الولي اذا ادب الطفل والفرق ان تاديب المرأة لحظ نفسه والولد لحظه لا لحظ الولي
وقيل انهما مشروطان بعدم التلف وسيأتي البحث ان شاء الله تعالى فيه وفرق بينهما ايضا بان الاولى للزوج ان يعفو ويعرض عنه بخلاف الولي فان الاولى
له ان لا يعرض عن ضرب التاديب عند الحاجة لرجوع المصلحة الى الصبي وقد ورد الخبر بالنهي عن ضرب الزوجة في الجملة ويتفرع على هذا الفرق
عدم ضمان الولي لانه محسن وما على المحسنين من سبيل قوله وان ظهر اه هذا هو القسم الثاني من النشوز وهو ان يتعدى الزوج ويمنعها بعض

حقوقهما

حقوقها الواجبة من نفقة وقسمة او بشئ خلقه معها و يوذيها او يضربها بغير سبب صحيح لذلك فان نجع فيه وعظها والا رفعت امرها الى الحاكم وليس لها هجره ولا ضربه وان ذهب بما عوده الى الحق لانهما موقوفان على الاذن الشرعي في الاثنين مايتنبه على تفويض ذلك اليه لا اليها وهو اللائق بمقامه ثم الحاكم ان عرف الحال باطلاع او اقرار الزوج او بشهود مطلعين على حالهما والا نصب عليهما ثقة في جوارهما او غيره يخبرهما ويحكم بما يتبين فان ثبت تعدي الزوج نهاه عن فعل ما يحرم وامره بفعل ما يجب فان عاد اليه عزره بما يراه ولو امتنع من الانفاق مع قدرته جاز للحاكم ان ينفق عليها من ماله ولو ببيع شئ من عقاره اذا توقف عليه ولو كان لا يمنعها شيئا من حقها ولا يوذيها بضرب ولا كلام ولكن يكره صحبتها لمرض او كبر ولا يدعوها الى فراشه او يهم بطلاقها فلا شئ عليه ويحسن ان تسترضيه بترك بعض حقها من القسم والنفقة قال الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا وروي عن ابن عباس ان النبي صلعم هم بطلاق سودة فقالت لا تطلقني وخلني مع نسائك ولا تقسم لي واجعل يومي لعائشة فنزلت الاية وروى الحلبي في الحسن عن ابي عبد الله ع في قول الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا الاية فقال هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها اني اريد ان اطلقك فتقول له لا تفعل اني اكره ان تشمت بي ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت وما كان سوى ذلك من شئ فهو لك ودعني على حالتي فهو قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا وهو هذا الصلح وما ذكرناه حكم بذلها الحق مع عدم تقصيره وظاهر الاية جواز قبوله ذلك وحله له وان كان اثما في نشوزه وكذلك عبارة المص والحكم فيه كذلك لان مثل ذلك لا يعد اكراها على بذل حقها وان اثم في تقصيره نعم لو قهرها على بذله فلا شبهة في عدم حله ويظهر من رواية الحلبي تفسير الاية بالمعنى الاول خاصة وهو اولى قوله الشقاق لما كان ارتفاع احدهما على الاخر دون صاحبه مختصا باسم النشوز ناسب ان يخص التعدي من كل منهما باسم الشقاق لانهما تشاركا في التعدي والتباعد فكأن كلا منهما صار في شق اي جانب غير جانب الاخر وحاصله الاختلاف وعدم الاجتماع على راي واحد قوله فاذا كان النشوز منهما اه اذا كان النشوز منهما كان هو الشقاق نفسه كما تقدم فقوله وخشي الشقاق اي خشي استمراره والا فهو حاصل من قبل وعبر بذلك موافقة للاية الدالة على حكمه قال تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ويجوز ان يراد من خشية الشقاق العلم به كما سلف وهو اولى من اضمار الاستمرار ثم بيان حكم المسئلة ينتظم في ستة امور الاول جعل المص والاكثر الباعث للحكمين هو الحاكم وجعلوا ضمير فابعثوا في الاية راجعا الى الحكام وهو المناسب لمقام البعث والتحكيم واللائق بقطع التنازع والمروي و قال بعضهم انه ضمير عايد الى اهل الزوجين وقيل الى الزوجين انفسهما ويضعف بان ضمير الزوجين في الاية وقع مثنى لغايب والمامور بالبعث هو الخائف من شقاقهما وقد وقع الضمير عنه مخاطبا مجموعا نظرا دلالته على المغايرة بينهما ولو كان كما قيل لقال تعالى فليبعث كل منهما حكما من اهله او نحو ذلك ولان الانسان لا يبعث احدا الى نفسه ويظهر من المص في النافع اختيار هذا القول حيث قال فاذا خشي الاستمرار بعث كل منهما حكما من اهله ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم وقريب منه كلام ابن الجنيد الا انه جعل الحاكم يامر الزوجين بان يبعثا من يختار انه من اهلهما وفيه جمع بين الفائدتين والقولين وفي موثقة سماعة عن الص ما يرشد الى كلام ابن الجنيد لانه قال سئلت ابا عبد الله ع عن قول الله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ارأيت ان استاذنا الحكمان فقالا للرجل والمرأة اليس قد جعلتما امركما الينا في الاصلاح والتفريق فقال الرجل والمرأة نعم فاشهدا وابذلك شهودا عليهما ايجوز تفريقهما عليهما قال نعم الحديث ويمكن ان يستدل بها على ان المرسل الزوجان وكيف كان فالاقوى الاول لما ذكرناه وعليه فلو تعذر الحاكم او تعذر ارساله فبعث الزوجان كان المبعوث وكيلا محضا لا حكما فيفعل ما اقتضته الوكالة من عموم وخصوص بخلاف ما لو جعلنا المامور بالارسال الزوجين او اهلهما فانه ياتي في المبعوثين ما سنقرره في كونه وكيلا او حكما الثاني هل بعث الحكمين واجب او مندوب قولان من دلالة ظاهر الامر على الوجوب وكون الظاهر من حال الشقاق وقوع الزوجين او احدهما في المحرم فيجب تخليصهما منه حسبة ومن امكان الاصلاح بدون ذلك فلا يكون واجبا وان كان راجحا نظرا الى ظاهر الامر والوجه بناء على ان البعث من وظائف الحاكم الوجوب لو جعلنا متعلق الامر الزوجين فالاستحباب اوجه لامكان رجوعهما الى الحق بدون الحكمين نعم لو توقف الرجوع الى الحق عليهما وجب بعثهما مطلقا من باب المقدمة الثالث هل يشترط كون الحكمين من اهل الزوجين بمعنى كون المبعوث من قبلها من اهلها والمبعوث من قبله من اهله قولان منشاؤهما دلالة ظاهر الاية على كونهما من اهلهما فلا يتحقق امتثال الامر بدونه مؤيدا بان الاهل اعرف بالمصلحة من الاجانب ومن ان القرابة غير معتبرة في الحكم ولا في التوكيل وامرهما منحصر في الامرين وحصول الغرض بهما اجنبيين والاية مسوقة للارشاد فلا يدل الا على الوجوب من قبيل اذا تبايعتم وهذا هو الاشهر وهو الذي قطع به المص والاكثر ولو تعذر الاهل فلا كلام في جواز الاجانب الرابع هل المبعوثان وكيلان من جهة الزوجين ام حاكمان موليان من جهة الحاكم فيه قولان مرتبان على كون الباعث الحاكم اذ لو جعلنا بعثهما من الزوجين فلا شبهة في كونه توكيلا لانهما ليسا من اهل التفويض في الحكم الكلي وان كان متعلقه جزئيا والاكثر على كونه تحكيما لان الله سماهما حكمين وخاطب ببعثهما الحكام والوكيل ماذون ليس بحكم ولانه لو كان توكيلا لخاطب به الزوجين ولانهما ان رأيا الاصلاح فعلاه من غير استيذان ويلزم ما يشترطانه عليهما من السائغ ولو كان توكيلا لتبع ما دل عليه لفظهما ووجه الاول ان البضع حق للزوج والمال حق الزوجة وهما رشيدان فلا يولى عليهما ولان الحكم يتوقف على الاجتهاد وليس معتبرا فيهما ويضعف بان حكم الشارع قد يجري على غير المحجور عليه كالمماطل وباصرار الزوجين على الشقاق صارا ممتنعين من قبول الحق فجاز الحكم عليهما وانما لم يشترط الاجتهاد لان محله امر معين جزئي فيجوز تفويض الحاكم امره الى الآحاد كنظائره فعلى الاول يتوقف بعثهما على رضى الزوجين فان لم يرضيا ولم يتفقا على شئ ادب الحاكم الظالم واستوفى حق المظلوم وعلى الثاني لا يشترط رضاهما وعلى القولين يشترط فيهما البلوغ والعقل

والاسلام

والاسلام والاهتداء الى ما هو المقصود من بعثهما واما العدالة والحرية فان جعلناهما حكمين اعتبرا قطعا وان جعلناهما وكيلين ففي اعتبارهما وجهان اجودهما العدم لانهما ليسا شرطا في التوكيل ووجه اشتراطهما عليه ان الوكالة اذا تعلقت بنظر الحاكم اشترط فيهما ذلك كامين الحاكم الخامس يجب على الحكمين الاجتهاد في النظر والبحث عن حالهما والسبب الباعث على الشقاق والتاليف بينهما ما امكن ثم ان رايا الاصلاح هو الاصلح فعلاه وان رايا الاصلح لهما الفراق فهل يجوز لهما الاستبداد به فيباشر حكمه الطلاق وحكمها بذل عوض الخلع ان رايا الخلع هو الاصلح ام يختص حكمهما بالاصلاح دون الفراق قولان مرتبان على كونهما وكيلين او حكمين فعلى الاول لا اشكال في وجوب مراعاة الوكالة فان تناولت الفراق فعلاه والا فلا وعلى الثاني في جواز الفراق ايضا قولان مبنيان على ان مقتضى التحكيم على الاطلاق تسويغ فعل ما يراه صلاحا فيتناول الطلاق و البذل حيث يكونان صلاحا ومن ان امر الطلاق المكلف الى الزوج لقوله الطلاق بيد من اخذ بالساق وهذا هو الاشهر ويدل عليه من الاخبار حسنة الحلبي عن ابي عبد الله ع قال سئلته عن قول الله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها قال ليس للحكمين ان يفرقا حتى يستامرا الرجل والمرأة ويشترطا عليهما ان شئتما جمعنا وان شئتما فرقنا فان جمعا فجائز وان فرقا فجائز ويظهر من ابن الجنيد جواز طلاقهما بدون الاذن فانه قال ويشترط الوالي او المرضي بحكم على الزوجين ان للمختارين جميعا ان يفرقا بينهما او يجمعا ان رايا ذلك صوابا وعلى كل واحد من الزوجين انفاذ ذلك والرضا به وانهما قد وكلا ما في ذلك فمهما فعلاه فهو جائز عليهما وقد روي ان عليا ع بعث حكمين وقال تدريان ما عليكما ان رايتما ان تجمعا جمعتما وان رايتما ان تفرقا تفرقا فقالت المرأة رضيت بما في كتاب الله علي ولي فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال علي ع كذبت والله حتى تقر بمثل الذي اقرت به وقد احتج بهذا الخبر الفريقان فالاول من حيث انه اعتبر رضاهما واقرارهما والثاني من حيث انه جعل الجمع والتفريق الى الحكمين وقوله حتى تقر اي ليس عليك ان تمتنع بل عليك ان تنقاد لحكم الله كما انقادت وهذا اشبه بمذهب ابن الجنيد ويتفرع عليه ان حكم الرجل اذا راى ان يطلق بغير عوض طلق مستقلا به لان حكم المرأة لا صنع له في الطلاق ولا يزيد على واحدة لكن ان راجع الزوج ودام على الشقاق زاد الى ان يستوفي الطلقات الثلث وان راى الخلع وساعده حكم المرأة تخالعا وان اختلفا وقف السادس ينبغي ان يخلو حكم الرجل بالرجل وحكم المرأة بالمرأة خلوة غير محرمة ليتعرفا ما عندهما وما فيه رغبتهما واذا اجتمعا لم يخف احدهما على الاخر ما علمه ليتمكنا من الراي الصواب وينفذ ما راياه بشرطه فان اختلف رايهما بعثا اليهما اخرين حتى يجتمعا على شئ وينبغي للحكمين اخلاص النية في السعي وقصد الاصلاح فمن حسنت نيته فيما تحراه اصلح الله مسعاه وكان ذلك سببا لحصول مبتغاه كما نبه عليه قوله تعالى ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ومفهوم الشرط ان عدم التوفيق بين الزوجين يدل على فساد قصد الحكمين وانهما لم يجتمعا على قصد الاصلاح بل في نية احدهما او كليهما فساد فلهذا لم يبلغا المراد قوله ولو غاب هذا الحكم مبني على ان بعث الحكمين توكيل او تحكيم فعلى الاول ينفذ قطعا لان تصرف الوكيل فيما وكل فيه نافذ مع حضور الموكل وغيبته ومع بقائه على الخصومة والشقاق وعدمه ولو قلنا انه تحكيم كما هو المفتى به فقال الشيخ في ط لا يجوز الحكم مع غيبة احدهما لان الحكم مشروط ببقاء الشقاق و الخصومة بينهما ومع الغيبة لا يعرف بقاء ذلك ولان كل واحد منهما محكوم له وعليه ولا يجوز القضاء للغائب وانما يجوز عليه وجوز المص و المتأخرون الحكم مع الغيبة لانه مقصور على الاصلاح وهو غير متوقف على الحضور وانما يمنع لو اشتمل على حكم له كما لو حكما بالفرقة وقد تقدم انه لا يجوز والاصل بقاء الشقاق استصحابا لما كان قبل الغيبة وفيه نظر لجواز ان يشتمل الحكم مع الاصلاح على شرط لاحدهما فيكون حكما للغائب وان حصل معه الاصلاح وطرد بعضهم الوجهين فيما لو سكت احدهما نظرا الى العلة الاولى اذ لا يعلم بقاء الشقاق مع السكوت وهو ضعيف لامكان معرفة ذلك بالقرائن الحالية وان كان ساكتا بل يمكن ذلك مع الغيبة ايضا قوله ما يشترطه الحكمان اه اذا شرط الحكمان شرطا نظر فيه فان كان مما يصلح لزومه شرعا لزم وان لم يرض الزوجان كما لو شرطا عليه ان يسكنها في البلد الفلاني او المسكن المخصوص او لا يسكن معها في الدار امه ولو في بيت منفردا ولا يسكن معها الضرة في دار واحدة او شرطا عليها ان تؤجله بالمهر الحال الى اجل او ترد عليه ما قبضته منه قرضا ونحو ذلك لعموم المؤمنون عند شروطهم وقد جعل اليهما الحكم وان كان غير مشروع كما لو شرطا عليها ترك بعض حقها من القسم او النفقة او المهر او عليه ان لا يتسرى او لا يتزوج عليها او لا يسافر بها لم يلزم ذلك بلا خلاف ثم ان كان الشرط مما للزوجين فيه التصرف كترك بعض الحق فلهما نقضه مطلقا الشامل للجميع الدال بمفهومه على ان لهما ايضا التزامه لا التزام مقتضيا بان لا يتزوج ولا يتسرى ونحو ذلك وان لم يكن لازما له بالشرط والى هذا يشير كلام الشيخ في ط حيث قال في هذا القسم فان اختار الزوجان المقام على ما فعله الحكمان كان جميلا وان اختارا ان يطرحا فعلا فان فعلا فعل الجميل كونه تبرعا وتفضلا لا بغير استحقاق قوله لو منعها اه المراد بالحق الذي منعها اياه فبذلت له الفدية لاجله الحق الواجب لها من القسم والنفقة ونحوهما وانما لم يكن ذلك اكراها وان كان محرما لانه امر منفك عن طلب الخلع ولا يستلزمه بل قد يجامع ارادة المقام معها وانما الباعث على ترك حقها ضعف دينه وحرصه على المال وميله الى غيرها زيادة ونحو ذلك مما لا يستلزم ارادة فراقها ولا يدل عليه بوجه ونبه بقوله او غارها اي تزوج عليها على انه لا فرق في ذلك بين ترك حقوقها الواجبة وغيرها لان اغارتها غير محرمة وترك شئ من حقها الواجب محرم وكلاهما لا يقتضيان الاكراه اما غير الحق الواجب كالتزويج عليها وترك بعض المستحبات كالجماع في غير الوقت الواجب والتسوية بينها وبين ضرائرها في نحو الانفاق ونحوه فظاهر حتى لو قصد بذلك فراقها لتفتدي نفسها لم يكن اكراها عليه لان ذلك امر سائغ وامره بارادة فراقها لا يقتضي الاكراه واما ترك الحق الواجب فلما ذكرناه من انه بمجرده لا يدل على الاكراه بوجه وكذا لو قصد بترك حقها ذلك لانه لم يظهر لها وان كان اثما الا ان الظاهر لها ان تركه لاجل البذل كان ذلك اكراها واظهر منه ما لو اكرهها على نفس البذل وما ذكره المص قول الشيخ في ط ووافقهما عليه العلامة في

وفي الخبر نسب القول الى الشيخ ساكتا عليه مؤذنا بتردده فيه او ضعفه وفي القواعد قيد جحودها بالمستحبة ومفهومه انه لو منع الواجبة كان اكراها وهذا القول نقله الشيخ في ط اولا عن بعض العامة ثم قال الذي يقتضيه مذهبنا ان هذا ليس باكراه وهو المعتمد قوله النظر الرابع اجمع علماء الاسلام على ان اقل المدة التي يمكن فيها تولد الانسان حيا كاملا وتولده من حين الوطي الى حين الولادة ستة اشهر ويدل عليه مع الاجماع قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا مع قوله تعالى وفصاله في عامين فتركب من الامرين ان حمله يكون ستة اشهر لانها الباقية من الثلثين شهرا عن العامين وليست هذه المدة اقصى مدة الحمل بالاجماع والوجدان وانما هي اقل مدته واختلفوا في اقصى مدته فاطبق اصحابنا على انها لا تزيد عن سنة ثم اختلفوا فالمشهور بينهم انه تسعة اشهر ذهب اليه الشيخان في يه والمقنعة وابن الجنيد وسلار وابن البراج والمرتضى في احد قوليه و جماعة اخرون ومستندهم رواية وهب عن ابي عبد الله ع قال قال امير المؤمنين الولد لستة اشهر ولسبعة ولتسعة ولا يعيش لثمانية اشهر ورواية عبد الرحمن بن سيابة عمن حدثه عن ابي جعفر ع قال سألته عن غاية الحمل بالولد في بطن امه كم هو فان الناس يقولون ربما بقي في بطنها سنتين فقال كذبوا اقصى مدة الحمل تسعة اشهر لا تزيد لحظة ولو زاد ساعة لقتل امه قبل ان يخرج ورواية عبد الرحمن بن الحجاج قال سمعت ابا ابرهيم يقول اذا طلق الرجل امرأته فادعت حملا انتظر تسعة اشهر فان ولدت والا اعتدت ثلثة اشهر الحديث وفي الاستدلال بهذه الاخبار مع كثرتها نظر لان وهبا راوي الاولى مشترك بين الضعيف والثقة وفي طريقها من فيه نظر ايضا ومع ذلك فلا دلالة فيه على نفي الزائد عن التسعة الا من باب مفهوم العدد وليس بحجة والرواية الثانية مرسلة فلا يعتمد على ما فيها مع مخالفتها للوجدان كما ذكره المص واما الثالثة فلا يدل صريحا على ان التسعة اشهر اقصى الحمل بل ربما دلت على انه سنة لانه لو علم انتفاء الحمل بعد التسعة لم يحتج الى الثلثة الاشهر بعدها لان المعتبر في عدة الحامل اقرب الامرين من ثلثة اقراء وثلثة اشهر ويحصل هنا امرها بالاعتداد بسنة وذلك اعم من كون اقصى الحمل تسعة وسنة ويمكن ان يكون الوجه في الامر بانتظارها تسعة اشهر البناء على الغالب من كون الحمل بعد التسعة يوضع وان لم يتعين واما الرابعة فهي مع كونها اظهر في الدلالة على ان اقصى الحمل تسعة اشهر من السابقة دالة على ان الاقصى سنة لانه قال فيها قلت له المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها ما عدتها قال ثلثة اشهر الى ان قال قلت فانها ارتابت قال عدتها تسعة اشهر قلت فانها ارتابت بعد تسعة قال انما الحمل تسعة اشهر قلت فتزوج قال فتحتاط بثلثة اشهر قلت فانها ارتابت بعد ثلثة اشهر قال ليس عليها ريبة تزوج فهذه كما ترى دالة على جواز بلوغ الحمل سنة وان كان الغالب التسعة ثم امرها بالاحتياط ثلثة لاجل احتمال الحمل لا لان العدة بعده ثلثة كما اشرنا اليه سابقا وهي اقوى الادلة على ان اكثر الحمل سنة وقد اوردها في الكافي والتهذيب باسانيد كثيرة ومتون متقاربة مشتركة في هذا المعنى واجود طرقها الحسن والقول بالسنة للمرتضى في الانتصار مدعيا عليه الاجماع ووافقه عليه ابو الصلاح ومال اليه في المختلف ويدل عليه من الاخبار مضافا الى ما تقدم رواية ابن حكيم عن ابي ابرهيم او ابيه ع انه قال في المطلقة يطلقها زوجها فتقول انا حبلى فتمكث سنة قال ان جاءت به لاكثر من سنة لم تصدق ولو ساعة واحدة في دعويها وهذا القول اقرب الى الصواب وان ضعفه المص بالندرة اذ لم يرد دليل معتبر على كون اقصاه اقل من السنة فاستصحاب حكمه وحكم الفراش اثبت وان كان خلاف الغالب فقد يقع في زماننا ما يدل عليه مع انه يمكن تنزيل تلك الاخبار على الغالب كما يشعر به قوله ع انما الحمل تسعة تسعة اشهر ثم امرها بالاحتياط ثلثة نظرا الى النادر ولكن مراعاة النادر اولى من الحكم بنفي النسب عن اهله بل يترتب ما هو اعظم من ذلك على المرأة مع قيام الاحتمال معتضدا بقول سائر علماء الاسلام والقول بان اقصاه عشرة اشهر للشيخ في موضع من ط واستحسنه المص هنا والعلامة في اكثر كتبه وذكر جماعة ان به رواية ولكن لم اقف عليها وكيف كان فهو اقرب من القول بالتسعة قوله فلو لم يدخل بها اه يتحقق الدخول الموجب لالحاق الولد من الاحكام بغيبوبة الحشفة خاصة او قدرها من مقطوعها في القبل وان لم ينزل على ما ذكره الاصحاب في مواضع كثيرة وسيأتي التنبيه عليه في باب العدد وذكر الشهيد في قواعده ان الوطي في الدبر على هذا الوجه يساوي القبل في هذا الحكم وغيره الا في مواضع قليلة استثناها وما وقفت في كلام احد على ما يخالف ذلك قوله وكذا لو دخل اه احترز بالحيوة والكمالية عما لو ولد فيها من هذه المدة غير حي او ناقص الخلقة فانه يمكن لحوقه به اذا قضى اهل الخبرة بامكان تولده منه على هذا الوجه من حين الدخول وتظهر فائدة لحوقه به في وجوب مؤنة تجهيزه عليه وفي استحقاق ديته لو جني عليه ونحو ذلك والحكم بعدم لحوق الكامل الحي به فيما دون الستة هو المشهور بين الاصحاب لما علم من ان اقل ما يمكن ولادته حيا كاملا هو الستة وخالف في ذلك الشيخان فخيراه بين نفيه وبين الاعتراف به فيلحقه نسبه وهو شاذ والاصح وجوب نفيه للعلم بانتفائه عنه فاعترافه بنسبه والحاق احكام النسب به محرم قوله وكذا لو اتفقا والحال هذه اذا ولدته الزوجة بعد اقصى زمان الحمل من حين الوطي انتفى عن الزوج في نفس الامر ووجب عليه نفيه ظاهرا كما يجب عليه نفيه مع عدم الدخول او ولادته لدون اقل الحمل وقد ذكر المص وغيره هنا اقصى المدة المذكورة الموجب لنفي الولد يحصل بامرين احدهما اتفاق الزوجين على عدم الوطي في المدة المذكورة والثاني ثبوت ذلك بغيبة احدهما عن الاخر في جميع المدة ولا اشكال في انتفائه عنه مع ثبوت ذلك بالبينة او ما في حكمها واما ثبوت الحكم بمجرد اتفاقهما على عدم الوطي في المدة فوجهه ان الحق منحصر فيهما والامر لا يعلم الا منهما واقامة البينة على ذلك متعذرة او متعسرة فلو لم يكتف باتفاقهما عليه والحقنا به الولد حتما نظرا الى الفراش لزم الحرج والاضرار به حيث يعلم انتفاؤه عنه في الواقع ولا يمكنه نفيه ظاهرا ولان الشارع اوجب عليه نفيه عنه مع العلم بانتفائه وجعل له وسيلة اليه مع انكار المرأة باللعان فلا بد في الحكم من نصب وسيلة الى نفيه مع تصادقهما لتثبت له الحكم اللازم له شرعا ولا يمكن ذلك باللعان لانه مشروط بتكاذب الزوجين ليمكنهما الشهادة بالالفاظ الدالة على صدق الشاهد وكذب المشهود عليه وقط لزوم الضرر لو لم يثبت ذلك باتفاقهما اذ لا وسيلة

سواه

سواه وقد استشكل ذلك الشهيد في بعض حواشيه بانهما لو اتفقا على الزنا لم ينتف الولد ولحق بالفراش وهو قائم مع اتفاقهما هنا ويمكن حل الاشكال بان مجرد الزنا غير كاف في انتفاء الولد عن الفراش اذا كان قد وطي وطيا يمكن الحاقه به لما ثبت شرعا من ان الولد للفراش وللعاهر الحجر وهذا بخلاف ما اذا تصادقا على عدم الوطي في المدة المذكورة لان الولد لا يمكن لحوقه بالزوج من دون الوطي في مدة الحمل ومن ثم اتفقوا على انه لو ثبت عدم الوطي في المدة بالبينة حيث يمكن اثباتها كما لو انتفت الغيبة انتفى عنه بغير اشكال بخلاف ما اذا ثبت زناها بالبينة فانه لا يوجب نفيه عن الزوج ولا عن المرأة مع وجود الفراش الذي يمكن الحاقه به فافترق الامران نعم يحصل الاشكال من وجه اخر وهو منع انحصار الحق في الزوجين حتى يقبل تصادقهما على ذلك بل للولد في النسب حق ايضا وقد حكم بانه لو ادعى مدع مولودا على فراش غيره بان ادعى وطيه بالشبهة وصدقه الزوجان فلا بد من البينة لحق الولد ولا يكفي تصديق الزوجين له في دعوى الولد ومثل هذا ات هنا ان وافق المص على هذا الدعوى لانه يمكن منعه بما ذكرناه من الحرج والضرر وكيف يجتمع الحكم بعدم جواز الحاقه ووجوب نفيه مع الحكم بعدم انتفائه عنه بوجه من الوجوه حيث يتعذر اقامة البينة قوله ولو وطئها واطئ المراد بكونه لصاحب الفراش مع وطئه لها على وجه يمكن الحاقه به فلا يعارض وطي الزاني لان الزاني لا يلحق به الولد وان لم يكن هناك فراش فيلحق الولد بالفراش على هذا الوجه لقوله ص الولد للفراش وللعاهر الحجر ولا فرق في ذلك بين كون الولد شبيها للزاني في الخلق والخلق وعدمه عملا بالاطلاق وتمسكا بالاتفاق واحترز بالوطي فجورا عما لو وطئها بالشبهة بحيث يمكن تولده من الزوج والواطي بالشبهة وذلك بان تلد فيما بين ادنى الحمل واقصاه من وطيهما فانه يقرع بينهما ويلحق بمن يقع عليه القرعة لانها فراش لهما ولا فرق بين وقوع الوطي في طهر واحد وعدمه بل المعتبر امكان الحاقه بهما كما ذكرنا ولو امكن الحاقه بواطي الشبهة دون الزوج تعين له من غير قرعة كالعكس قوله ولو اختلفا في الدخول فادعت المرأة ليلحق به الولد وانكره او اتفقا عليه ولكن انكر الزوج ولادتها للولد وادعى انها اتت به من خارج فالقول قوله في الموضعين لاصالة عدم الدخول وعدم ولادتها له ولان الاول من فعله فيقبل قوله فيه والثاني يمكنها اقامة البينة عليه فلا يقبل قولها فيه بغير بينة قوله ومع الدخول اه لا بد مع انقضاء اقل الحمل بعد الدخول من عدم تجاوزه اكثر الحمل والحاصل انه متى امكن انتساب الولد الى الزوج يحكم به له ولا يجوز له نفيه سواء تحقق فجورها ام لا وسواء ظن انتفاءه عنه ام لا عملا بظاهر الشرع وصونا للاعراض عن تشنيعها وعملا بقوله الولد للفراش ولا يستثنى من ذلك الا مع وطي الشبهة كما مر ولو نفاه حيث يحكم بالحاقه به ظاهرا لم ينتف الا باللعان وليس له اللعان بمجرد الشبهة بل مع تيقن نفيه عنه قوله ولو طلقها فاعتدت اه اذا طلق المدخول بها فاتت بعد الطلاق بولد لستة اشهر فصاعدا من حين وطي المطلق ولم يتجاوز اقصى الحمل و ولم توطأ بعده بعقد ولا شبهة فهو للمطلق بغير اشكال لانها فراشه ولم يلحقها فراش اخر يشاركه في الولد وان كان لازيد من مدة الحمل انتفى عنه مط وان لحقها فراش اخر بعقد او شبهة فان لم يمكن لحوقه بالثاني كما لو ولدته لاقل من ستة اشهر من وطئه ولاقصى الحمل فما دون من وطي الاول لحق بالاول ولاقل الحمل فصاعدا الى الاقصى من وطي الثاني لحق بالثاني قطعا وان ولدته لازيد من اكثر الحمل من وطي الاول ايضا ويتبين بطلان نكاح الثاني لوقوعه في عدة الاول وحرمت عليه ابدا لوطئه في العدة ولو انعكس بان ولدته لازيد من اكثر الحمل من وطي الاول ولدون ستة اشهر من وطي الثاني انتفى عنهما قطعا وان امكن الحاقه بهما بان ولدته فيما بين اقصى الحمل وادناه من وطيهما امكن كونه منهما ففيه خلاف في عدم ترجيح الاول لان فراش الثاني اما اقوى من حيث زوال الاول وحصول الثاني بالفعل او مساو له وفي ترجيح الثاني او القرعة قولان منشأهما من كونها حال الوطي فراشا لكل منهما والزمان صالح لالحاقه بهما فلا ترجيح الا بالقرعة ومن ان فراش الثاني ثابت بالفعل حقيقة بخلاف الزائل فانه مجاز عند جمع من الاصوليين وقد قال ع الولد للفراش والقولان للشيخ في ط ويه والعلامة في لف وغيره واختار المص الحاقه بالثاني ولعله اقوى ثم عدل الى العبارة واعلم ان قوله ثم جاءت بولد ما بين الفراق الى اقصى الحمل ليس بجيد لان الفراق قد يقع بعد زمان طويل من وقت الوطي واقله مدة الاستبراء والمعتبر في مدة الحمل ما بين الوطي والوضع فكان الاصوب ابدال الفراق بالوطي وقوله اذا لم توطأ بعقد ولا شبهة غاية لالحاقه به على الاطلاق فاما اذا حصل احد الامرين لم يتم الحكم بالحاقه به على الاطلاق بل فيه التفصيل الذي ذكرناه وسننبه عليه في اخر الباب وكان اتصاله به اولى قوله ولو زنى بامرأة اه انما لم يجز الحاقه به لانه متولد من الزنا والمتولد من الزنا لا يلحق بالزاني وتجدد الفراش لا يقتضي الحاق ما قد حكم بانتفائه ولا يدخل في عموم الولد للفراش لان المراد منه المنعقد في الفراش لا المتولد مط ولهذا انتفى عنه ولم ينتف عن الفراش لو ولد بعد الطلاق والعدة ويدل عليه بخصوصه رواية علي بن مهزيار عن محمد بن الحسن القمي قال كتب بعض اصحابنا على يدي الى ابي جعفر ع جعلت فداك ما تقول في رجل فجر بامرأة فحملت ثم انه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد وهو اشبه خلق الله به فكتب بخطه وخاتمه الولد لغية لا يورث قوله ويلزم الاب اه المراد ولادة زوجته له على وجه يوجب الحاقه به بان تلده ما بين اقل مدة الحمل الى اكثرها وترك ذلك اعتمادا على ما سبق ولقد كان هذا القيد يوجب ترك ذكر هذه المسئلة ايضا لذكرها عن قريب قوله وكذا لو اختلفا في المدة اه لو اختلف الزوجان في مدة الحمل من حين الوطي مع اتفاقهما عليه فادعى ولادته لدون ستة اشهر او لازيد من اقصى الحمل وادعت ولادته لدون الاقصى على وجه يلحق به فانه لا ينتفي الا بقوله ويلزمه الاقرار به ولم ينتف عنه الا باللعان كما يقتضيه تشبيه حكم هذه المسئلة بالسابق تغليبا لجانب الفراش ولاصالة عدم زيادة المدة في الثاني فيهما في الاصل والظاهر اما الاول فيشكل تقديم قولها فيه لان الاصل عدم مضي المدة المتنازع فيها ولان مآل هذه الدعوى الى دعوى الدخول فانه اذا قال لم يمض ستة اشهر من حين الوطي فمعناه انه لم يطأ قبل هذه المدة وانما وطئ في اثنائها وكما ان قوله مقدم في عدم الدخول لاصالة عدمه تقدم هنا لاشتراكهما في تعليل الاصل وان افترقا في اصل

ووقوع الفعل وعلمه فان تقديم قوله في عدم الوطي ليس من حيث كونه وهيا بل من جهة موافقته للاصل وهو مشترك بين الامرين ولو نظر في تقديم قولها هنا الى انه مع الاجماع والخلوة يكون الظاهر الدخول فيكون من باب ترجيح الظاهر على الاصل كما قيل به في مواضع منها وجوب المهر مع الخلوة لكان ذلك مشتركا بين المسئلتين لانه مع انكار اصل الدخول مع الاجماع يكون مدعيا لخلاف الظاهر فالحكم بتقديم قولها في هذه الصورة مشكل ولو خص الحكم بالصورة الاولى كان حسنا قوله ولو طلق امرأته اه هذا بيان حكم ما اجمله سابقا في قوله اذا الموطوءة بعقد ولا شبهة وقد فصلناه في محله فهو به البنوة وزاد هنا انه لا فرق بين الطلاق وبيع الامة لاشتراكهما في المقتضي ذو الاوحد وثانا وفي حكم بيع الامة عتقها ثم تزويجها ويدل على تقديم الثاني مع امكان كونه منهما مضافا الى ما تقدم رواية زرارة عن الباقر ع قال سئلته عن الرجل اذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسة اشهر فهو للاول وان كان نقص من ستة اشهر فلامه وابيه الاول وان ولدت لستة اشهر فهو للاخير وعلى حكم الامة صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله قال اذا كان للرجل منكم الجارية يطاها فيعتقها فاعتدت ونكحت فان وضعت لخمسة فانه لمولاها الذي اعتقها وان وضعت بعد ما تزوجت لستة اشهر فهو لزوجها الاخير قوله اذا وطئ الامة اه لا فرق في الحكم بذلك بين ان نقول بجعل الامة فراشا بالوطي وعدمه لورود النص بوجوب الحاقه به حيث يمكن تولده منه ولا يجوز له نفيه الا مع العلم بانتفائه عنه فان نفاه انتفى عنه ظاهرا بغير لعان لانه مختص بالزوجين كما دل عليه قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الاية وحيث يعترف به في وقت من الاوقات يلزمه نسبه ولا يجوز له نفيه بعده وان كان قد نفاه اولا لانه باقراره به لزمه حكم الاقرار لعموم الخبر وفي رواية عن علي ع قال اذا اقر الرجل بالولد ساعة ثم نفاه لم ينتف منه ابدا قوله ولو وطئ المولى اه هذا اذا كان الواطي زانيا فلو كان والبا شبهة وامكن الحاقه بهما اقرع كما مر وقد روى سعيد الاعرج عن ابي عبد الله ع قال سئلته عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد قال للذي عنده لقول رسول الله ص الولد للفراش وللعاهر الحجر قوله ولو انتقلت اه اذا تعدد الموالي ووطئ كل واحد منهم فهي فراش للجميع او في معنى الفراش فيلحق الولد بالمالك بالفعل دون الزائل مع امكان لحوقه به والا فللسابق عليه لانه ناسخ لحكم الذي قبله مع امكان لحوقه والا فالسابق وهكذا ويجئ على القول بالقرعة في الفراش المتحد بالزوجية بينه وبين المنتقل وروده هنا الا ان الاحتمال هنا اضعف لورود الاخبار بتقديم من هو في يده على السابق زيادة على ما ذكرناه هنا فمن وجه التقديم الحاضر رواية الصيقل عن ابي عبد الله ع قال سمعته وسئل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها الى قوله فانه باعها من اخر ولم يستبرئ رحمها ثم باعها الثاني من رجل اخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث فقال ابو عبد الله ع ان الولد للفراش وللعاهر الحجر ورواية الحسن الصيقل عن ابي عبد الله ع مثله الا انه قال الولد للذي عنده الجارية ويصير فراشا لقول رسول الله ص الولد للفراش وللعاهر الحجر وفي هاتين الروايتين دلالة على ان الامة تصير فراشا للمولى بالوطي وسيأتي تحقيقه في اللعان قوله ولو وطئها اه الامة المشتركة لا يجوز لكل واحد من الشركاء وطيها لتعلق حق غيره بها لكن لو وطئها بغير اذن لم يكن زانيا بل عاصيا يستحق التعزير ويلحق به الولد ويقوم عليه الام والولد يوم سقط حيا ويغرم حصص الباقين وقد تقدم الكلام في ذلك ولو فرض وطي الجميع لها في طهر واحد فعلوا محرما وحينئذ الولد لكن لا يمكن الحاقه بالجميع بل بواحد منهم بالقرعة كما لو كانت فراشا لاثنين فصاعدا فمن خرجت له القرعة الحق به وغرم حصص الباقين كما ذكرناه هذا اذا اشكل عليهم الامر ولم يعلم تولده من واحد بعينه كما هو الظاهر من حال الوطي في طهر واحد وحكمه عند الاشتباه مع ان الله تعالى لا بد عنده احد منهم بخصوصه بل يرجعون فيه الى القرعة لكن لو فرض ادعاء كل واحد له اقرع بينهم ايضا والحق بمن خرج اسمه واغرم حصص الباقين من قيمته وقيمة امه لانهما صارا ام ولد بالنسبة الى من الحق به والاصل في هذه المسئلة حسنة ابي بصير عن ابي جعفر ع قال بعث رسول الله عليا الى اليمن فقال له حين قدم حدثني باعجب ما مر عليك قال يا رسول الله اتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطؤها جميعا في طهر واحد فولدت غلاما واحتجوا فيه يدعونه فاسهمت بينهم وجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم فقال النبي ص انه ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا امرهم الى الله الا خرج سهم المحق والاصحاب حكموا بمضمونها وحملوا قوله وضمنته نصيبهم على النصيب من الولد والام معا كما لو كان الواطي واحدا منهم ابتداء فانه يلحق به ويغرم نصيبهم منهما كذلك لكن يشكل الحكم بضمانه لهم نصيب الولد لادعاء كل منهم انه ولده وانه لا يلحق بغيره ولازم ذلك انه لا قيمة له على غيره من الشركاء وهذا بخلاف ما لو كان الواطي واحدا فان الولد محكوم بلحوقه به ولما كان من نماء الامة المشتركة جمع بين الحقين باغرامه قيمة الولد لهم والحاقه به بخلاف ما هنا والرواية ليست صريحة في ذلك لان قوله وضمنته نصيبهم يجوز ارادة النصيب من الام لانه هو النصيب الواضح لهم باتفاق الجميع بخلاف الولد ويمكن ان يكون الوجه في اغرامه نصيبهم من الولد ان ذلك ثابت عليه بزعمه انه ولده ودعواهم لم يثبت شرعا فيؤخذ المدعي باقراره بالنسبة اليهم والنصيب في الرواية يمكن تناوله لهما معا من حيث ان الولد نماء امتهم فلكل منهم فيه نصيب سواء الحق بها ام لا ولهذا يغرم من لحق به نصيب الباقين في موضع الوفاق وعلى كل حال فالعمل بما ذكره الاصحاب متعين ولا يسمع الشك فيه مع ورود النص به ظاهرا وان احتمل غيره ولو كان المدعي له بعضهم دون بعض فانما يختص لحوقه به وحده وكان حكم الباقين حكم من نفى ولده من امته الملحق به ظاهرا فانه ينتفي عنه بغير لعان وان كان نفيه محرما عليه من دون ان يعلم انتفائه وهنا لو كان المدعي متعددا كاثنين منهم مع نفي الباقين له اقرع بين المتداعيين كما لو انحصر الملك فيهما والحق بمن اخرجته القرعة كما لو وقع بين الجميع ولحقه باقي الاحكام ولو لم يدع احد منهم اقرع بينهم ايضا والحق بمن اخرجته القرعة كما ذكرناه ولا فرق في جميع هذه الاحكام بين ما لو كانوا عالمين بالتحريم وجاهلين بالتفريق وانما يفرق الجاهل والعالم في الحكم بالاثم وعدمه وفي استحقاق التعزير وعدمه

وكما لا يصح لاحد منهم تصديق المدعي فيه بدون ان يعلم انتفاؤه عنه لا يصح لهم الاتفاق على نفيه عنهم الا مع العلم كذلك وبالجملة فحكم كل واحد بالنسبة الى هذا الولد كولده من الامة الموطوءة المنفردة من حيث الحكم باللحوق وتحريم النفي وانتفائه على تقديره بغير لعان ويزيد هنا توقف لحوقه باحدهم على القرعة كما لو وطئ الامة غير مالكيها وطيا يمكن ان يلحق بكل منهما الولد قوله ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل قد عرفت ان لحوق الولد بالواطي بالملك والزوجية لا يتوقف على العلم بانزال الماء بل يكفي فيه تغيب الحشفة او قدرها فبالاولى ان يلحق الولد بالواطي اذا عزل عنها لامكان ان يسبقه شيء من الماء من غير ان يشعر به وقد يقع الاشكال في الموضعين بتقدير العلم بعدم نزول الماء لكن الاصحاب اطلقوا الحكم كما وضعنا ونبه بعض من العامة اختلفوا في ذلك فمنهم من وافق الاصحاب على ذلك ومنهم من اشترط في لحوق الولد نزول الماء ونفاه عنه مع العزل فضلا عن تغيب الحشفة مجردا قوله ولو وطئ امته اه القول المذكور للشيخ واتباعه واكثر الاصحاب استنادا الى روايات كثيرة دالة بظاهرها على ذلك لكنها مختلفة الدلالة والاسناد فالواضح السند منها ليس بصريح في المط والدال عليه ظاهرا ضعيف السند ولكثرتها اعرضنا عن نقلها مضافا الى مخالفتها للقواعد الشرعية والاخبار الصحيحة المتفق عليها من ان الولد للفراش وللعاهر الحجر وانه لا عبرة في الولد بشبهه بالاب وعدمه ولان الولد المذكور ان كان لاحقا به فهو حر وارث والا فهو رق فجعله طبقة ثالثة وهما اخر ليس بجيد ومقتضى النصوص ان الولد يملك الوصية ولا يملكه المولى ولا الوارث وهي من خواص الحر لكن عدم الحاقه به ينافي ذلك والاقوى الاعراض عن مثل هذه الروايات والاخذ بالمجمع عليه من ان الولد للفراش حيث يجتمع شرائط الحاقه به قوله الوطي بالشبهة اه لا خلاف في ان وطي الشبهة كالصحيح في لحوق احكام النسب وقد تقدم تعريفه وبيان جملة من احكامه في اول الكتاب ويزيد على النكاح الصحيح ان الشبهة لو تعلقت بامة غيره فوطئها لحق به الولد لكن يلزمه قيمته لمولاها يوم ولد حيا لانه نماء مملوكته وقد تقدم ان ولد الحر لا يكون رقا فجمع بين الحقين باعطاء المولى قيمة الولد يوم ولد على تقدير ولادته حيا والا فلا شيء له وينعقد الولد حرا تبعا لابيه ولا ينافيه لزوم قيمته لان ذلك تقويم منفعة الام التي فاتت المولى بسبب تصرف الغير فيها فلو هلك الولد لم يعط قيمته بقي في ذمة الاب ولا يرجع الولد رقا وقد تقدم البحث في نظاير ذلك قوله ولو تزوج امرأة اه هذا الحكم ذكره الشيخ والاصحاب كذلك والمستند اخبار كثيرة تدل باطلاقها عليه ولا اشكال فيها على تقدير حكم الحاكم او شهادة شاهدين يعتمد على قولهما في ذلك شرعا وان لم يحكم حاكم اذ لبسها النزاع حتى ينفذ الحكم اليه وح فيكون ذلك شبهة مسوغة للوطي وموجبة لالحاق الاولاد وثبوت الاعتداد بعد ظهور الفساد لان وطي الشبهة يوجب ذلك واما على تقدير كون المخبر ممن لا يثبت ذلك شرعا كالواحد فينبغي تقييده بما لو ظنا جواز التعويل على خبره جهلا منهما بالحكم فلو علما بعدم الجواز كانا زانيين فلا يلحق بهما الولد ولا عدة عليها منه ولو جهل احدهما ثبت العدة ولحق الولد به دون الاخر وفي النحو يصرح بالاجتزاء بخبر الواحد وهو محمول على ما ذكرناه ليوافق القواعد الشرعية قوله فالواجب اه وجه وجوب استبداد النساء بها من دون الرجال ان مثل ذلك يوجب سماع صوتها غالبا والاطلاع على ما يحرم عليهم وهذا مع لزوم ذلك لا مط وينتفي في الرجال المحارم حيث لا يستلزم الاطلاع على ما يحرم عليهم رؤيته وينبغي تقديم رجال المحارم على الاجانب لذلك وبعضهم اوجبه ولا شبهة في جواز الرجال مط عند عدم النساء وجواز الاجانب عند عدم المحارم والزوج لان الضرورة تبيح من نظر المرأة وسماع صوتها مثل ذلك كنظر الطبيب ولمسه في وقت الحاجة ولو الى العورة وهذا الوجوب في جميع المراتب كفائي يجب على من بلغه حالها من النساء الى ان يحصل من فيه الكفاية فيسقط من الباقين وكذا حكم الرجال حيث ينتقل اليهم قوله والمندوب اه واطلاق الغسل يقتضي اعتبار النية فيه والترتيب في غيرهما من احكامه مع احتمال عدمه وانه تنظيف محض عن النجاسات العارضة له او مط قوله والاذان قال النبي ص من ولد له مولود فليؤذن في اذنه اليمنى اذان الصلوة وليقم في اذنه اليسرى فانه عصمة من الشيطان الرجيم وقال الص لابي يحيى الرازي اذا ولد لكم مولود اي شيء تصنعون قلت لا ادري ما يصنع به قال خذ عدسه جاوشير فديفه بالماء ثم قطر في انفه في المنخر الايمن قطرتين وفي الايسر قطرة واذن في اذنه اليمنى واقم في اليسرى يفعل به ذلك قبل ان يقطع سرته فانه لا يصرع ابدا ولا يصيبه ام الصبيان وفي حديث اخر عنه مروا القابلة او بعض من يليه ان تقيم الصلوة في اذنه اليمنى فلا يصيبه لمم ولا تابعة ابدا قوله وتحنيكه المراد بالتحنيك ادخال ذلك الى حنكه وهو اعلى داخل الفم قال الباقر ع يحنك المولود بماء الفرات ويقام في اذنه وفي رواية اخرى حنكوا اولادكم بماء الفرات وبتربة قبر الحسين ع فان لم يكن فبماء السماء وكذا يستحب تحنيكه بالتمر بمضغ التمرة ويجعلها في فيه ويوصلها الى حنكه بسبابته حتى يتحلل في حلقه قال امير المؤمنين ع هكذا فعل رسول الله ص بالحسن والحسين ع ومثله روي عن ام سلمة لما ولدت غلاما فاتى به ابو طلحة النبي ص وارسلت معه بتمرات فاخذها النبي ص فمضغها ثم اخذها من فيه فجعلها في فم الصبي وحنكه به وسماه عبد الله قال الهروي يحنكه وحنكه بتخفيف النون وتشديده والفرات المضاف اليه الماء نهر الكوفة والفرات الموصوف به الماء العذب هو خلاف الماء المالح قوله ثم تسميته عن ابي عبد الله ع قال قال رسول الله ص استحسنوا اسماءكم فانكم تدعون بها يوم القيامة قم يا فلان بن فلان الى نورك وقم يا فلان بن فلان لا نور لك وعن الكاظم ع قال جاء رجل الى النبي ص فقال يا رسول الله ما حق ابني هذا قال تحسن اسمه وادبه والاسماء الحسنة هي اسماء الانبياء والائمة ع وما تضمن العبودية لله تعالى كعبد الله وعبد الرحمن وعبد الرحيم واشباه ذلك والمص جعل افضلها ما تضمن العبودية لله ويليها في الفضل اسماء الانبياء والائمة وتبعه عليه العلامة في كتبه ولم نقف على مستنده والموجود في الاخبار افضلية اسماء الانبياء واصدقها ما تضمن العبودية لله تعالى قال الباقر ع اصدق الاسماء ما سمي بالعبودية وافضلها اسماء الانبياء لان النبي ص قال من ولد له اربعة اولاد ولم يسم احدهم باسمي فقد جفاني ولا يخفى ان كون الاسم اصدق

من غيره لا يقتضي كونه افضل منه خصوصا مع التصريح بكون الافضل اسماء الانبياء في نفس الخبر فانه يدل على ان الصدق غير الفضيلة ومضمون الخبر عبر التسمية في اللغة وابن ادريس صرح بان الافضل اسماء النبي والائمة وافضلها نبينا والائمة وبعد ذلك العبودية لله دون خلقه وهذا هو الاظهر قوله وان يكنيه الكنية بضم الكاف ما صدر من الاعلام باب او ام كابي الحسن وام كلثوم وهي مستحبة مضافة الى الاسم حذرا من لحوق النبز للولد وهو ما يكره من اللقب قال الباقر انا لنكني اولادنا في صغرهم مخافة النبز ان يلحق بهم قوله وروي اكثر الاخبار تضمنت استحباب التسمية للمولود من غير توقيت بحد خاص وقته من حين الولادة وفي رواية عن الكاظم ان احب ان يسميه من يومه فليفعل بل روي استحباب تسمية الحمل محمدا قبل ان يولد والمص مشى على ذلك فجعل التسمية من سنن الولادة ثم نقل استحباب كونه يوم السابع رواية والرواية التي اشار اليها هي رواية ابي الصباح الكناني قال سئلت ابا عبد الله ع عن الصبي المولود متى يذبح عنه ويحلق راسه ويتصدق بوزن شعره ويسمى فقال كل ذلك في اليوم السابع وطريق الجمع بينها وبين ما امر فيه بالتسمية مطلقا بالحمل على الفضيلة والافضلية فيجعل التسمية يوم السابع افضل من غيره غير ما استثني من اسم محمد فقد روي استحباب تسمية الحمل وحين يولد قال الصادق ع لا يولد لنا مولود الا سميناه محمدا فاذا مضى سبعة ايام فان شئنا غيرنا وان شئنا تركنا قوله ويكره وجه الكراهة ما روي عن ابي عبد الله ع ان النبي نهى عن اربع كنى عن ابي عيسى وعن ابي الحكم وعن ابي مالك وعن ابي القاسم اذا كان الاسم محمدا قوله وان يسميه حكما مستند كراهة هذه الاسماء رواية حماد بن عثمن الحسنة عن ابي عبد الله ع قال ان رسول الله ص دعا بصحيفة حين حضره الموت يريد ان ينهى عن اسماء يسمى بها فقبض ولم يسمها منها الحكم والحكيم وخالد ومالك وذكر انها ستة او سبعة مما لا يجوز ان يسمى بها وروى محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال ان ابغض الاسماء الى الله حارث ومالك وخالد وليس في الاخبار تصريح بالنهي عن ضرار بخصوصه لكنه من الاسماء المنكرة وقيل انها من اسماء ابليس وروى زرارة عن ابي جعفر ع قال ان رجلا كان يغشى علي بن الحسين وكان يكنى ابا مرة فكان اذا استاذن عليه يقول ابو مرة بالباب فقال له علي بن الحسين ع اذا جئت الى بابنا فلا تقولن ابو مرة قوله وسنن اليوم آه المشهور بين الاصحاب استحباب الاربعة والروايات ناطقة به قال رسول الله ص كل غلام رهين بعقيقته يذبح عنه يوم سابعه ويسمى فيه ويحلق راسه وقال الص ع عق عنه واحلق راسه يوم السابع وتصدق بوزن شعره فضة وعنه ع قال قال رسول الله ص طهروا اولادكم يوم السابع فانه اطهر واطيب واسرع لنبات اللحم وان الارض تنجس من بول الاغلف اربعين صباحا وفي خبر آخر عنه ان الارض تضج الى الله من بول الاغلف وفي خبر عنه ع في طريق احدهما مسعدة بن صدقة وفي الآخر غياث بن عيسى والظاهر انه الاشعري لا اليقطيني فيكون صحيحا قال ثقب اذن الغلام من السنة وختان الغلام من السنة وروى الكليني عن الحسين بن خالد قال سئلت ابا الحسن ع عن التهنئة بالولد قال انه لما ولد الحسن بن علي ع هبط جبرئيل على النبي ص بالتهنئة في اليوم السابع وامره ان يسميه ويكنيه ويحلق راسه ويعق عنه ويثقب اذنه وكذلك حين ولد الحسين ع اتاه في اليوم السابع بمثل ذلك قال وكان لهما ذوابتان في القرن الايسر وكان الثقب في الاذن الايمن في شحمة الاذن وفي الايسر في اعلى الاذن فالقرط في اليمنى والشنف في اليسرى وحرم بعض العامة ثقب الاذن نظرا الى انه ايلام للولد واذى لم يؤذن فيه شرعا فان صح حديثا او جبرته الشهرة فهو الاذن والا فالمتجه الا ان يحل مثل هذا الالم اليسير مع ما يترتب عليه من زينة الصبي ونفعه مما يكفي في الاذن فيه امثال هذه الاخبار قوله واما الحلق فقد تقدم ما يدل على استحبابه ويدل على تقديمه على العقيقة رواية اسحق بن عمار قال قلت لابي عبد الله ع باي ذلك نبدء قال تحلق راسه وتعق عنه وتتصدق بوزن شعره فضة يكون ذلك في مكان واحد وفي رواية ابي بصير عنه ع بوزن شعره ذهبا او فضة قوله ويكره روى عن ابي عبد الله ع قال قال امير المؤمنين ع لا تحلقوا للصبيان القزع ان يحلق موضعا ويدع موضعا وفي خبر آخر عنه انه كره القزع في رؤس الصبيان وذكر ان القزع ان يحلق الراس الا قليلا وسط الراس تسمى القنزعة وفي حديث آخر عنه ان النبي اتى بصبي يدعو له فنازع فابى ان يدعو له وامر ان يحلق راسه واعلم ان تعريف المص والخبر الاول يقتضي كراهة ترك موضع من الراس سواء كان في وسطه او في غيره وسواء تعدد ام اتحد والخبر الثاني اقتضى كون القزع هو ترك الوسط لا غير وكلام اهل اللغة يوافق المعنى الاول قال الهروي في الحديث نهى عن القزع هو ان يحلق راس الصبي ويترك عنه مواضع يكون الشعر فيه متفرقا ومنه قزع السحاب هي قطعة قوله واما الختان آه هنا مسائل الاولى لا خلاف بين العلماء في وجوب الختان في الجملة وانه من الفطرة الحنيفية وانما الكلام في اول وقت وجوبه هل هو قبل التكليف بحيث اذا بلغ الصبي يكون قد اختتن قبله ولو بقليل ام لا يجب الا بعد البلوغ كغيره من التكليفات المتعلقة بالمكلف يظهر من عبارة المص الاول لاطلاقه وحكمه بالوجوب ولا ينافيه حكمه باستحبابه يوم السابع لان الوجوب على هذا القول موسع من حين الولادة الى ان يقرب التكليف وعلى هذا فيكون فعله يوم السابع افضل افراده الواجبة ولاجل ذلك اطلق عليه الاستحباب كما يستحب صلوة الفريضة في اول وقتها وعلى هذا فيكون الوجوب متعلقا بالولي فان لم يفعل الى ان بلغ الصبي اثم وتعلق الوجوب بالولد وبهذا القول صرح في التحرير فقال ولا يجوز تاخيره الى البلوغ ووجه هذا القول اطلاق الامر به للولي الدال على الوجوب وقد تقدم بعضه ووجه الثاني ان الختان شرط في صحة الصلوة ونحوها من العبادات فلا يجب الا مع وجوب المشروط ولو سلم انه واجب لنفسه فمتعلقه المكلف والاصل براءة ذمة الولي من فعله والامر قبل البلوغ محمول على الاستحباب لان في بعض الاخبار انه من السنة مقرونا بثقب الاذن المتعين حمله على الاستحباب وان كانت السنة في نفسها اعم من الواجب وفي الحديث ان ابن عباس رض سئل مثل من انت حين قبض رسول الله ص قال انا يومئذ مختون وكانوا لا يختنون الرجل حتى يدرك وفي صحيحة ابي بصير عن ابي جعفر ع انما السنة في الختان على الرجال وقول المص ولو اخر جاز على القولين اذ لا شبهة في جواز تاخيره عن يوم السابع انما الكلام في وجوب تقديمه على البلوغ وفي صحيحة علي بن يقطين قال سئلت ابا الحسن ع عن ختان الصبي لسبعة ايام من السنة هو او يؤخر فايهما افضل فقال لسبعة ايام من

السنة

السنة فان اخر فلا باس بها وله بالاطلاق التاخير الى البلوغ فيكون دليلا على الثاني وهو اختيار ابن ادريس وانما يجب الختان او يستحب على تقدير ولادته مستور الحشفة فلو ولد مختونا خلقة سقط الفرض ولو مات غير مختون لم يجب ختانه قوله الثانية الحكم مختص بالذكر كما يقتضيه الفاظ النصوص كقوله ختان الغلام من السنة فلا يجب على الانثى اجماعا واما الخنثى فان لحق باحدهما لحقه حكمه وان اشكل امره ففي وجوبه في حقه وتوقف صحة صلوته عليه وجهان من الشك في ذكوريته التي هي مناط الوجوب معتضدا باصالة البراءة ولاشتماله على ايلام من لا يعلم وجوبه عليه ومن انحصار امره فيهما فلا يحصل اليقين بصحة العبادات بدونه ولانه ماخوذ بمراعات الجانبين حيث يمكن ولدخوله في عموم قولهم ع الختان من الفطرة وقولهم اختنوا اولادكم يوم السابع يطهروا فان لفظ الاولاد يشمل الجميع خرج منه الاناث بدليل من خارج فبقي الباقي ولا ريب ان هذا اولى الثالثة لو اسلم الكافر غير مختون وجب عليه الختان وان طعن في السن لعموم الادلة المتناولة للصغير والكبير والمسلم وغيره ولقوله ع لرجل وقد اسلم الق عنك شعر الكفر واختتن وقول امير المؤمنين ع اذا اسلم الرجل اختتن ولو بلغ ثمانين سنة الرابعة يستحب خفض الجواري والنساء وليس بواجب اجماعا روى عبد الله بن سنان عن الص ع قال ختان الغلام من السنة وخفض الجارية من السنة وفي خبر آخر عنه ع خفض الجواري مكرمة وليس من السنة ولا شيئا واجبا واي شيء افضل من المكرمة وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن ابي عبد الله ع قال لما هاجرت النساء الى رسول الله ص هاجرت فيهن امرأة يقال لها ام حبيب وكانت خافضة تخفض الجواري فلما رآها رسول الله ص قال لها يا ام حبيب العمل الذي كان في يدك هو في يدك اليوم فقالت نعم يا رسول الله الا ان يكون حراما فتنهاني عنه قال لا بل حلال فادني مني حتى اعلمك فدنت منه فقال يا ام حبيب اذا انت فعلت فلا تنهكي اي لا تستاصلي واشمي فانه اشرق للوجه واحظى عند الزوج ولو اسلمت المرأة يستحب خفضها كغيرها قوله واما العقيقة اصل العقيقة الشعر الذي يخرج المولود به من بطن امه وهي عليه واصلها الشق سمي الشعر المذكور بذلك لانه يحلق عنه ثم قيل للذبيحة التي تذبح يوم استحباب حلق شعره عقيقة لانها يشق حلقومها كذا قاله الهروي وغيره او لانها تفعل لاجل العقيقة فاطلق اسم السبب على المسبب والفعل عنه عق يعق بضم العين قوله فيستحب مساواتها للولد في الذكورية والانوثية رواه الكليني مرسلا عن الباقر ع قال اذا كان يوم السابع وقد ولد لاحدكم غلام او جارية فليعق عنه كبشا عن الذكر ذكرا وعن الانثى مثل ذلك وروي اخبار كثيرة تدل على اجزاء الذكر والانثى مطلقا منها صحيحة منصور بن حازم عن ابي عبد الله ع قال العقيقة في الغلام والجارية سواء وحسنة ابن مسكان عنه ع قال عقيقة الغلام والجارية كبش وتيس ورواية منهال القماط عنه ع انما هي شاة لحم ليست بمنزلة الاضحية يجزي منها كل شيء مع ان الرواية الاولى ليست صريحة في اعتبار المساوات بل الظاهر قوله والانثى مثل ذلك ان المسمى كونها ذكرا في الذكر والانثى فيكون موافقا لغيره من الاخبار الدالة على التسوية بينهما ولا ريب في اجزاء الجميع انما الكلام في الافضلية قوله وهل تجب آه القول بالوجوب للمرتضى وابن الجنيد واحتج عليه السيد في الانتصار باجماع الامامية وابن الجنيد بالاخبار الدالة على الوجوب كرواية ابي بصير عن ابي عبد الله ع قال سئلته عن العقيقة اواجبة هي قال نعم واجبة ورواية ابي المعزا عنه ع قال العقيقة واجبة ورواية علي بن ابي حمزة عن الكاظم ع قال العقيقة واجبة اذا ولد للرجل ولد والاشهر الاستحباب وهذه الاخبار مع قطع النظر عن سندها محمولة على تاكد الاستحباب او ثبوته لانه معنى الوجوب لغة ويؤيد الثاني قول الص ع في رواية عمر بن يزيد والعقيقة اوجب من الاضحية واما احتجاج السيد بالاجماع فلا يخفى حاله واعلم ان العلامة قال في المختلف بعد نقله الوجوب عن المرتضى وابن الجنيد احتج المرتضى برواية علي بن ابي حمزة وذكر الاحاديث وليس بجيد لان السيد لا يستند في مذهبه الى الاخبار الصحيحة اذا كانت من طريق الآحاد فكيف يحتج برواية ابن ابي حمزة وهو مصرح بكفره وكفر نظرائه من الفرق وانما اوجبها لما توهم من اجماع الامامية عليه كما اشار اليه في الانتصار وجعل الاجماع مستنده في اكثر مسائله وان كان في تحقق الاجماع نظر الا انه راى ذلك حسب ما نقول له قوله ولو تصدق آه يدل على ذلك رواية محمد بن مسلم قال ولد لابي جعفر ع غلامان فامر زيد بن علي ان يشتري له جزورين للعقيقة وكان زمن غلاء فاشترى له واحدة وعسرت الاخرى فقال لابي جعفر ع قد عسرت الاخرى فتصدق بثمنها قال لا اطلبها حتى تقدر عليها فان الله يحب اهراق الدماء واطعام الطعام ورواية عبد الله بن بكير قال كنت عند ابي عبد الله ع فجاء رسول عمه عبد الله بن علي فقال له يقول لك عمك انا طلبنا العقيقة فلم نجدها فما ترى نتصدق بثمنها فقال لا ان الله يحب اطعام الطعام واراقة الدماء قوله ويستحب قال الص ع اجزاه ما يجزي في الاضحية وهذا مع الامكان ومع عدمه يجزي فاقد الصفات لقوله ع لما سئل عن العقيقة انما هي شاة لحم ليست بمنزلة الاضحية يجزي منها كل شيء وقوله العقيقة ليست بمنزلة الهدي خيرها اسمنها قوله وان يخص في صحيحة الكاهلي وصحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله ع وكثير من الاخبار تعطى القابلة الرجل مع الورك كما ذكره المص والجماعة وفي رواية عمار عنه ع تعطى القابلة ربعها وان لم تكن قابلة فلامه تعطيها من شاءت والمراد ان الاب يعطيها حصة القابلة ان كان هو الذابح للعقيقة فيتصدق بها لانه يكره لها ان تاكل وفي قوله ع تعطيها من شاءت اشارة الى ان صدقتها به لا تختص بالفقراء بل تتادى السنة بصدقتها على الغني والفقير ولو كانت القابلة يهودية لا تاكل من ذبايح المسلمين اعطيت ربع قيمة العقيقة روى ذلك عمار عن ابي عبد الله قوله ولو لم يعق ابواه ولو لم يعق عند بلوغه بقي في عهدتها ما دام حيا لقول النبي ص الولد مرتهن بعقيقته فكه ابواه او تركاه ولو شك هل عق ابواه ام لا استحب له ان يعق لان الاصل عدم عقيقة غيره عنه ولرواية عمر بن يزيد قال قلت لابي عبد الله ع اني والله ما ادري كان ابي عق عني ام لا قال فامرني ابو عبد الله ع فعققت عن نفسي وانا شيخ وقال ع كل امرء مرتهن بعقيقته والعقيقة اوجب من الاضحية قوله ولو مات آه يدل على ذلك رواية ادريس بن عبد الله عن مولود يولد فيموت يوم السابع هل يعق عنه قال ان مات قبل الظهر لم يعق عنه وان مات بعد الظهر يعق عنه قوله ويكره لقول الص ع لا ياكل هو ولا احد من عياله من العقيقة وقال للقابلة ثلث العقيقة فان كانت القابلة ام الرجل

وفي خبر الرضا عليه السلام انه يجعل اعضاء ثم يطبخها ويقسمها ولا يعطيها الا لاهل الولاية وقال يأكل كل احد من العقيقة الا الام قوله وان يكثر
ذلك شيء تقدم في الخبر السابق ما يدل عليه في قوله ويجعل اعضاء وفي قوله فيه ثم يطبخها اشارة الى سنة اخرى لم ينبه عليها المص وهو ان تطبخ بالماء ولا
تشوى على النار ولا فرق بين ان يقتصر على طبخها بالماء والملح وبين ان يضيف اليه شيئا اخر من الحبوب وغيرها لتحقق الطبخ بالجميع ويستحب ان يدعى
لها المؤمنون واقلهم عشرة لرواية الكناني عن ابي عبد الله ع قال ويدعى نفر من المسلمين فياكلون ويدعون للغلام وفي خبر اخر عنه ع ويطعم
منه عشرة من المسلمين فان زاد فهو افضل قوله واما الرضاع الخ عدم وجوب ارضاع الولد على الام مشروط بوجود الاب او وجود مال للولد ووجود
مرضعة سواها وقدرته على دفع الاجرة اليها او تبرعها والا وجب عليها ارضاعه كما يجب الانفاق عليه حيث يكون الاب مفقودا او معسرا فاذا اجتمعت
هذه الشرائط لم يجب عليها بل يتعلق التكليف بالاب كما يجب عليه الانفاق ان لم يكن للولد مال والا استاجر عليه من ماله ويدل على عدم وجوبه عليها
ظاهر قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وقوله تعالى فان تعاسرتم فسترضع له اخرى ولو كان واجبا عليها لبينته ولما قال فان ارضعن لكم ولما حكم
بارضاع اخرى من غير تفصيل لانها اذا امتنعت فقد حصل التعاسر واما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن فانه وان كان خبرا معناه الامر الا
ان الامر مقيد بمن اراد ان يتم الرضاعة بالنسبة الى الحولين فلا يدل على انه لا امر مطلق لو سلم حمله على الوجوب ويدل عليه ايضا قول ابي عبد الله ع لا
تجبر الحرة على رضاع الولد وتجبر ام الولد ولاشتمال عدم الوجوب يشمل اطلاقه عدم وجوب الارضاع على الام اللباء وغيره نظرا الى عموم الادلة وهكذا
اطلق الاكثر واوجب جماعة منهم العلامة في عد والشهيد ارضاعها اللباء وهو الموجود عند الولادة محتجين بان الولد لا يعيش بدونه وهو ممنوع
بالوجدان ولعلهم ارادوا الغالب وانه لا يقوى ولا يشتد بنيته الا به وعلى القول بوجوبه هل تستحق اجرة عليه قيل لا لانه فعل واجب ولا يجوز اخذ
الاجرة على الواجب وكليته ممنوعة فان مالك الطعام يلزمه بذله للمضطر ولكن بالعوض باعتراف هذا القائل وان كان فيه خلاف ايضا اذا تقرر ذلك
فلا خلاف في جواز استيجار الاب لها على ارضاعه على تقدير كونها مطلقة بائنا لخروج منافعها عن ملكه وهل يصح استيجاره لها وهي في حباله الاشهر
بين الاصحاب الجواز لعموم قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن الشامل للمطلقة وغيرها وفيه نظر لان الاية مسوقة للمطلقات وليس محل النزاع
ولاصالة الجواز كما يجوز استيجارها على ارضاع غيره والقول بالمنع من استيجار الزوج لها وهي في حباله للشيخ في ط وكذا منع من استيجارها لخدمته
ولخدمة غيره وللرضاع ولد غيره مستدلا بانها عقدت على منافع لا تقدر على ايفائها فان زوجها قد ملك الاستمتاع بها في كل وقت الا ما
استثني من اوقات الصلوة والصيام فاذا لم تقدر على ايفائها كان العقد باطلا كما لو اجر نفسه شهرا ثم اجرها ذلك الشهر بعينه المستاجر وفيه
منع ملك الزوج لجميع منافعها وانما ملك الاستمتاع ولا يلزم من استحقاقه في جميع الاوقات ملك غيره من المنافع وتظهر الفائدة في عدم استحقاقها
استيفاء غير الاستمتاع وان لم يكن لها التصرف فيها بحيث ينافي حق الزوج من الاستمتاع فاذا استاجرها لمنفعة لا يملكها فقد اسقط حقه
من الزمان الذي تصرف في الارضاع بالنسبة الى ايقاع الاستمتاع المستحق فيه ويظهر اثر ذلك ايضا فيما لو سقط حق الاستمتاع لمرض او علة ونحوهما
فان لها التصرف في باقي منافعها لعدم المنافاة قوله ويجب لان الرضاع من جملة النفقة الواجبة للولد على الاب فمقدما على الام مع فقر الولد كما
سيأتي ولقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى ظاهرة في الوجوب والاستحقاق كقولك على فلان دين وهو كناية عن اجرة الرضاع
واطلق على الاب المولود له للتنبيه على ان الولد حقيقة للاب فلهذا انتسب اليه دون امه ووجب عليه النفقة ابتداء ولو كان للولد مال لم يجب على
الاب بذل الاجرة لانه غني فلا يجب الانفاق عليه قوله وللام اذا استاجرها للرضاع فان صرح بارادة تحصيل رضاعه بنفسها او غيرها فلا شبهة
في جواز الامرين واستحقاقها الاجرة المسماة وان شرط ارضاعه بنفسها تعين ولا يجوز لها ح ارضاعه بغيرها فان فعلت فلا اجرة لها وان اطلق
بان استاجرها للارضاع فهي مسئلة الكتاب والمشهور جواز ارضاعها له بنفسها وغيرها لانها ح اجير مطلق ومن شانه جواز تحصيل المنفعة
بنفسه وغيره وقيل لا يجوز لاختلاف المراضع في الحكم والخواص ودلالة العرف على مباشرتها حتى قيل انه يجب تعيين المرضعة في العقد لذلك
فلا اقل من تعيينها عند الاطلاق والاولى الرجوع الى العرف فان لم يتفق او اضطرب جاز ان ترضعه بنفسها وغيرها ولا فرق في الغير بين جاريتها
وغيرها استحقت الاجرة والا فلا قوله وللمولى لانها مملوكة للمولى ومنافعها اجمع مستحقة له سواء في ذلك منافع الاستمتاع وغيرها بخلاف
الزوجة ولا فرق في ذلك بين ام الولد وغيرها لاشتراكهما في المقتضي وذكر ام الولد في الرواية السابقة لا يقتضي نفي الحكم عن غيرها قوله ونهايته
لا خلاف بين اصحابنا في ان مدة الرضاع بالاصالة حولان كاملان لقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة
حولين وهو لا ينافي جواز النقص عنها وقد جوز اصحابنا الاقتصار على احد وعشرين شهرا الظاهر قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا فاذا حملت به
لتسعة اشهر وهو الغالب بقي فصاله وهو مدة رضاعه احد وعشرون شهرا ولرواية سماعة عن ابي عبد الله ع قال الرضاع احد وعشرون
شهرا فما نقص فهو جور على الصبي وظاهرهم الاتفاق على ذلك وهو يتم على القول بان اكثر الحمل تسعة اشهر لا ازيد والا لم يتم التعليل
الآتي ولد يولد للتسعة فلو ولد لستة اشهر او سبعة اشهر كان ذلك حمله وما بقي من الثلثين فصاله والاية لا تدل على ازيد من ذلك
والرواية ضعيفة السند وقد روى عن ابن عباس انه من ولد لستة اشهر ففصاله في عامين ومن ولد لسبعة فمدة رضاعه ثلثة وعشرون
شهرا ومن ولد لتسعة فاحد وعشرون وهو قول موجه جامع بين الايات وعلى قول من جعل اكثر الحمل عشرة اشهر او سنة من اصحابنا يشكل
تعيين احد وعشرين شهرا للرضاع ان لم يكن اجماعا مانعا من جواز خلافه وكيف كان فالعمل على المشهور ويكفي فيه البناء على الغالب في الحمل
واما الزيادة على الحولين فمقتضى الاية انه ليس من الرضاعة لتمامها بالحولين لكن ليس فيها دلالة على المنع من الزائد وفي صحيحة سعد بن سعد

الاشعري عن الرضا ع قال سألته عن الصبي هل يرضع اكثر من سنتين فقال عامين فقلت فان زاد على سنتين هل على ابويه من ذلك شيء قال لا والمص
والجماعة قيدوه بشهر وشهرين وذكروا انه مروي وعلى تقديره فعلى لا تستحق الام على الاب اجرة للزائد على اطلاقه من اشكال وانما يتم على تقدير حاجة
الولد اليه اما لو احتاج اليه لمرض ونحوه بحيث لم يمكن غذائه بغير اللبن كان اللبن بمنزلة النفقة الضرورية فعدم استحقاق الام عليه اجرة مطلقا
لا يخ من نظر الا ان عمل الاصحاب وروايتهم على ذلك فلا مجال لخلافه قوله والام كون الام احق بارضاع الولد اذا تبرعت به او طلبت ما طلب غيرها او ما
كان الاب احق به هو المشهور بين الاصحاب بناء على جواز استيجارها للارضاع مط والشيخ على اصله السابق من انها اذا كانت في عصمة الزوج ليس لها
اخذ الاجرة فلا يكون في ذلك الحال احق الا اذا تبرعت به وان كانت مطلقة فهي احق به كما فصلوه ويدل عليه قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن
اجورهن ومع امتناع الاب بوجود المتبرعة او من ياخذ اقل مما بيناه قوله تعالى فان تعاسرتم فسترضع له اخرى الدال على جواز اخذه منها وتسليمه
للاخرى والاية مسوقة للمطلقات كما اشرنا اليه سابقا فاذا جاز للام اخذ الاجرة على الارضاع دخلت في الحكم بطريق اولى ويدل على حكم
المطلقة ايضا رواية ابي الصباح الكناني عن ابي عبد الله ع قال اذا طلق الرجل المرأة وهي حبلى انفق عليها حتى تضع حملها فاذا ارضعته
اعطاها اجرها ولا يضارها الا ان يجد من هو ارخص منها فان هي رضيت بذلك الاجر فهي احق بابنها حتى تفطمه ونقل الشيخ في ف عن بعض
العلماء ان الام احق بالولد متى طلبت اجرة المثل وان وجد الاب من ياخذ اقل او يتبرع لعموم قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن المتناول
لمحل النزاع وقواه ابن ادريس واحتج الشيخ للقول الاول بقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى وهذه اذا طلبت الاجرة وغيرها يتطوع فقد
تعاسرا واجاب عن الاية الاخرى بانها تفيد لزوم الاجرة ان ارضعت وذلك لا خلاف فيه وانما الكلام في انه يجب دفع المولود اليها لترضعه ام لا و
ليس ذلك في الاية واجيب عنه بان المراد من قوله فان ارضعن لكم ارادتا للارضاع فيدل على كونها احق بالاجرة مط وقوله تعالى وان تعاسرتم اي في
الارضاع وعدمه بان امتنعت منه فسترضع له اخرى لا انها اذا طلبت الاجرة وفيه نظر لان الاضمار على خلاف الاصل والتعاسر اعم من وقوعه
على الارضاع وعدمه وعلى الاجرة ولا يرد انه يلزم على القول الاخر الاضمار لان الاجرة تملك بالعقد وقد علق الامر بدفعها على الفعل لان
الاجرة وان ملكت بالعقد على تقديره ووقوع صيغة الاجارة الا ان دفعها لا يستحق الا بالعمل او الامر في الاية وقع بايتائهن الاجر لا باصل ملكه
على ان استحقاقها الاجرة غير موقوف على عقد الاجارة بل يكفي فيه الفعل مع قصد الاجرة او عدم التبرع فيكون حكمها في استحقاق الاجرة
وملكها كالجعالة لا تستحق الا بالعمل ولا يشترط في لزومها تمام الرضاع بل حصول مسماه المقابل للاجرة كما يقتضيه الاية قوله ولو ادعى منشأ التردد
من كون الام منكرة لما تدعيه من وجود المتبرعة والاصل عدمه فيكون القول قولها لانه المدعي ولان الحق ثابت لها وهو يدعي اسقاطه بوجود
المتبرعة والاصل عدم سقوطه الى ان يثبت ومما ذكره المص من ان الام تدعي شغل ذمة الاب بالاجرة وهو ينفي ذلك عن نفسه والاصل برائة
ذمته منها ولانه يعسر عليه اقامة البينة على ما يقوله فيصدق في يمينه وهو قول الشيخ في ط وهو الاشهر قوله ويستحب وجه الافضلية كونه
اوفق بمزاجه لتغذيه منه في بطنها حالكونه دما وباكتسابه صورة اللبن بعد الولادة فيبقى اقرب الى مادته من غيره ولقول امير المؤمنين ع
ما من لبن رضع به الصبي اعظم بركة عليه من لبن امه والمص تبع الروايات في التعبير بالصبي دون الولد الشامل للذكر والانثى مع اشتراكهما في
الحكم وفي لفظ اللبن وقد قال اهل اللغة انه لا يطلق الا على لبن البهائم من الناقة والبقرة والشاة قال ابن السكيت يقول هو اخوه بلبان
امه بكسر اللام ولا يقول بلبن امه قوله واما الحضانة هي بفتح الحاء ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته
من حفظه وجعله في سريره ورفعه وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحو ذلك وهي بالانثى اليق منها بالرجل لمزيد شفقتها
وخلقها المعد لذلك بالاصل قوله والام احق لا خلاف في ان الام احق بالولد مط مدة الرضاع اذا كانت متبرعة او رضيت بما ياخذ غيرها
من الاجرة فيجتمع لها في الحولين حق الرضاع والحضانة ولها الاجرة على الرضاع على ما فصل دون الحضانة نعم لو احتاج الطفل الى نفقة
زائدة على الرضاع والحضانة فهي على الاب الموسر او مال الولد ان كان له مال كاجرة الرضاع ومنها ثمن صابون لغسل ثيابه وخرقه دون نفس الفعل
فانه على الام لانه من متعلقات الحضانة وكذلك القول في غيرها ممن ثبت له الحضانة وهذا الكلام فيه انما الخلاف فيما بعد الحولين فقد اختلف الاصحاب
في مستحق الحضانة من الابوين بسبب اختلاف الاخبار ففي بعضها ان الام احق بالولد مط ما لم تتزوج وهو الذي رواه العامة ايضا عن النبي ص
وفي بعضها انها احق به الى سبع سنين وفي بعض اخر الى تسع وفي بعضها ان الاب احق به وليس في الجميع فرق بين الذكر والانثى ولكن من فصل
جمع به بين الاخبار فحمل ما دل على اولوية الاب على الذكر لانه انسب بحاله وتاديبه وتعليمه وما دل على اولوية الام على الانثى لذلك ولانه
فيه مع المناسبة الجمع بين الاخبار ورجحوا الاخبار المحددة بالسبع لانها اكثر واشهر ومع ذلك فليس في الباب خبر صحيح بل هي بين ضعيف
ومرسل وموقوف اذا تقرر ذلك فحضانة الام حيث تثبت مشروطة بامور احدها ان تكون مسلمة اذا كان الولد مسلما فالكافرة لا
حضانة لها على الولد المسلم باسلام ابيه لانه لا حظ له في تربية الكافرة لانها تفتنه عن دينه وهو ينشأ على ما يألفه منها ولانه لا ولاية
للكافر على المسلم للاية ولو كان الولد كافرا تبعا لابويه فحضانته لها على ما فصل ان ترافعوا الينا نعم لو وصف الولد الاسلام نزع من
اهله ولم يمكنوا من كفالته لئلا يفتنوه عن الاسلام الذي قد مال اليه وان لم يصح اسلامه وثانيها ان تكون حرة فلا حضانة للرقيقة
لان منفعتها للسيد وهي مشغولة بخدمته غير متفرغة للحضانة ولانه نوع ولاية واحتكام بالحفظ والتربية والرقيق لا ولاية له وان اذن السيد
ثم ينظر ان كان الولد حرا فحضانته لمن له الحضانة بعد الام من الاب او غيره وان كان رقيقا فحضانته على السيد ولو كانت الام حرة

والولد رقیقا کما لو سبی الطفل واسلمت الام او قبلت الذمة فکان حضانة للسید والمدبرة والمکاتبة وام الولد والمعتق بعضها کالقنة ولو کان نصف الولد حرا ونصفه رقیقا فنصف حضانته للسید ونصفه للام او من یلی حضانة الحر من الاقارب فان اتفقوا علی المهایاة او علی استیجار من یحضنه او رضی احدهما بالاخر فذاک وان تمانعا لم یضیع واستاجر الحاکم من یحضنه واوجب المؤنة علی السید ومن یقتضی الحال الایجاب علیه ولیس هذا اکثر لعدم المتعددین فی درجة واحدة علی الحضانة کما یاتی لانه لا استحقاق هنا [illegible] الفرعة هنا وثالثها ان تکون عاقلة فالمجنونة لا حضانة لها لان المجنون لا یتاتی منه الحفظ والتعهد بل هو فی نفسه محتاج الی من یحضنه ولا فرق بین ان یکون الجنون مطبقا او منقطعا الا اذا وقع نادرا ولا تطول مدته فلا یبطل الحق بل هو کمرض یطرء ویزول وفی الحاق المرض المزمن الذی لا یرجی زواله کالسل والفالج بحیث یشغله الالم عن کفالته وتدبیر امره برجحان من اشتراکهما فی المعنی المانع من مباشرة الحفظ وان الزم عدم سقوط الولایة مع امکان تحصیلها بالاستنابة وبه یفرق بینه وبین الجنون ولم یعتبر المصنف شرط العقل ولا بد منه ورابعها ان تکون فارغة من حقوق الزوج فلو نکحت سقط حقها من الحضانة للاخبار الدالة علیه ومنها ان امرأة قالت یا رسول الله ان ابنی هذا کان بطنی له وعاء وثدیی له سقاء وحجری له حواء وان اباه طلقنی واراد ان ینزعه منی فقال النبی صلی الله علیه وآله انت احق به ما لم تنکحی ولان النکاح یشغلها بحق الزوج ویمنعها من الکفالة ولا اثر لرضاء الزوج کما لا اثر لرضاء السید بحضانة الامة لاطلاق النص وقد یرجحان فیه تشویش امر المولود ولا فرق عندنا بین تزویجها بقریب الزوج وغیره عملا باطلاق النص وهذا الشرط ذکره المصنف فیما بعد وخامسها ان تکون امینة فلا حضانة للفاسقة لان الفاسق لا یلی ولانها لا یؤمن ان تخون فی حفظه ولانه لاحظ له فی حضانتها لانه ینشأ علی طریقها فیفسد الولد کما لا حضانة للکافرة لما فی ذلک من الضرر وهذا الشرط لم یذکره المصنف وقد اعتبره الشیخ والشهید فی قواعده والعلامة فی التحریر ولا بد للاب فی هذا من شرط عدم اشتراط العدالة عملا بعموم الادلة ویمکن الجمع بین عدم اشتراط العدالة مع اشتراط عدم الفسق لثبوت الواسطة عند الاکثر ویجعل المانع ظهور الفسق لما یترتب علیه من الاخطار السابقة بخلاف غیره من المستور وسادسها ان تکون مقیمة فلو انتقلت الی محل تقصر فیه الصلاة بطل حقها من الحضانة نقله الشیخ فی المبسوط عن قوم ثم نقل عن قوم انه ان کان المنتقل هو الاب فالام احق به وان کان الام منتقلة فان انتقلت من قریة الی بلد فهی احق وان انتقلت من بلد الی قریة فالاب احق به لان فی السواد یقل تعلیمه وتخریجه قال الشیخ بعد نقله ذلک وهو قوی وقیل لو سافر الاب جاز له استصحاب الولد ویسقط حضانتها ایضا فیکون ذلک شرطا سابعا ذکره الشهید فی قواعده ونقل شرطا ثامنا ان لا یکون بها مرض یعدی من جذام او برص لما یترتب علی حضانتها من خوف الضرر علی الولد وقد قال صلی الله علیه وآله فر من المجذوم فرارک من الاسد ویحتمل عدم السقوط بذلک لقوله صلی الله علیه وآله لا عدوی ولا طیرة وهذان الشرطان لم یذکرهما الاکثر قوله لو کان حق الحضانة ثابت قبل تمام الحولین للشک فی المزیل وهو الذکوریة ولم یتحقق وکون استحقاقها مشروطا بالانوثیة ولم یعلم والاقوی الحاقه بالانثی لوجوب جریان احکامها علیه فی الاکثر ونحوه ودخوله فی عموم الاخبار الدالة علی استحقاقها الولد مطلقا خرج منه الذکر لمناسبة تربیته وتأدیبه فیبقی الباقی قوله ولو تزوجت ای تزوجت بغیر الاب والا بقیت حضانتها وانما اطلق المصنف لاطلاق الاخبار لکنها منزلة علی ذلک بقرینة المقام ویحتمل عموم الحکم نظرا الی الاطلاق ولا فرق فی سقوط حقها مع تزویجها بین دخول الزوج بها وعدمه وان کان المانع ظاهرا اشتغالها بالزوج للعموم وحیث یسقط ولا ینهاها عنه ینبغی ان لا یمنع الولد من زیارتها والاجتماع بها لما فی ذلک من قطع الرحم ثم ان کان ذکرا ترک یذهب الیه وان کان انثی قامت ابنها زائرة لان الجاریة لا تصلح للخروج بخلاف الام فاذا زارتها الام خففت من غیر انبساط فی بیت المطلق هذا فی حال الصحة اما مع المرض فان کان المریض الولد لم یمنع امه من مراعاته وتمریضه والاقامة عنده لانها اشفق علیه واحنا وارفق وان تمرضها وان مرضت الام لم یمنع الولد من التردد الیها ذکرا کان او انثی ولو مات الولد حضرته امه وتولت امره واخراجه ولا تتبع جنازته لنهی النبی صلی الله علیه وآله عن ذلک وروی عنه انه قال لعن الله زائرات القبور ولو ماتت الام حضرها الولد وجهزها وتولی امرها ان کان من اهله کل ذلک باذن الزوج کما مر فی باب القسم قوله ولو ماتت ای اذا ماتت الاب فی مدة الحضانة بان کان الولد ذکرا بعد الحولین او انثی بعد المدة او لفقد شرط الحضانة فی الام انتقلت الحضانة الی الام وکانت احق بها من وصی الاب وغیره من الاقارب وظاهر العبارة عدم الفرق بین کون الام متزوجة وعدمه وان مانع التزویج انما یؤثر مع وجود الاب کما یقتضیه النص حیث ان المنازعة وقعت بینها وبین الاب فجعلها احق به ما لم تتزوج وبهذا المفهوم صرح العلامة فی الارشاد وباقی عبارات الاصحاب فی ذلک مجملة کعبارة المصنف محتملة لتقییدها بکونها غیر متزوجة نظرا الی انه شرط فی الحضانة مطلقا والی التعلیل المذکور باشتغالها بحقوق الزوج فانه آت هنا لکن المحصل ما ذکرناه والمتحقق من مانعیة التزویج ما کان بینها مع وجود الاب مطلقا وسیأتی ما لو کان الاب رقیقا ما یدل علی اولویة الام وان کانت متزوجة والتعلیل المذکور مناسب للنص لا منصوص قوله وکذا اما تقدم من الشرائط المعتبرة فی الام اثبت هنا عن التزویج ومنها الحریة والاسلام لما ذکر فیهما من العلة ویدل علی کونها احق من الاب المملوک مرسلة داود الرقی قال سألت ابا عبد الله علیه السلام عن امرأة حرة نکحت عبدا فاولدها اولادا ثم انه طلقها فلم تقم مع ولدها وتزوجت فلما بلغ العبد انها تزوجت اراد ان یاخذ منها ولده وقال انا احق بهم منک ان تزوجت فقال لیس للعبد ان یاخذ منها ولدها وان تزوجت حتی یعتق هی احق بولدها منه ما دام مملوکا فان اعتق فهو احق بهم منها وهذه الروایة صریحة فی استحقاق الام الحضانة وان کانت متزوجة مع وجود المانع للاب من الحضانة بالرقیة والمصنف وغیره حملوا مانع الکفر علیها لانه اقوی منه ولم یصرحوا بحکم غیرهما من الموانع وظاهر الاطلاق الاول الحاق مونة بها ویمکن استفادته من ذلک بطریق اولی لان مانع الرق یقبل الزوال بخلاف مانع الموت وکذلک اطلقوا الحکم فی

السابق علی اجمال فیه ویبقی الکلام فی باقی الموانع والذی المساوات وانما لم یذکروا حکمها العدم تعرضهم لاصل الشرطیة فی غیر الکفر والرق غالبا کما فعل المصنف فلذا دخل الحکم علیهما والضابط ان الاب انما یکون اولی من الام مع اجتماع شرائط الحضانة فیه التی من جملتها الاسلام والحریة والعقل اجماعا والامانة والحضر والسلامة من الامراض المعدیة علی الخلاف فمتی اختل شرط من شروطها فیه فالام احق بالولد مطلقا الی ان یبلغ وکذا لو مات الاب ومتی اختل شرط من شروطها فیها فالاب احق به مطلقا کذلک ومتی مات احدهما انتقل الحق الی الاخر مطلقا واشتراط عدم تزویجها انما یعتبر فی ترجیحها علی الاب مع اجتماع الشرائط فیه خاصة قوله ولو اعتق قد تقدم فی الروایة ما یدل علی حکم العبد اذا اعتق فلذا اقتصر المصنف علیه وعداه غیره الی الباقی نظرا الی الاشتراک فی المعنی ولان الولایة ثابتة بالاصل وانما تخلفت لفقد الشرط فاذا حصل ثبت وان هذه الاشیاء موانع فاذا زالت اثرت ویحتمل عدم العود فی غیر ما ثبت بالنص لتحقق الزوال قبل ازالة المانع او حصول الشرط فعودها یحتاج الی دلیل ویضعف بان الدلیل هو ما دل علی ان الام احق بحضانة الولد ابتداء فانه متناول لمحل النزاع ومنشأ الخلاف فیما لو طلقت هل تعود ولایتها ام لا وهو مبنی علی توجیه الاحتمال قوله فان فقدا اعلم انه لا نص فی مستحق الحضانة علی الخصوص سوی الابوین دون ما عداهما من بقیة الاجداد والجدات والاقارب فلذلک اختلف الاصحاب فی حکمهم اختلافا کثیرا فمنهم من عدی الحکم فیهما الی باقی الاقارب والارحام علی ترتیب الارث لعموم قوله تعالی واولوا الارحام بعضهم اولی ببعض فی کتاب الله فان الاولویة تشمل الارث والحضانة وغیرهما ولان الولد مضطر الی التربیة والحضانة فلا بد فی الحکمة من نصب قیم لها والقریب اولی بها من البعید وعلی هذا فمع فقد الابوین ینظر فی الموجود من الاقارب ویقدم لو کان وارثا ویحکم له بحق الحضانة ثم ان اتحد اختص وان تعدد اقرع بینهم لما فی اشتراکهما من الاضرار بالولد وهذا القول هو المعتمد وورائه اقوال اخر منها انه مع فقد الابوین تکون الحضانة لاب الاب یقدمه علی غیره من الاخوة والاجداد والجدات وان شارکوه فی الارث وهذا هو الذی قطع به المصنف والعلامة فی غیر کتاب وجماعة منهم الشیخ فی موضع من ط حتی ان ابن ادریس مع اقتصاره فی الحضانة علی الابوین وجعله ان الجد للاب اب فی الجملة فیکون اولی من غیره من الاقارب لانه اولی بالمال فیکون اولی بالحضانة ویضعف بان ذلک لو کان موجبا لتقدیمه لاقتضی تقدیم ام الام علیه فانها بمنزلة الام وهی مقدمة علی الاب علی ما فصل وولایة المال لا مدخل لها فی الحضانة والا لکان الاب اولی من الام وکذا الجد ولیس کذلک اجماعا والنصوص خالیة من غیر الابوین من الاقارب وانما استنبط حکمهم من آیة اولی الارحام وهی لا تدل علی تقدیمه علی غیره ممن هو فی درجته والی هذا مال فی لف ومنها انه مع عدم الابوین ینتقل الحکم الی الاجداد ویقدمون علی الاخوة وان شارکوهم فی الارث فلا یفرق بین الجد للاب وغیره ومع فقدهم ینتقل الی باقی مراتب الارث وهو خیرة العلامة فی الارشاد ولم یفصل حکم الاجداد مع التعدد والعلو ومن یقرب منهم بالام والاب ومنها انه مع موت الاب تقوم امه مقامه فی ذلک فان لم تکن له ام وکان له اب قام مقامه فی ذلک فان لم تکن ام الام کانت الام التی هی الجدة احق به من البعید وهو قول المفید ومنها قول ابن الجنید وهو ان من مات من الابوین کان الباقی احق به من قرابة المیت الا ان یکون المستحق له غیر رشید فیکون من قرب الیه اولی به فان تساوت القرابات قامت القرابة مقام من هی له قرابة فی ولایته الحان فالام اولی بها ما لم تتزوج ثم قرابتها احق من قرابة الاب لحکم النبی صلی الله علیه وآله بابنة حمزة لخالتها دون امیر المؤمنین علیه السلام وجعفر وقد طالباها لانها ابنة عمهما جمیعا وقال امیر المؤمنین علیه السلام ان عندی ابنة رسول الله صلی الله علیه وآله وهی احق بها فقال النبی صلی الله علیه وآله ادفعوها الی خالتها فان الخالة ام وابن ادریس نفی استحقاق من عدا الابوین واب الاب مطلقا وفی المسألة اقوال اخر غیر ما ذکرناه والحق ان آیة اولی الارحام لا تدل علی شیء مما ذکروه انما تفید تنزیل حق الحضانة علی مراتب الارث کما اسلفناه وهی تدل علی تقدیم الاخوة والاجداد علی غیرهم من الاقارب فلا تفید تقدیم الاجداد علی غیرهم من الاقارب فلا تفید تقدیم الاجداد علی الاخوة الا اذا جعلنا الجد ابا والجدة اما حقیقة فیتناولهما ما دل علی اصل الحکم ویقدم کل منهما حیث یقدم من سمی به ویلزم منه تقدیم الجدة للام علی الاب والجد للاب علی الام حیث تتلقی الحضانة عن الاب من غیر ان یاخذها بالاصالة ثم الجدة لام کانت ام لاب اولی من العمة والخالة مطلقا کما ان الجد مطلقا اولی من العم والخال والادنی من کل مرتبة اولی من العلیا ذکورا واناثا ولا اعتبار بکثرة النصیب وقلته ولا بالتقرب بالطرفین مع تقرب الاخر بسبب واحد مع اشتراکهما فی الارث ولو اجتمع ذکر وانثی ففی تقدیم الانثی قول ماخذه تقدیم الام علی الاب وکون الانثی اوفق لتربیة الولد واقوم بمصالحه صغیرا سیما الانثی واطلاق الدلیل المستفاد من الآیة یقتضی التسویة بینهما کما یقتضی التسویة بین کثیر النصیب وقلیله لاشتراک الجمیع فی القرب المقتضی للاشتراک فی الارث نعم لو صحت روایة تقدیم الخالة لمکان تعلیلها بکون الخالة اما یرد علی اطلاق الآیة ویمکن ح ان یستثنی من العموم کما استثنی الاب والام بتفصیلهما من الآیة المقتضی للتسویة بینهما واما تقدیمه الخالة علی ابن العم وبنتا ثم فموافق للآیة لانها اقرب منهما قوله قال الشیخ اه هذا القول ذکره الشیخ فی ط محتجا علی التقدیم بآیة اولی الارحام وان کثرة النصیب تدل علی زیادة القرب مع انه فی ط فی موضع آخر قال وان قلنا انهما سواء ویقرع بینهما کان قویا والمصنف تردد فی موضعین احدهما اصل استحقاق الاختین فی الحضانة نظرا الی ما اسلفناه من عدم النص علیها بخصوصه فی غیر الابوین ومن عموم آیة اولی الارحام والثانی علی تقدیر استحقاقهما فی اولویة من نصیبه اکثر علی من یشارکه فی المیراث مع ان الآیة تقتضی تساویهما من حیث اشتراکهما فی المیراث وان تفاضلا ومن ان کثرة النصیب تدل علی زیادة القرب فکما ان زیادته توجب الترجیح فی المیراث فکذا فی المرتبة نفسها والاقوی تساویهما فی الاستحقاق لما قررناه من تناول الآیة لهما ومن ثم اشترکا فی اصل الارث وکذا القول فی ام الام مع ام الاب فانه یحتمل تقدیم ام الاب لزیادة النصیب ولا اشتراکهما فی اصل الارث بل قیل بتقدیم ام الام لانها ام حیث تکون الام مقدمة قوله قال فی الخلاف اه هنا قوله فی الخلاف محتجا

بانها ام وهو بين لو قلنا انها ام حقيقة لم يدخل في النص السابق وهو عموم من يصح سلبها عنها فيقال انها ليست اما بل ام ام وذهب في ط الى تساويهما في استحقاق الحضانة لاشتراكهما في اصل الارث فيتساويا ولها ابن اولى الارحام وهو اقوى وح فيقرع بينهما قوله اذا اجتمعت عمة وخالة فهما سواء هذا القول مبني على الرجوع الى اصل الارث لا الى مقداره وقد تقدم الكلام فيه ولخلاف من هنا في ذلك وما اختاره هنا قوي لما ذكر قوله قال اذا حصل جماعة متساوون نسبة القول بالقرعة الى الشيخ يؤذن بعدم ارتضائه او تردده فيه ووجهه ان الاشتراك يقتضي التسوية بين المستحقين في ذلك فيتولى كل واحد امر الولد بعضه ولتعذرها بالتناوب في المهاياة والقرعة تنافي ذلك ومن حيث استلزام الاشتراك والتناوب الاضرار بالولد واختلاف امره والقرعة فالقرعة اوفق بمصلحته وهذا هو الاقوى وحيث يتعين احدها بالقرعة يستمر له الاستحقاق الى ان يموت او يعرض عن حقه فينتقل الى غيره اذا اتحد والا افتقر الى القرعة ايضا وهكذا قوله اذا طلبت الام اه منشأ التردد من انهما حقان متغايران فلا يلزم من سقوط حقها من احدهما سقوطه من الآخر وحق الحضانة ليس مشروطا بذلك ومن لزوم الحرج بتردد المرضعة اليها في كل وقت يحتاج الولد الى الارضاع ودلالة قول الصادق ع في رواية داود بن الحصين فان وجد الاب من يرضعه باربعة دراهم وقالت الام لا ارضعه الا بخمسة فان له ان ينزعه منها الحديث وهذا هو الذي اختاره المص وفي الاول قوة والضرر بذلك لا يبلغ حد اسقاط الحق الثابت والخبر ضعيف السند ويمكن حمله على نزعه من جهة الرضاع لا مطلقا وعلى هذا فان المرضعة تأتي اليها ان امكن والا حمل الولد اليها وقت الحاجة فان تعذر جميع ذلك سقط حقها من الحضانة ح ان لم يتبرع بالارضاع الى ان يوجد مرضعة تأتي اليه او يمكن نقله اليها لما مر لان حفظ الولد واجب لا يتم الا بذلك والضرر يتحقق قوله اذا بلغ الولد لا فرق في ذلك بين الذكر والانثى وهو موضع وفاق ولكن يكره للبنت مفارقة امها الى ان تتزوج ونبه باثبات التخيير بعد البلوغ والرشد على خلاف بعض العامة حيث اثبتوه بعد التميز ويكون عند من اختار منهما وروي ان النبي ص خير غلاما بين ابيه وامه حين اختصما اليه فيه وبعضهم خص التخيير بالذكر ولم يثبت ذلك عندنا والى عدم التخيير ذهب ابو حنيفة ومالك قوله اذا تزوجت القول بالرجوع للشيخ والاكثر لان المانع من حضانتها من زوجية اشتغالها بحق الزوج عن الحضانة فاذا زال المانع رجع الحق فيبقى المقتضي لاستحقاقها سليما عن المعارض ولقوله ع في الخبر السابق انت احق به ما لم تنكحي وما هنا ظرفية زمانية اي مدة لم تنكحي فيها فاذا زالت الزوجية بالطلاق البائن فهي مدة لا تنكح فيها فتكون احق والقول بعدم الرجوع لابن ادريس محتجا بان الحق خرج منها بالنكاح فعوده يحتاج الى دليل والرسول ص جعل غاية الاستحقاق للحضانة التي تستحقها الام تزويجها وهذه قد تزوجت فخرج الحق منها وعلى المشهور لو نكحت ثانيا سقط حقها الى ان تخرج من الزوجية فيعود اليها وهكذا ابدا والمعتدة رجعية بمنزلة الزوجة وهذا يجب الانفاق عليها فلا تستحق الآباء نفقتها العدة بخلاف البائن ومثله لو اسلمت الكافرة او افاقت المجنونة او اعتقت الامة او حسن حال الفاسقة فتثبت لها الحضانة لارتفاع المانع وظاهرهم اختصاص الخلاف بالمطلقة قوله لا تجب لوجوب النفقة اسباب ثلاثة ملك النكاح وملك اليمين وقرابة البعضية والاولان يوجبان النفقة للمملوك على المالك دون العكس لاشتغال المملوك وكونه محبوسا بسببه فرقة ليتفرغ لمالكه وجبر ما لحقه من التعب بالقيام بمؤنته والثالث يوجب النفقة لكل واحد من القريبين على الآخر لشمول البعضية والشفقة والاصل في السبب الاول قبل الاجماع قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ومن السنة ما روي ان هند امرأة ابي سفيان جاءت الى رسول الله ص فقالت ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذ منه سرا وهو لا يعلم فهل علي في ذلك من شيء فقال ص خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ويستفاد من الخبر وراء وجوب نفقة الزوجة والولد فوائد الاول انه يجوز للمرأة الخروج من بيتها للاستفتاء الثاني ان صوتها ليس بعورة والا لنبهها على ذلك لان تقريره كقوله وفعله الثالث انه يجوز لمن منع حقه ان يشكو ويتظلم ولذلك لم ينهها عن الشكوى الخامس انه يجوز لمن له حق على غيره وهو ممتنع ان يأخذ من ماله بغير علمه الرابع انه يجوز ذكر الغائب بما يسوءه عند الحاجة فانها وصفته بالشح السادس انه لا فرق بين ان يكون من جنس حقه او من غير جنسه ولذا اطلق لها الاخذ بقدر الكفاية السابع انه يجوز للقاضي ان يقضي بعلمه الثامن انه يجوز القضاء على الغائب وقد يوجه هذا بانه افتى ولم يقض التاسع ان الام يجوز ان تكون قيمة الولد فانه ص جوز لها الاخذ والانفاق في حيوة الاب لامتناعه لكن يشترط نصب الحاكم لها العاشر ان المرجع في نفقة الزوجة والولد الى المعروف ولا تقدير لها شرعا قوله التمكين المراد تخلية الزوجة بين نفسها وبين الزوج بحيث لا تختص بالتخلية موضعا كبيتها وبلدها دون آخر بل في كل مكان اراده الزوج مما يصلح للاستمتاع بحسب حالها وكذلك الزمان ويمكن ان يريد بالمكان ما يعم البدن كالقبل وغيره مما يسوغ فيه الاستمتاع وكلاهما معتبر في التمكين وان كان الاول اظهر في المراد وهذا البحث يجري على القولين الآتيين لان كل ما لا يعد تمكينا كاملا فهو نشوز كما لو منعت نفسها في مكان او زمان او وصف يسوغ فيه الاستمتاع فان جعلنا التمكين شرطا فظ وان جعلنا النشوز مانعا كان ملحوظا في تحقق معناه فلا بد منه قبل تحقيق محل الخلاف واعلم ان الظاهر من كلام المص وغيره بل صرح به بعضهم ان التمكين لا يكفي حصوله بالفعل بل لابد من لفظ يدل عليه من قبل المرأة بان تقول سلمت نفسي اليك حيث شئت واي زمان شئت ونحو ذلك فلو استمرت ساكتة وان مكنته من نفسها بالفعل لم يكف في وجوب النفقة ولا يخلو ذلك من اشكال قوله وفي وجوبه اه اعلم ان الشيء قد يثبت في الذمة ويتأخر وجوب تسليمه كالدين المؤجل ولا خلاف في ان وقت وجوب التسليم في النفقة صبيحة كل يوم وفي الكسوة اول الصيف والشتاء وذلك بعد حصول التمكين والخلاف في ثبوتها وقت في الذمة ولا ريب ان للنفقة تعلقا بالعقد والتمكين جميعا فانها لا تجب قبل العقد ولو نشزت بعد العقد لم تطالب بالنفقة واختلف في انهما

الثالث قال اذا اجتمعت عمة وخالة فهما سواء الرابع قال اذا حصل جماعة متساوون في الدرجة كالعمة والخالة او الخالتين اقرع بينهم ومن المسائل الاولى اذا طلبت الام للرضاعة اجرة زائدة عن غيرها فله نزعه وتسليمه الى الاجنبية وفي سقوط حضانة الام تردد والسقوط اشبه الثانية اذا بلغ الولد رشيدا سقطت ولاية الابوين عنه وكان الخيار اليه في الانضمام الى من شاء الثالثة اذا تزوجت الام سقطت حضانتها فان طلقها رجعية فالحكم باق وان بانت منه قيل لم ترجع حضانتها والوجه الرجوع

النفقات

النفقات لاسباب النفقة ثلاثة الزوجية والقرابة والملك القول في نفقة الزوجة والكلام في الشرط وقدر النفقة واللواحق اما الشرط فاثنان الاول ان يكون العقد دائما الثاني التمكين الكامل وهو التخلية بينها وبينه بحيث لا تخص موضعا ولا وقتا فلو بذلت نفسها في زمان دون زمان او مكان دون مكان آخر مما يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين وفي وجوب النفقة بالعقد او بالتمكين تردد اظهره بين الاصحاب وقوف الوجوب على التمكين متن

تجب بالعقد كالمهر او بالتمكين للدلالة الادلة السابقة على وجوبها للزوجة من غير تقييد غايته ان النشوز لما ثبت انه مانع من وجوب الانفاق كان الشرط عدم ظهور المانع فما لم يوجد المانع يستمر الوجوب المعلق على الزوجية الحاصلة بالعقد فالعقد مثبت والنشوز مسقط ولانها تجب للمريضة والرتقاء وقيل لا تجب بالعقد مجردا بل بالتمكين لان المهر يجب به والعقد لا يوجب عوضين مختلفين ولان النفقة مجهولة الجملة والعقد لا يوجب مالا مجهولا ولما روي ان النبي ص تزوج ودخل بعد سنتين ولم ينفق الا بعد دخوله ولقوله ص اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف اوجب لهن اذا كن عند الرجال وهو يدل على التمكين ولان الاصل براءة الذمة من وجوب النفقة خرج منه حالة التمكين بالاجماع فيبقى الباقي على الاصل وفي جميع هذه الادلة نظر لان عدم ايجاب العقد عوضين مختلفين وعدم ايجابه مالا مجهولا مجرد دعوى او استبعاد قد دل الدليل على خلافهما فان الآيات الدالة على وجوب الانفاق على الزوجة من غير تقييد تدل على ان العقد اوجب النفقة على ذلك الوجه واي مانع من ايجاب العقد امرين مختلفين كما في شراء الدابة والمملوك فان العقد يوجب الثمن كالمهر ويوجب الانفاق المجهول من غير شرط اجماعا وعدم انفاق النبي ص قبل الدخول لو سلم لا يدل على عدم الوجوب باحد الدلالات والخبر يدل على خلاف مطلوبكم لان الضمير في قوله ولهن عليكم رزقهن يعود الى النساء المصدر بذكرهن وهن اعم من الممكنات ووصفهن بالوصفين لا يدل على التمكين المدعى كونه شرطا او سببا لان استحلال فروجهن يحصل مع التمكين التام وعدمه واما اصالة البراءة فانما تكون حجة مع عدم دليل ناقل عنه لكنه موجود هنا بالعمومات الدالة على وجوب نفقة الازواج والاصل عدم التخصيص وعلى كل حال فالاظهر بين الاصحاب هو القول الثاني كما اشار اليه المص وتظهر فائدة القولين في مواضع فذكر المص بعضها منها ما لو اختلفا في التمكين فقالت المرأة سلمت نفسي اليك من وقت كذا وانكر فان قلنا ان النفقة تجب بالتمكين فالقول قول الزوج وعليها البينة لاصالة عدم التمكين وان قلنا تجب بالعقد فالقول قولها لان الاصل استمرار ما وجب بالعقد وهو يدعي السقوط فعليه بينة النشوز المسقط ومنها ما لو لم يطالبها الزوج بالزفاف ولم تمتنع منه هي ولا عرضت نفسها عليه ومضت على ذلك مدة فيجب النفقة على الاول دون الثاني وسيأتي الكلام فيه قوله ومن فروع التمكين اه الزوجان بالنسبة الى وجوب الانفاق وعدمه اما ان يكونا صغيرين لا يصلحان للاستمتاع او كبيرين او الزوج صغيرا والزوجة كبيرة او بالعكس وقد اشار الى حكم الاربعة والحاصل منها ان تمكين الزوجة للزوج من الاستمتاع لما كان معتبرا في وجوب النفقة فالمراد به ما كان مقصودا بالذات وهو الوطء اذ غيره من مقدماته انما يقصد بالتبع لم يتحقق التمكين من الصغيرة التي هي دون التسع سواء مكنت منه ام لا لتحريم وطئها شرعا وعدم قبولها لذلك عادة وبهذا يفرق بينها وبين الحائض حيث شاركتها في تحريم الوطء وايضا فالاستمتاع بالحائض ممكن حتى بالوطء على بعض الوجوه بخلاف الصغيرة لعدم صلاحيتها لذلك مطلقا فلا يجب على الزوج الانفاق عليها ولا على وليه ولو كان صغيرا لفقد الشرط والمعتبر في الصغر هنا من لا يصلح للجماع ولا يتأتى منه ولا يلتذ به والكبير من يتأتى منه ذلك لا ما يتعلق منه بالتكليف وعدمه فالمراهق كبير هنا ومحل الكلام فيما اذا عرضت الصغيرة عليه بنفسها او وليها اما بدونه فلا مجال للبحث كالكبيرة الا اذا جعلنا الموجب العقد وحده قوله اما لو كان ناه لما كان المعتبر في وجوب الانفاق العقد مع التمكين او هو مع عدم النشوز فاللازم منه وجوبه للكبيرة اذا امكنت او لم تنشز وان كان الزوج صغيرا لان الاصل عدم اشتراط امر آخر في الوجوب وهو قبول الزوج للاستمتاع كما يجب الانفاق عليها لو غاب او هرب بعد ان سلمت نفسها ووجه ما ذهب اليه الشيخ عدم امكان الاستمتاع بها بسبب هو معذور فيه فلا يلزم غرما ولانه بعدم اهليته لا اثر للتمكين من جهته فان التمكين شرطه الامكان والآن لم يتحقق ولان الامتناع من جهة الفاعل اقوى من جهة القابل فاذا اسقط الثاني اسقط الاول وفيه نظر لمنع تأثير العذر من جهته مع اجتماع شرائط الوجوب من قبلها لما بيناه سابقا ولان المعتبر في التمكين رفع المانع من جهتها والاصل عدم اشتراط امر آخر وبه يفرق بين عجز الفاعل والقابل لان الشارع رتب ايجاب النفقة على اسباب فاذا حصلت وجب ان يثبت الوجوب والمعلوم منه العقد مع بذل المرأة نفسها او مع عدم المنع فالقول بالوجوب اقوى قوله ولو كانت اه لما حكم بعدم وجوب الانفاق على الصغيرة وان مكنت من حيث تعذر الوطء ذكر ما يمكن ان يشاركها في الحكم وهو المريضة والرتقاء والقرناء ونبه على الفرق بينها وبين الصغيرة بان الاستمتاع بالرتقاء والقرناء ممكن فيما دون الفرج وظهور العذر فيه من حيث كونه مانعا دائما فلا يناسب دوام الحبس عليها مع عدم النفقة بخلاف الصغيرة فان لها امدا يرتقب واما المريضة فان الوطء وان تعذر بها مطلقا الا ان ذلك عارض متوقع الزوال كالحيض فلا يؤثر ويمكن ان يكون قوله وظهور العذر تعليلا لحكم المريضة على وجه الترتيب المشوش لان امكان الاستمتاع بما دون الوطء قبلا مخصوص بالرتقاء والقرناء فيبقى حكم المريضة معللا بظهور العذر والمراد منه انه عذر ظاهر متوقع الزوال كما ذكرناه ويمكن جعل المجموع علة للمجموع لان المريضة لا يفوت منها الانس وجميع الاستمتاع المقصود عادة بخلاف الصغيرة والقول في الاخيرين كما تقدم قوله ولو اتفق اه منعه من وطئها على وجه الوجوب لما يشتمل عليه الوطء من الضرر وخوف الجناية بالافضاء وغيره لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف ومن المعروف ان يكون الجماع على صفة يلتذ بها لا يحصل به الضرر وانما نبه تشبيهها على هذه الحالة بالرتقاء لو اكتفينا في التعليل وجوب نفقتها بظهور عذرها وقد مر على ذلك لو اكتفينا بالاستمتاع بغير الوطء مط والا فالفرق بينها وبين الرتقاء قائم بامكان وطء الرتقاء دبرا دون هذه لان ضعفها في القبل يقتضي ضعفها مط نظرا الى الوصف المذكور ومثله ما لو اتفق كونها ضئيلة وهو عبل وان لم يكن عظيم الآلة زيادة على غيره وطريق

ومن فروع التمكين ان لا تكون صغيرة يحرم وطء مثلها سواء كان زوجها صغيرا او كبيرا ولو امكن الاستمتاع منها بما دون الوطء لان ذلك استمتاع نادر لا يرغب اليه في الغالب واما لو كانت كبيرة وزوجها صغيرا قال الشيخ لا نفقة لها وفيه اشكال منشأه تحقق التمكين من طرفها والاشبه وجوب الانفاق ولو كانت مريضة او رتقاء او قرناء لم تسقط النفقة لامكان الاستمتاع بما دون الوطء قبلا وظهور العذر فيه ولو اتفق الزوج عظيم الآلة وهي ضعيفة منع من وطئها ولم تسقط النفقة وكانت كالرتقاء متن

معرفة ذلك باعترافه او بالمشاهدة لها حال الجماع لو ادعته وانكره وجاز النظر لمكان الحاجة كنظر الطبيب فينظر اليه من النساء من يثبت ذلك بقوله ويحتمل الاكتفاء بواحدة جعلا له من باب الاخبار قوله ولو سافرت باذنه لم تسقط نفقتها الخ السفر من حيث هو سفر من مسقطات النفقة وانما يسقطها مع تضمنه للنشوز المتحقق بالخروج عن طاعته ومنعه من الاستمتاع حيث يجب فيلزم من ذلك ان سفرها لو كان باذنه لم يمنع من وجوب النفقة مطلقا لانه اسقط حقه من الاستمتاع مدة السفر ورضي بفواته فلا يكون ذلك مسقطا ولا فرق بين كون سفرها في مصلحته او مصلحتها ولا بين كونه في واجب او غيره ولا اشكال في ذلك كله الا في سفرها باذنه في مصلحتها ففيه وجه بالسقوط لخروجها عن قبضته وابتنائها على شأنها ويضعف بان ذلك غير قادح مع وقوعه باذنه كما لو اذن لها في الخروج الى بيت اهلها على وجه لا يتمكن معه من الاستمتاع وربما بني الحكم على ان النفقة تجب بالعقد بشرط عدم النشوز او بالتمكين فعلى الاول تجب لانها ليست ناشزة بذلك قطعا وعلى الثاني يسقط لعدم التمكين وضعفه يظهر مما قررناه وان كان السفر بغير اذنه فان كان في غير واجب فلا شبهة في السقوط لتحقق النشوز بذلك سواء كان في مصلحتها او مصلحته وان كان في واجب فان كان مضيقا كحج الاسلام لم يسقط لانها معذورة في ذلك والمانع شرعي وان كان موسعا كالنذر المطلق حيث انعقد باذنه او قبل التزويج ولم يتضيق بظن العجز عنه لو اخرته ففي توقفه على اذنه قولان ناشئان من ان حقه مضيق حيث يطلب فيقدم على الموسع عند التعارض ومن ان الواجب مستثنى بالاصل وتعيينه منوط باختيارها شرعا والا لم يكن موسعا ويظهر من اطلاق المص الواجب عدم توقفه على اذنه وهو الوجه وعلى القولين يبنى حكم النفقة فان لم يتوقف على اذنه لم تسقط والا سقطت قوله ولو صلت الخ لا فرق في الصلوة الواجبة بين كون وقتها موسعا ومضيقا في جواز فعلها بدون اذنه وعدم تاثيره في سقوط النفقة اما الصوم فان كان مضيقا كرمضان والنذر المعين وقضاء رمضان اذا لم يبق لرمضان الثاني الا قدر فعله فكالصلوة لتعين ذلك عليها شرعا فكان عذرا وان كان موسعا كقضاء رمضان مع سعة وقته والنذر المطلق والكفارة حيث قلنا بانها موسعة ففي توقف المبادرة به على اذنه قولان تقدم وجههما في المسألة السابقة واطلاق المص الواجب يقتضي عدم توقفه على اذنه كالسابق وهو قوي واعتبر الشيخ والعلامة في عدم توقف المبادرة على اذنه واتفقوا على جواز مبادرتها الى الصلوة الواجبة مع سعة وقتها بغير اذنه والفرق بينها وبين ما ذكر من الواجب الموسع ان الوقت لها بالاصالة بخلاف ما ثبت بالنذر وبان الامر بها في قوله تعالى اقم الصلوة لدلوك الشمس الى غسق الليل عام فصار كالصوم المعين وان الصلوة قيل بوجوبها في اول الوقت ولا يجوز التاخير الا لعذر او بدل وهو العزم على القول الاخر فاول الوقت افضل لقوله عليه السلام اول الوقت رضوان الله واخره عفو الله وهو عام بخلاف الصوم غير الموقت وان زمان الصلوة يسير لا يشق عليه بخلاف الصوم وفي كل واحد من الفروق نظر لا يخفى وعلى ما اخترناه يسقط البحث عن طلب الفرق واما الصوم المندوب ونحوه فلا يسقط بمجرده النفقة لانه غير مانع من التمكين نعم لو طلب الاستمتاع فمنعته سقطت لذلك لا لاجل العبادة وقال الشيخ في ط تسقط النفقة وتكون ناشزة حيث يطالبها بالفطر فتمتنع ويضعف بان مخالفتها في ترك الاكل والشرب لا يعد نشوزا اذ لا يجب عليها طاعته فيهما والاول ممكن بدونهما ولو تمسك الشيخ بان الصوم عبارة عن توطين النفس على الامتناع عن المفطرات ومن جملتها الوطي ونيته هي العزم على منع الزوج عن الوطي وهو عين النشوز لم يطابق مدعى الشيخ لانه علق نشوزها على المطالبة بالفطر فتمتنع وهذا التعليل يقتضي تحقق النشوز بمجرد نية الصوم وبدخول اول النهار وان لم يطالب مع ذلك فدعوى ان نية النشوز تكون نشوزا فاسدة لان النشوز هو الخروج عن طاعة الزوج كما تقدم بمنعه عن الاستمتاع او الخروج بغير اذنه او نحو ذلك لا بنيته حتى لو نوت ان تخرج عن طاعته ولم تفعل لم تكن ناشزا فهذا التعليل ضعيف كما ضعف تعليل عدم منع الصوم باستلزامه الدور على تقديره من حيث ان كونه مانعا يستلزم صحته المستلزمة لكونه عذرا فلا يسقط به النفقة فلا يكون مانعا فيلزم من اسقاطه لها عدم اسقاطه فان عدم اسقاطه للنفقة لا يتوقف على ثبوت كونه مانعا لان النشوز يتحقق بحصول الامتناع من جهة المرأة وان قدر الزوج على قهرها عليه وهكذا يقول الشيخ هنا ان الصوم ندبا نشوز من جانب المرأة من حيث امتناعها منه واعراضها عنه بما تعتبره وان قدر الزوج معه على الاستمتاع وحكم بفساده قوله وتثبت النفقة للمعتدة اما رجعية او باينة فالرجعية حكمها في النفقة حكم الزوجة لبقاء حبس الزوج وسلطنته واستثنى اخرون منها الموطوءة بالشبهة في اثناء العدة فحملت وتاخرت عدة الزوج فانها لا نفقة لها على الزوج زمن الحمل وليس بجيد لانها في زمن الحمل ليست في عدة رجعية بل باينة لان العدة لوطي الشبهة لا للزوج ولا فرق بين ان تكون امة او حرة حايلا او حاملا ولا تسقط نفقتها الا بما تسقط به نفقة الزوجات لان حكم الزوجية باق بينهما في ذلك ويستمر الى انقضاء العدة بوضع الحمل او غيره ولو ظهر بها امارات الحمل بعد الطلاق فعلى الزوج الانفاق عليها الى ان تضع او يتبين الحال فان انفق ثم بان انه لم يكن حمل فله استرداد المدفوع اليها بعد انقضاء العدة وتسأل عن قدر الاقراء ان انفق فان عينت قدرا صدقت باليمين ان كذبها الزوج وبلا يمين ان صدقها وان قالت لا اعلم متى انقضت عدتي سئلت عن عادة حيضها وطهرها فان ذكرت عادة مضبوطة بنينا الامر على قولها وان ذكرت انها مختلفة اخذنا باقل عاداتها ورجع الزوج فيما زاد فانه المتيقن وهي لا تدعي زيادة عليه وان قالت نسيت عادتي ففي البناء على اقل ما يمكن انقضاء العدة لاصالة البراءة من الزائد او على ثلاثة اشهر بناء على الغالب وجهان منشأهما تعارض الاصلين اذ الاصل بقاء العادة ايضا الى ان يثبت الانقضاء ويعتضد الثاني بالظاهر والمتيقن هو الاول وان بانت حاملا واتت بولد لمدة يمكن ان يكون منه فالولد له والنفقة عليه الى حين الوضع وان اتت به لاكثر من اقصى الحمل من حين الطلاق ولاقل منه من حين انقضاء العدة لحق به في هذه المدة لان الطلاق رجعي وهي في مدة العدة بمنزلة الزوجة وان اتت به لاكثر من ذلك انتفى

عنه بغير لعان ولا تنقضي عدتها به عنه فتكون عدتها بالاقراء فان نسبته الى صلب الزوج وادعت انه وطئها بعد الاقراء استعيد التناسل وان قالت بعد قرئين فلها نفقتها ولا شيء لها عن مدة الحمل وعليها تتمة الاعتداد بالقرء الثالث بعد الوضع ولها نفقته وان قالت عقيب الطلاق وعقد بعد الوضع ثلثة اقراء ولا نفقة لها من مدة الحمل وان نسبته اليه وانكر فالقول قوله ويسقط عنه نفقة ما زاد على ثلثة اقراء واما البائن فلا نفقة لها ولا سكنى عندنا الا ان تكون حاملا على قول الشيخ او مطلقة حاملا على الاشهر لقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن الشامل بعمومه للبائنات بالطلاق والرجعيات وخرجت السكنى مع عدم الحمل وان دل عليها صدر الاية بالسنة وروي ان النبي قال لفاطمة بنت قيس وكانت مبتوتة لا نفقة لك الا ان تكوني حاملا وهل النفقة للحمل او للحامل لاجله قال الشيخ في ط بالاول وتبعه عليه جماعة منهم المص في ... لدوران النفقة معه وجودا وعدما فانها لو كانت حايلا لا نفقة لها واذا كانت حاملا وجبت النفقة فلما وجبت بوجوده وسقطت بعدمه دل على انها له كدورانها مع الزوجية وجودا وعدما او لوجوبها له منفصلا فكذا متصلا ولنص الاصحاب على انه ينفق عليها من مال الحمل وذهب اخرون منهم ابن زهرة الى الثاني لانه لو كانت النفقة للحمل لوجب نفقته دون نفقتها ولما كانت نفقتها مقدرة بحال الزوج لان نفقة الاقارب غير مقدرة بخلاف نفقة الزوجة ولانها لو كانت للحمل لوجبت على الجد كما لو كان منفصلا وهي لا تجب عليه هنا ولانها لو كانت للولد لسقطت بيسار الولد كما اذا ورث او اوصي له بشيء فقبله ابوه والشيخ التزم بعض هذه الالزامات فحكم بسقوطها بيسار الولد وثبوتها على الجد اذا لم يكن ذلك فيظهر فائدة الخلاف في مواضع منها اذا تزوج حر بامة وشرط مولاها رق الولد وجوزناه فابانها وهي حامل فعلى القول بانها للحمل لا يجب على والده بل على سيده وهو سيد الامة وعلى القول الاخر فهي على الزوج ومنها اذا تزوج عبد بامة فابانها حاملا فمن قال النفقة للحمل كانت على سيد الولد منفردا او مشتركا دون والده لان العبد لا يجب عليه نفقة اقاربه ومن قال انها لها قال النفقة عليه في كسبه او على سيده ومنها اذا تزوج عبد بحرة فان شرط مولاه رقية الولد وجعلنا النفقة للحمل فهي على المولى وان جعلناها للحامل فهي عليه او في كسب العبد على الخلاف وان لم يشترط رقيته فلا نفقة على المولى لانه ولد حر وابوه مملوك وعلى الثاني فهي على المولى او في كسبه وعلى هذا اقتصر المص تبعا للشيخ ومنها لو لم ينفق عليها حتى مضت مدة او مجموع العدة فمن قال بوجوبها للحمل لا يجب قضاؤها لان نفقة الاقارب لا تقضى ومن قال انها لها وجب القضاء لان نفقة الزوجة تقضى واورد على هذا بان القضاء انما هو للزوجة لكونها معاوضة والزوجية هنا منتفية قطعا واجيب بان الوجوب لها على حد الوجوب للزوجة وفيه منع ويمكن الجواب بان النفقة حق مالي والاصل فيه وجوب القضاء خرج القريب من ذلك بدليل خارج لانها معونة لسد الخلة فيبقى الباقي على الاصل ومنها لو كانت ناشزا حال الطلاق او نشزت بعده فعلى القول بان النفقة لها تسقط لما اسلفناه من ان المطلقة حيث تجب نفقتها كالزوجة تسقط نفقتها حيث تسقط وتجب حيث تجب وعلى القول بانها للحمل لا تسقط ومنها لو ارتدت بعد الطلاق فتسقط نفقتها على الثاني دون الاول ومنها ضمان النفقة الماضية فيصح على الثاني دون الاول ومنها اذا مات الزوج وهي حامل فعلى الاول تسقط بالموت وعلى الثاني قولان ياتيان ومنها لو ابرأته عن النفقة الحاضرة كما بعد طلوع الفجر من نفقة اليوم سقطت على الثاني دون الاول لما سيأتي من ثبوتها للزوجة بذلك دون القريب ومنها لو سلم اليها نفقة يوم او ايام فخرج الولد ميتا في اوله لم يسترد ان قلنا لها والا استردت ويحتمل استردادها على التقديرين ومنها وجوب الفطرة ان قلنا انها للحامل دون الحمل ويحتمل الوجوب مطلقا لانها ينفق عليها حقيقة على القولين فكيف لا تجب فطرتها ومنها لو اتلفها متلف بعد قبضها وجب بدلها ان قلنا للحمل ولم تفرط ولو قلنا لها لم يجب الى غير ذلك من الفوائد المترتبة على القولين قوله وفي الحامل المتوفى عنها المراد بالرواية هنا الجنس لانه ورد بكل من الانفاق وعدمه عليها اربع روايات معتبرات الاسناد منها حسنة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال في الحبلى المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال لا ورواية زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام مثلها والرواية بالانفاق عليها رواها ابو الصباح الكناني ايضا عن ابي عبد الله عليه السلام قال المرأة المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها وعمل بها الشيخ والاكثر والاول مختار ابن ادريس والمص والعلامة وساير المتاخرين وهو الاقوى قوله وتثبت النفقة الخ لا اشكال في وجوب النفقة للزوجة مسلمة كانت ام كافرة حرة كانت ام امة لاشتراك الجميع في المقتضي لكن لما كان التمكين التام شرطا في وجوبها اشترط في الامة ان يسلمها مولاها ليلا ونهارا والا لم يجب نفقتها كما لو سلمت الحرة نفسها ليلا لا نهارا ولا يجب على المولى تسليمها كذلك بل اذا اراد التخلص من النفقة فليسلمها تسليما تاما والا فالواجب عليه تسليمها ليلا خاصة لانه يملك منها الانتفاع والاستمتاع فاذا اسقط حقه من احدهما بقي الاخر وصرف كل منهما الى وقته المعتاد فوقت الانتفاع النهار ووقت الاستمتاع الليل كما انه لو انعكس فاجرها للخدمة وجب عليه تسليمها لها نهارا وجاز حبسها عنده ليلا لبقاء حق الاستمتاع لم يثبت الحكم في النفقة التي لم يتوقف على التمليك كالاسكان والكسوة على القول بانها امتاع واضح لان الامة اهل للانتفاع المجرد عن الملك وان توقف على الملك كالمؤنة التي تملكها المرأة في صبيحة كل يوم فيشكل الحكم بها للامة الا ان يقول يملكها المولى ويتلقى الانتفاع بها عنه ويتوقف تصرفها فيها على اذنه لها في ابدالها واطعامها من غيرها ويمكن ان يجعل تزويجها بغيره متعبدا للاذن لها في تناول المؤنة وان لم يمكن تملكه عملا بشاهد الحال والعرف وهذا احسن وعلى القولين فللامة ان تطالب بها الزوج كما لها ان تطالب السيد واذا اخذت لم تطالب السيد وان اخذت فللسيد الابدال لحق الملك والحاصل ان لها في النفقة حق الملك ولها حق التوثق بها ويتفرع عليه انه ليس للمولى الابراء من نفقتها ولا بيع الماخوذ الا ان يسلمها بدله ولو اختلف الامة وزوجها في تسليم نفقة اليوم فالقول قولها مع يمينها ولا اثر لتصديق السيد الزوج مراعاة لحقها فيها ولو اختلفا في النفقة الماضية اتجه ثبوت المدعى بتصديق السيد

وكون المخصوص فيها اليه لا انها صارت كالصداق وحقها انما يتعلق بالحاضر قوله واما قدر النفقة اه لما كانت الاوامر بالنفقة مطلقة رجع فيها الى العرف لانه المحكم في امثال ذلك حيث لا يقدره الشارع وفي النصوص ايماء الى المتعارف ايضا قال تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقال النبي للمرأة خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فيرجع فيما يحتاج اليه من الطعام وجنسه من البر والشعير والتمر والزبيب والذرة وغيرها والادام الذي تأتدم به من السمن والشيرج واللحم واللبن والزيت وغيره والكسوة من القميص والسراويل والمقنعة والجبة وغيرها وجنسها من الحرير والقطن والكتان والاسكان في دار او بيت لائق بحالها والاخدام اذا كانت من ذوي الحشمة والمناصب المقتضية لذلك وذوي الادهان التي تدهن به شعرها وترجله به من زيت او شيرج مطلق او مطيب بالورد او البنفسج او غيرهما مما يعتاد لامثالها والمشط وما تغسل به الراس من السدر والطين والصابون على حسب عادة البلد ونحو ذلك مما يحتاج اليه عادة امثالها من اهل بلدها وان اختلفت العادة رجع الى الاغلب ومع التساوي فما يليق منه بحاله قوله وفي تقدير الاطعام اه المقدر له بمد الشيخ في ف وفصل فقال يجب على الموسر مدان كل يوم وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مد والاصل في هذا التقدير ان المد قدره الشارع في الكفارات قوتا للمسكين فاعتبرت النفقة به لان كل واحد منهما مال يجب بالشرع لاجل القوت ويستقر في الذمة وربما اوجب الشارع في بعض الكفارات لكل مسكين مدين فجمع في القول الثاني بين الامرين فجعل المد على المعسر والمدين على الموسر وجعل المتوسط بينهما فالزمه بمد ونصف والاقوى ما اختاره المص من عدم التقدير والرجوع الى قدر الكفاية وسد الخلة وهي الحاجة وهو اختيار ابن ادريس وسائر المتأخرين لان التقدير رجوع الى التخمين وضرب من القياس لا يطابق اصول مذهبنا قوله ويرجع في الاخدام النساء صنفان احدهما اللواتي لا يخدمن انفسهن في عادة البلد بل يكون لهن من يخدمهن وان قدرن على الخدمة فاذا كانت الزوجة منهن وجب على الزوج اخدامها لانه من المعاشرة بالمعروف المامور بها ولا فرق في وجوب الاخدام لهذه بين ان يكون الزوج موسرا ومعسرا حرا او عبدا والاعتبار بحال المراة في بيت ابيها دون ان ترتفع بالانتقال الى بيت زوجها ويليق بحالها بسبب الانتقال ان يكون لها خادم ولا يجب ان يكون اكثر من خادم واحد لحصول الكفاية به ويحتمل اعتبار عادتها في بيت ابيها فان كانت ممن يخدمها خادمين واكثر وجب اخدامها بذلك العدد لانه من المعاشرة بالمعروف ولا يلزمه تمليك الخادم اياها بل الواجب اخدامها بحرة او امة مستأجرة او بنصب مملوكه لم يخدمها او بالانفاق على التي حملتها معها من حرة او امة ولا يجوز ان يكون الخادم الا امرأة او صبيا او محرما لها او في مملوكها الخصي او مط وجهان مبنيان على جواز نظره اليها وقد تقدم والصنف الثاني اللواتي يخدمن انفسهن في العادة فلا يجب اخدامها الا ان تحتاج الى الخدمة لمرض او زمانة فعلى الزوج اقامة من يخدمها ويمرضها ولا ينحصر هنا واحد بل يجب بحسب الحاجة ولا فرق هيهنا بين ان تكون الزوجة حرة او امة وان لم يكن لها عذر محوج الى الخدمة فليس عليه الاخدام ولو ارادت ان تتخذ خادما بمالها فله منعه من دخول داره ثم هيهنا مسائل الاولى اذا اخدمها بحرة او امة مستأجرة فليس عليه سوى الاجرة و ان اخدمها بجارية فنفقتها تجب بحق الملك وان كان يخدمها بكفاية مؤنة خادمها فهذا موضع نفقة الخادمة والقول في جنس طعامها وقدره كهو في جنس طعام المخدومة والاصح اعتبار قدر كفايتها كما مر وكذا يجب لها الادام المعتاد لامثالها لا الجنس طعام المخدومة الثانية لو قال الزوج انا اخدمها واراد اسقاط مؤنة الخدمة فله ذلك لان الخدمة حق عليه فله ان يوفيه بنفسه وبغيره وعلى هذا فالواجب اخدامها باحد الطرق التي سبقت او ان يخدمها بنفسه هذا فيما لا يستحيى منه كغسل الثوب واستقاء الماء وكنس البيت وطبخ الطعام اما ما يستحيى منه كالذي يرجع الى خدمة نفسها من صب الماء على يدها وحمله الى الخلاء وغسل خرق الحيض ونحو ذلك فلها الامتناع من خدمته لانها تحتشمه وتستحيي منه فيضر بحالها وليس ذلك من المعاشرة بالمعروف واطلق المص وجماعة تخييره في الخدمة بنفسه مط لان الحق عليه فالتخيير في جهاته اليه الثالثة لو تنازعا في الخادمة التي يستأجرها الزوج لخدمتها او الجارية التي يخدمها من جواريه ففي تقديم مرادها او مراده وجهان من ان الخدمة لها وقد يكون الذي عينته اوفق لها واسرع الى الامتثال ومن ان الواجب عليه ان يكفيها الخدمة دون ان يكتفي بتلك المعينة كما لا يجوز تكليفه النفقة من طعام معين ولانه قد يتخذ ريبة وتهمة فيتخيرها ارادها وهذا اصح هذا في الابتداء فاما اذا توافقا على خادمة والفتها او كانت قد حملت خادمة مع نفسها فاراد ابدالها ففي جوازه وجهان من تخييره في الاخدام وعسر قطع المالوف على النفس والاول اقوى ولو ارادت استخدام ثانية وثالثة من مالها فللزوج ان لا يرضى بدخولهن داره وكذا لو حملت معها اكثر من واحدة فله ان يقتصر على واحدة ويخرج الباقيات من داره كما له ان يكلفها باخراج مالها من داره ومنع ابويها من الدخول عليها واخراج ولدها من غيره اذا استصحبته معها الرابعة لو كانت الزوجة امة لكنها ذات جمال تخدم في العادة ففي وجوب اخدامها وجهان من النظر الى العادة والالتفات الى نقصانها بالرق وحقها ان تخدم دون ان تستخدم والاول اقوى قوله ويرجع في جنس اه المرجع في جميع ذلك الى عادة امثالها من بلدها ولا ينظر الى عادة الزوجة لان الله تعالى امر بالمعروف والانفاق بالمعروف عليه ويختلف المادوم باختلاف الفصول وقد يغلب الفواكه في اوقاتها فيجب واعتبر الشيخ في اللحم كل اسبوع مرة محتجا بانه المعروف ويكون يوم الجمعة واوجب ابن الجنيد اللحم على المتوسط في كل ثلاثة ايام ولا يشترط في المسكن ان يكون ملكا له بل يجوز اسكانها في المستعار والمستأجر اتفاقا لانه امتاع لا تمليك ولا يخفى ان لها المطالبة بالتفرد بالمسكن والمراد بما يليق بحالها من دار وحجرة وبيت فرد فالتي يليق بها الدار والحجرة لا يسكن معها غيرها في دار واحدة بدون رضاها لكن لو كان في الدار حجرة مفردة المرافق فله ان يسكنها وكذا لو اسكن واحدة في العلو وواحدة في السفل والمرافق متميزة والتي يليق بها البيت المفردة له ان يسكنها في بيت من دار واحدة ولا يجمع بين الضرتين ولا بين المرأة وغيرها في بيت واحد مط الا بالتراضي قوله ولا بد في الكسوة اه

واما قدر النفقة فضابطه القيام بما تحتاج المرأة اليه من طعام وادام وكسوة واسكان واخدام وآلة الادهان تبعا لعادة امثالها من اهل البلد وفي تقدير الاطعام خلاف فمنهم من قدره بمد للرفيعة والوضيعة من الموسر والمعسر ومنهم من لم يقدر واقتصر على سد الخلة وهو اشبه ويرجع في الاخدام الى عادتها فان كانت من ذوي الاخدام وجب والا اخدمت نفسها واذا وجبت الخدمة فالزوج بالخيار بين الانفاق على خادمها ان كان لها خادم وبين ابتياع خادم او استيجارها او الخدمة لها بنفسه وليس لها التخيير ولا يلزمه اكثر من خادم واحد ولو كانت من ذوي الحشم لان الاكتفاء يحصل بها ومن لا عادة لها بالاخدام يخدمها مع المرض نظرا الى العرف ويرجع في جنس المادوم والملبوس الى عادة امثالها من اهل البلد وكذا في المسكن ولها المطالبة بالتفرد بالمسكن عن مشاركة غير الزوج ولا بد في الكسوة من زيادة في الشتاء للتدثر كالمحشوة بالقطن واللحاف للنوم ويرجع في جنسه الى عادة امثال المرأة وتزاد اذا كانت من ذوي التجمل زيادة على ثياب البذلة ما يتجمل امثالها به

لما كان المرجع في الكسوة الى المتعارف وما يليق بحالها اختلف ذلك باختلاف البلاد في الحر والبرد وباختلاف الفصل فيعتبر في الشتاء زيادة المحشو والفرو ان اعتيد لمثلها ونحو ذلك ويرجع في جنسه من القطن وغيره والكتان وغيرها الى عادة امثالها وكذا يجب للصيف الثياب اللائقة بحالها من الكتان والحرير ونحوه مما يعتاد وكذا يعتبر مع ذلك ثياب التجمل زيادة على ثياب البذلة وهي التي تلبسها في اكثر الاوقات اذا كانت من اهل التجمل ولو لم تستغن بالثياب في البلاد الباردة عن الوقود وجب من الحطب والفحم بقدر الحاجة ويجب ايضا مراعاة ما يفرش على الارض من الحصر والبساط والملحفة والنطع واللبد والمخدة واللحاف بما يليق بحالها عادة بحسب الفصول وقد عد ما الفقهاء وهذا الباب اشياء كثيرة بحسب ما اتفق اعتياده عندهم ولما كان المعتبر منه المعتاد لامثالها في بلدها في كل وقت يعتبر فيه استغني عن تعداد افراد ما يجب لها فيما ذكره من الضابط قوله لو قالت انا اخدم نفسي ولي نفقة الخادم لم يجب اه انما لم يكن لها ذلك لان تعيين الخادم اليه لا اليها لان الحق عليه فيرجع في تعيينه اليه ولان ذلك يسقط مرتبتها وله ان لا يرضى به لانها تصير مبتذلة وله في رفعتها حق وغرض صحيح فله ان لا يرضى به وان رضيت باسقاط حقها وح فان بادرت بالخدمة من غير اذنه كانت متبرعة فلا اجرة لها ولا نفقة زائدة بسبب الخدمة قوله الزوجة تملك اه لما كان المقصود من النفقة القيام بحاجتها وسد خلتها لكونها محبوسة لاجله فالواجب منها ان يدفع اليها يوما فيوما اذ لا وثوق باجتماع الشرائط في باقي الزمان والحاجة تندفع بهذا المقدار فيجب دفعها في صبيحة كل يوم اذا طلع الفجر ولا يلزمها الصبر الى الليل ليستقر الوجوب لتحقق الحاجة قبله ولانها تحتاج الى الطحن والخبز والطبخ اذ الواجب عليه دفع الحب ونحوه ومؤنة اصلاحه لا عين الماكول مهيئا عملا بالعادة فلو لم يسلم اليها في اول النهار لم تسلم عند الحاجة ولو منعها من النفقة وانقضى اليوم ممكنة استقرت نفقة ذلك اليوم في ذمته لان نفقة الزوجة اعتياض في مقابلة الاستمتاع فتصير بمنزلة الدين وكذا نفقة الايام المتعددة اذا مضت ولم ينفق عليها ولا فرق عندنا بين تقدير الحاكم لها وعدمه لانها حق مالي في معنى المعاوضة فيثبت بها ما يقتضيه التقدير شرعا وان لم يكن مقدرا ابتداء كما يثبت في ذمته عوض المتلفات المجهولة القيمة ويستخرج القيمة حيث يحتاج الى معرفتها ثم استحقاق الزوجة المؤنة على وجه التمليك لا الامتاع لان الانتفاع به لا يتم الا مع ذهاب عينه وكذا حكم كل ما يستهلك من آلة التنظيف والدهن والطين والصابون ونحو ذلك فاذا دفع اليها ملكت نفقة اليوم وتخيرت بين التصرف فيه وفي بعضه واستفضال بعضه وجميعه والانفاق على نفسها من مالها كما تتخير في جهات اموالها وهذا في نفقة نفسها واضح اما نفقة خادمها فان كان حرا فكذلك لان الحر يقبل الملك ويتصور استحقاقه والحر النفقة بالشرط او بجعلها اجرة الخدمة بان وجدت من يخدم بالنفقة فقط لكل يوم بها كالمرأة وان لم يكن عقدا لازما اما اذا اخدمها بخادمها المملوكة لها فينبغي ان يكون الملك لمولاته كما تملك نفقة نفسها ثم يحتمل ان يكون ملكا تاما فتتخير بين انفاقها عليها وابدالها وان يكون ملكها له مقيدا بان يدفعها الى الخادمة وحيث كان اخذها على وجه الملك فلو سرقت منها او تلفت بسبب آخر لم يلزم الزوج مرة اخرى وان لم يكن بتفريط بخلاف ما يأخذه على وجه الامتاع قوله ولو دفع اليها اه لا بد قبل بيان وجه الحكم في المسئلتين من تمهيد مقدمة يترتب عليها وهي ان ما يجب للزوجة من النفقة وتوابعها ما تأخذه على وجه الملك وهو المؤنة على ما تقدم لانها مما يستهلكها الانتفاع بل استهلاكها هو الانتفاع بها ومنه ما تأخذه على وجه الامتاع وتستحقه على جهة الانتفاع خاصة وهو المسكن والخادم لان عينه لا يستهلكها الانتفاع ومنها ما هو متردد بين الامرين وهو الكسوة فانها مما يبقى عينها مع الانتفاع كالمسكن ويفنى به على طول المدة كما يفنى النفقة به في الجملة بخلاف المسكن وقد اختلف العلماء لذلك في كونها تمليكا او امتاعا فذهب المص والعلامة في غير التحرير والارشاد والشيخ في ط الى الاول لما ذكر ولقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن عطف على الرزق فيكون الواجب فيهما واحدا لاقتضاء العطف التسوية في الحكم وهو في الرزق التمليك فيكون في الكسوة ولقوله ص ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف واللام للملك وفيه نظر لمنع اقتضاء العطف التسوية في جميع الاحكام وجميع الوجوه سلمنا لكن المعتبر الاشتراك في الحكم المذكور دون صفته وكيفيته فان قولنا اكرم زيدا وعمرا يقتضي اشتراكهما في اصل الاكرام لا التسوية فيه من كل وجه والظاهر الحكم هنا كون الرزق مستحقا عليه فيكون الكسوة كذلك واما كيفية الاستحقاق فامر آخر خارج عن اصل الحكم ومن الجائز ان يريد بقوله وكسوتهن جعلهن مكتسيات وهو يتم بالامتاع واما الخبر فمع قطع النظر عن اسناده يجوز كون اللام للاستحقاق او الملك او الاختصاص بل هو الاصل فيها كما حققه جماعة وبها يتحققان بالامتاع ويؤيد الثاني ان الغاية من الكسوة الستر وهو يحصل بالامتاع كالسكنى واصالة براءة الذمة من التمليك وهو خيرة العلامة في الارشاد وتردد في التحرير والكلام في آلة الفرش وظروف الطعام والشراب وآلة التنظيف كالمشط كالكسوة بل الامتاع فيها اظهر خصوصا الالات لانه لو جاء بالطعام معه لا يستغني عن الالة اذا تقرر ذلك فتظهر فائدة الخلاف في مسائل منها ما لو دفع اليها كسوة لمدة جرت العادة ببقائها اليها وتلفت في يدها قبل مضي المدة من غير تقصير فعلى الاول لا يجب عليه ابدالها وهو الذي قطع به المص لانه قد وفى ما عليه فاشبه ما اذا ملكها النفقة فتلفت في يدها وعلى الثاني عليه الابدال ولو اتلفتها بنفسها فلا ابدال على القولين لانه على الامتاع يلزمها ضمانها فكانها لم تتلف مع احتمال الرد لان الواجب عليها القيمة وعليه المثل ولو تخرقت قبل مجيء وقته لكثرة تحاملها عليها زيادة على المعتاد او قصرت في حفظها ونشرها في الهواء حيث يفتقر اليه فهو كما لو اتلفتها ومنها لو انقضت المدة والكسوة باقية لرفقها بها فعليه كسوة اخرى على الاول وهو الذي حكم به المص لان ملكها لها يترتب على المدة المعتادة لها كما لو استفضلت من طعام يومها وعلى الثاني لا يلزمه حتى تبلى ما عندها لكنها لو كانت الاولى كسوة الصيف مثلا ولا تصلح للشتاء فعليه ان يعطيها ما يصلح للشتاء او يزيدها عليها ان كانت تصلح له مع غيرها وفي الارشاد مع حكمه بانها امتاع جوز

وان لم تستغن بالثياب في البلاد الباردة ... ولو قالت انا اخدم نفسي ولي نفقة الخادم لم يجب اجابتها ولو بادرت بالخدمة من غير اذنه لم يكن لها المطالبة والزوجة تملك نفقة يومها مع التمكين فلو منعها وانقضى اليوم استقرت نفقة ذلك اليوم وكذا نفقة الايام وان لم يقدرها الحاكم ولو دفع اليها نفقة لمدة وانقضت ملكت نفقتها ولو استفضلت منها ... ولو دفع اليها كسوة لمدة جرت العادة ببقائها اليها فاخلقتها قبل المدة لم يجب عليه بدلها ولو انقضت المدة والكسوة باقية طالبته بكسوة لما يستقبل من ...

لها المطالبة

لما المطالبة بما تزيد بعد المدة وان كانت باقية وعليه يمكن بناء حكم المص على ذلك فلا يعلم من الحكم ان مذهبه التمليك ومنها لو ماتت في اثناء المدة
التي يجب فيها الكسوة او مات الزوج او طلقها فعلى القول الاول بالامتاع تسترد مط وعلى القول بالتمليك يحتمل قويا ذلك ايض لانه اعطاها للمدة
المستقبلة وهي غير واجبة عليه كما لو اعطاها نفقة ايام وهو الذي جزم به المص فيما يأتي وعدمه لان تلك المدة بالنسبة الى الكسوة كاليوم بالنسبة
الى النفقة وقد سبق ان النفقة لا تسترد ولو وقع ذلك في اثناء النهار نعم لو لم تلبسها اصلا او لبستها دون المعتاد في ذلك البعض من المدة يتجه
على التمليك ان يملك منها بالنسبة ومنها اذا لم يكسها مدة صارت الكسوة دينا عليه على الاول كالنفقة وعلى الامتاع لا تصير دينا مع احتماله
كما لو سكنت في منزلها ولم يطالب بالمسكن ومنها ان له ان يأخذ المدفوع اليها ويعطيها غيره على وجه الامتاع ولا يجوز ذلك على وجه التمليك الا
برضاها ومنها انه لا يصح لها بيع المأخوذ ولا التصرف فيه بغير اللبس على وجه الامتاع ويصح على وجه التمليك ما لم ينافي غرض الزوج من التزين والتجمل
وغيرهما ومثله النفقة لو ادى تصرفها فيها بغير الاكل الى الضعف وما لا يليق بالزوج من الاحوال ومنها جواز اعطائها الكسوة بالاعارة والاجارة
على الامتاع دون التمليك ولو تلفت لم تستحق وحكم بضمانه فالضمان على الزوج قوله ولو سلم اليها آه اذا اسلم اليها نفقة لمدة كشهر مثلا ثم طلقها
قبل انقضائه وجب استرداد ما يخص بقية المدة بعد يوم الطلاق لما تقدم من انها لا تملك النفقة الا يوما فيوما ودفعه نفقة المدة كان على
وجه التبرع نظرا الى ما يلزمه ويستقر عليه في المستقبل فاذا تبين خلافه استرد كالزكوة المعجلة وفي حكم الطلاق ما لو مات احدهما واولى بالاسترداد
ما لو نشزت وانما لم يجب رد بقية نصيب يوم الطلاق وما في معناه لما تقرر من انها تملك نفقته في اول النهار فلا يزول الملك واستثنى بعضهم
ما لو كان سقوطها بالنشوز نظرا الى استناد المنع اليها بخلاف الموت والطلاق وفي الفرق نظر لاشتراك الجميع في فقد شرط الاستحقاق لبقية
اليوم والعذر وعدمه لا مدخل له في ذلك وان كان له مدخل في الاثم وعدمه وعلى القول بالاسترداد فهل هو لجميع نفقة اليوم او المتخلف منه بعد
فقد الشرط وجهان من حصول شرط الاستحقاق في الماضي منه ومن جواز كونه مشروطا ببقائها على الطاعة الى آخر النهار هذا كله في النفقة اما
الكسوة فحكم باستردادها ما لم ينقض المدة المضروبة لها عادة وبناؤه على القول بالامتاع واضح واما على ما يظهر منه من كونها تمليكا فوجهه ان
اعطاؤها للمدة المستقبلة وقعت تبرعا كالنفقة غاية ما في الباب ان النفقة يتصور فصلها وتفريقها على الايام فحكمها بمجرد الاختيار والكسوة
لا تقبل الانفصال لكل يوم فدفعها اليها للمدة يكون على وجه الاداء نظرا لا على وجه الاستحقاق فاذا زال الاستحقاق استرجعت من جنسه ولا
يستثنى بقية اليوم كالنفقة ويحتمل على القول بالتمليك عدم استردادها لان كسوة الصيف مثلا بالنسبة اليه كاليوم بالنسبة الى نفقته
وهو اظهر وجهي الشافعية قوله اذا دخل آه انما لم يكن لها ذلك لحصول المقصود من النفقة لجريان الناس على ذلك في سائر الاعصار واكتفاء
الزوجات به ولو طلبت المرأة النفقة للزمان الماضي والحال هذه لا تستنكر وللشافعية وجه بعدم سقوط نفقتها بذلك لانه لم يؤد الواجب
الموظف عليه شرعا وتطوع بما ليس بواجب هذا اذا كانت المرأة بالغة رشيدة او كانت تأكل معه باذن الولي اما لو كان مولى عليها ولم يأذن
الولي فالزوج متطوع ولا تسقط نفقتها بذلك لتوقفها على قبضه او اذنه قوله ولو تزوجها اذا تزوجها ولم يطالبها بالزفاف ولم تمنع هي منه
ولا عرضت نفسها عليه ومضت على ذلك مدة ففي وجوب نفقتها تلك المدة قولان مبنيان على ان النفقة تجب بالعقد بشرط عدم النشوز
او به مع التمكين فعلى الاول تجب لوجود الموجب وعدم المسقط وهو النشوز وعلى الثاني لا تجب اذ لا تمكين لان المراد منه على ما فسره معتبره
ان تقول له باللفظ سلمت نفسي اليك في اي وقت شئت ومكان ونحو ذلك ولا يكفي السكوت وان وثق ببذلها التمكين عادة على تقدير
طلبه منها وتعليل المص بعدم الوثوق بحصول التمكين يريد به ذلك لكن العبارة عنه غير جيدة بل الاولى التعليل بعدم التمكين بالفعل
كما ذكرناه سواء حصل وثوق به ام لا وقد اجاد الشيخ في ط حيث علل عدم الوجوب بقوله لان النفقة انما تجب بوجود التمكين لا بامكان
التمكين وفي عد جمع بين العلتين وكان يستغني بالجد بهما وهو عدم التمكين وان تكلف متكلف للجمع بينهما فائدة ما قوله لو كان غائبا
اذا غاب الزوج فان كانت غيبته بعد ان مكنته الزوجة وجبت النفقة عليه وجرت عليه مدة غيبته وان كانت غيبته قبل التمكين
فان اكتفينا بالعقد بشرط عدم المانع فالحكم كذلك وان اعتبرنا التمكين في الوجوب شرطا او سببا فلا نفقة لها فان حضرت عند الحاكم
وبذلت له التسليم والطاعة كتب الى حاكم البلد الذي فيه الزوج ليعلمه بالحال ويستدعيه فان سار اليها وتسلمها او بعث وكيلا فتسلمها
وجبت النفقة حينئذ وان لم يفعل فاذا مضى زمن امكان الوصول اليها عادة فرض لها النفقة في ماله وجعل كالمتسلم لها لان الامتناع منه ولو
اقتصر على الارسال اليه بغير توسط الحاكم الذي هو في بلده جاز ايض لكن يشترط ثبوت ذلك عنده باخبار عدلين ولو لم يعرف موضعه كتب
الحاكم الى حكام البلاد التي يتوجه اليها القوافل من تلك البلد عادة ليطلب وينادي باسمه فان لم يظهر فرض الحاكم نفقتها في ماله الحاضر واخذ
منها كفيلا بما يصرف اليها لانه لا يؤمن ان يظهر وفاته او طلاقه ولو لم يرسل الحاكم اليه ولكن بلغه تمكينها بقول من يثبت به ومضى زمن
يمكنه الوصول فلم يصل فالاقوى جواز فرض الحاكم لها النفقة اذا ثبت عنده وصول الخبر اليه على ذلك الوجه ولو لم يظهر له خبر او لم يتمكن
الحاكم من الارسال والبحث عنه وقفت النفقة على القول بتوقفها على التمكين هذا كله اذا كانت المرأة بالغة عاقلة اما لو كانت مولى
عليها فلا اعتبار بعرضها وبذلها الطاعة وانما الاعتبار بعرض الولي ولو كانت مراهقة تصلح للوطي وسلمت نفسها وتسلمها الزوج
قال الشيخ وجبت النفقة كالكبيرة الا في فصل واحد وهو ان الخطاب مع الكبيرة في موضع السكنى والتمكين الكامل وهيهنا اذا اقام
وليها مقامها في التسليم استحقت النفقة ولو لم يكن لها ولي او كان غائبا او منعها فسلمت هي نفسها وجبت النفقة وان لم يكن من

يصح تسليمها لان الزوج استحق القبض ولا اعتبار في كون المقبوض منه من اهل الاقباض كما لو دفع الثمن بقبض المبيع من صبي او مجنون او وجده في الطريق
صح وفي هذا الفرض على اصولنا نظر لان المراهقة هي المقاربة للبلوغ واذا كان بلوغ الانثى عند الاصحاب قبل المراهقة تكون قبل اكمالها والوطي
جايز في هذه الحالة ولا يتحقق التمكين ولا التسليم معها مط وبعد اكمالها يحصل البلوغ ونزول المراهقة وانما يجري هذا على اصول المخالفين
الذين يعتبرون في الذكر والانثى بلوغ خمس عشرة فتتحقق المراهقة بعد التسع وقبل البلوغ في وقت يجوز فيه الوطي ولو انعكس الامر
فسلمت المرأة نفسها الى الزوج المراهق بغير اذن الولي وجبت النفقة هنا وسهل فرضه وهذا بخلاف تسليم المبيع من المراهق لان المقصود
هناك ان تصير اليد للمشتري واليد في مال المراهق للولي لا له بخلاف يد الاستمتاع مع احتمال توقف ثبوتها على بذل التمكين للولي وان كان متعلقه
الصبي نظرا الى الولاية عليه وسلب تصرفه معه والاول اقوى قوله ولو نشزت هذه المسئلة شعبة من السابقة وتفارقها في ان عدم التمكين كان
في الاول مستمرا من حين العقد وهنا تجدد بالنشوز وتحريرها ان الزوجة اذا نشزت مع حضور الزوج فغاب عنها وهي كذلك ثم عادت الى الطاعة
في غيبته لم يجب نفقتها الى ان يعلم بعودها ويمضي زمان يمكنه الوصول اليها او وكيله الى آخر ما قرر في السابقة لخروجها بالنشوز عن
قبضته فلا تعود الى ان يحصل تسلم وتسليم مستانفين وهما لا يحصلان بمجرد عودها بذلك فاذا عاد اليها او بعث وكيله واستانفت
تسليمها عادت النفقة ويفارق السابقة في جريان حكمها على القولين بخلاف السابقة فانها مبنية على اعتبار التمكين كما مر ولو ارتدت
المرأة في حضرة الزوج وهي في قبضته سقطت نفقتها لتحريم وطيها بعد الردة والمانع من قبلها فاذا غاب الزوج وهي مرتدة وكانت
مدخولا بها فعادت في العدة الى الاسلام وهو غائب فالذي قطع المص وقبله الشيخ في ط ان نفقتها تعود بمجرد عودها وان لم يبلغه
الخبر ولم يحضر وفرقوا بينها وبين الناشز بان نفقة المرتدة قد سقطت بردتها فاذا عادت الى الاسلام ارتفع المسقط فعمل المقتضي
عمله لان الفرض كونها في قبضته من قبل السفر بخلاف الناشز فان سقوط نفقتها لخروجها عن يد الزوج وطاعته وانما تعود اذا عادت الى
قبضته وذلك لا يحصل في غيبته وهذا الفرق لا يخ من نظر لان الارتداد مانع شرعي من الاستمتاع وقد حدث من جهتها ومتى لم يعلم
الزوج بزواله فالواجب عليه الامتناع منها وان حضر ولا يكفي مجرد كونها في قبضته مع عدم العلم بزوال المانع الذي جاء من قبلها فاسقط
النفقة نعم هذا الفرق يتم لو كان المانعان حصلا في غيبته ولم يعلم بهما فان نشوزها بخروجها من بيته اذا اسقط النفقة لم تعد بمجرد عودها
الى بيته لخروجها عن قبضته فلا بد من عودها اليها ولا يحصل ذلك حال الغيبة بخلاف ما لو ارتدت ثم رجعت ولم يعلم فان التسليم
حاصل مستصحب والمانع حصل وزال وهو لا يعلم به فلم يتحقق من جهته الامتناع منها لاجله بخلاف ما لو علم ويمكن الجواب عن الاشكال بان
العقد لما اقتضى وجوب النفقة اما مع التمكين او بدونه وقد تحقق الشرط والارتداد لا يحصل معه الاخلال بالشرط لان التمكين
من قبلها حاصل وانما كانت الردة مانعا فاذا زال المانع عمل المقتضي لوجوب النفقة عمله كما اشرنا اليه بخلاف النشوز فان الشرط
او السبب قد انتفى فلا بد للحكم بوجوب النفقة من عوده ولا يحصل الا بتسليم جديد فان قيل الارتداد لما اسقط وجوبها توقف ثبوته
الى سبب جديد والا فالحكم بالسقوط مستصحب قلنا السبب موجود وهو العقد السابق المصاحب للتمكين لانه الفرض والردة ما رفعت
حكم العقد ولهذا لو اسلمت عادت الى الزوجية بالعقد السابق وعلى هذا فلا يفرق بين علمه بعودها وعدمه قوله اذا ادعت آه
مقتضى كلام المص وجوب الانفاق عليها بمجرد دعويها الحمل وان لم يتبين او يظن ووجهه ان الحمل في ابتدائه لا يظهر الا لها فيقبل قولها فيه كما
يقبل في الحيض والعدة لانهما من الامور التي لا تظهر الا من قبلها ولان فيه جمعا بين الحقين وحق الزوج على تقدير تبين عدمه يتخير بالرجوع
عليها ولانه لولا القبول لادى الى الاضرار بها مع حاجتها الى النفقة او مط لو قلنا ان النفقة للحمل لان نفقة الاقارب لا تقضى فلو اخر الدفع اليها
الى ان يتحقق ثبوته مدة طويلة بغير نفقة ولا يجب قضاؤها والشيخ في ط علق وجوب الانفاق على ظهور الحمل وفي التحرير علق على شهادة اربع من
القوابل ولعله اجود لان وجوب الانفاق على الزوجة انقطع بالطلاق البائن ووجوبه عليها مشروط بالحمل والاصل عدمه الى ان يتحقق و
حكم الزوجة في الابتداء ظني والظن قد يكذب ولانه تع قال وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن شرط في الانفاق عليهن كونهن
اولات حمل وهذا الوصف لا يتحقق بمجرد الدعوى ثم على تقدير قبول قولها او وجوب البناء على الظن او على شهادة النساء المستندة الى
قرائن يجوز كذبها لو تبين كونها غير حامل استعيدت بظهور عدم استحقاقها لها في نفس الامر فاشبه ما اذا ظن ان عليه دينا فاداه
ثم بان خلافه ومثله ما لو انفق على قريبه لظن اعساره فبان يساره ثم على تقدير وجوب الانفاق عليها هل يطالب بكفيل لجواز ظهور
خلاف ما ادعته فيه وجهان منشاهما انها استولت على مال الغير بسبب لم يثبت في نفس الامر وانما حكم به الشارع لتعذر اثباته من جهتها
فلو اخرت الى الوضع لزم الاضرار بها كما قررناه فجمع بين الحقين بالدفع اليها بكفيل ومن حيث عدم ثبوت استحقاق الرجوع
عليها الآن والاول لا يخ من قوة قوله ولا ينفق آه قد عرفت ان اسباب النفقة منحصرة في ثلثة احدها الزوجية فمع بينونة الزوجة تخرج
عن السببية لكن وجبت النفقة للمطلقة بائنا اذا كانت حاملا بالنص والاجماع فبقي الباقي على الاصل والحق بعضهم البائنة بغير الطلاق
اذا كانت حاملا بالمطلقة نظرا الى دعوى ان وجوب النفقة على المطلقة الحامل لاجل الحمل من حيث كونه ولدا للمنفق لا لاجلها وهذه
العلة موجودة في الحامل منه غير المطلقة وبذلك افتى الشيخ في ط حتى في الحامل من نكاح فاسد كنكاح الشغار مع الجهل محتجا بعموم الاخبار
الدالة على وجوب الانفاق على الحامل ويضعف الاول بانه مبني على العمل بالقياس والا فلا نص عليه في الحامل المطلقة ومع ذلك فكو

النفقة للحمل غير معلوم وانما المعلوم كونها للحامل وان كان ذلك بسببه واما الاخبار التي ادعى الشيخ عمومها مما ذكرها في التهذيب فكلها مقيدة
بالطلاق الا رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر قال الحامل اجلها ان تضع حملها وعليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها فهذه مثنا ولة باطلاقها
لغير المطلقة لكنها ضعيفة السند بمحمد بن قيس فانه مشترك بين الثقة وغيره ويمكن حملها على المطلقة حيث لا تستقل بنفسها ثم لو ثبت انها
للحمل اتجه ذلك والذي دلت عليه النصوص وجوبها للمطلقة الحامل فيقتصر عليه لكونه على خلاف الاصل قوله فرع الى قوله لانه من حقوق الولد
البائنة باللعان ان كانت لعانها لنفي الولد فلا نفقة لها في العدة على القولين لانها صارت اجنبية وانتفى الحمل عنه فصارت كالحائل
وان كان لعانها للقذف مع اعترافه بولدها فينبني بناؤه على القولين فان قلنا ان النفقة للحمل وجبت هنا عند الشيخ لوجوب الانفاق
على الولد وان قلنا انها للحامل فلا لانها صارت اجنبية وكان على المص ان يقيد اللعان بكونه لنفي الولد لتخرج الصورة الثانية وكان
اكتفى بالتعليل بانتفاء الولد وكذا لو طلقها بائنا ثم ظهر بها حمل وانكره ولاعنها فان النفقة تسقط عنه باللعان وهنا صرح بكون اللعان
لانكاره ولو اكذب نفسه في الصورتين واستلحق الولد بعد اللعان لحق به في الحقوق المتعلقة بالولد دون العكس ومن جملتها النفقة
فيجب الانفاق عليها قبل الوضع ان جعلنا النفقة لاجل الحمل وهو المقص هنا ولا يجب قضاء النفقة الماضية من حين اللعان الى ان اقربه
لانا لم نوجب النفقة الا للحمل ونفقته لا تقضى وحكم في ط بجواز رجوعها عليه بما مضى مع ان مذهبه ان النفقة للحمل وكذا جوز رجوعها
عليه لو اكذب نفسه بعد وضعه بنفقة زمان العدة واجرة الحضانة محتجا بانه قد كان واجبا عليه وانما انقطع لانقطاع السبب فاذا
عاد عادت ولا يخفى ما فيه حيث بنى على ان النفقة للحمل وهو قريب قد فاتت نفقته وعلل بعضهم بان النفقة وان كانت للحمل فهي
مصروفة الى الحامل وهي صاحبة حق فيه فيصير دينا كنفقة الزوجة وفي هذا التعليل اضراب عن كونها للحمل خاصة والتزام انها لها و الا
فالاشكال بحاله وعلل ايضا بان السبب في حكم الحاكم بوجوب النفقة عليها فيضمن لقوة سببه وبان اللعان شهادة فمع تمامه قد حكم الحاكم بثبوتها
بوجوب النفقة كالدين ثم اكذابه نفسه كالرجوع في الشهادة بعد الحكم موجب للضمان وفيه منع كون اللعان شهادة محضة وان كان الله تعالى
قد اطلق عليه الشهادة وانفاقها على الولد فلا يستند الى حكم الحاكم عليها بخصوصها لو سلم كونه شهادة محضة قوله قال الشيخ اه حاصل
كلام الشيخ ان العبدان كان مكتسبا بقدر النفقة او ازيد فنفقته في كسبه وان قصر كسبه عنها او لم يكن مكتسبا تعلق
الفاضل او المجموع برقبته تنزيلا للوطي منزلة الجناية ثم ان امكن ان يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل وان لم يمكن بيع منه ما يمكن
كالنصف والثلث مقتصرا على ما يتادى به الغرض ثم الاقرب اليه فالاقرب فان لم يمكن ذلك بيع جميعه كما قيل في الجناية ووقف ثمنه
ينفق عليها منه وقد انتقل ملك سيده عنه الى اخر وعلى القول بتعلقها بذمته يتبع بها اذا اعتق وايسر وكانت في زمن الرقية كزوجة
المعسر والاولى ان النفقة على مولاه كالمهر مط وقد تقدم البحث في هذه المسئلة في باب اولياء العقد قوله قال رحمه الله الفرق بين الولدين ان
ولده من زوجته ان كانت حرة والمكاتب معسر لا يجب عليه نفقة الاقارب بخلاف ولده من امته فانه ماله ومنافعه فيكون نفقته عليه
كما ينفق على حيوانه وانما نسب القول الى الشيخ مشعرا بتمريضه لما يشتمل عليه من الاجمال فان ولده من زوجته اعم من كونها حرة وامة وعلى تقدير
كونها امة فهو مشروط بانفراد مولاها به او انفراد الاب به او بطلق بحيث يكون مشتركا بينهما فعلى تقدير حريته يتم ما قاله الشيخ وعلى تقدير
رقيته فالنفقة تابعة للملك اما ولده من امته فانه يكون تابعا له في الكتابة لان فرض امة للمكاتب يقتضي شراءها بعد الكتابة
واستيلادها بعدها كما لكن يشترط كونه باذن المولى لانه ليس له شراء امة يطاها بدون اذنه فمع اذنه يكون تابعا ومملوكا له لا ينعتق
عليه الا ان يؤدي مال الكتابة فيتبعه في الحرية او يعجز فيسترق معه وسببا لحريته ولو تحرر من المكاتب شيء كانت نفقة ولده من زوجته في
مال ابيه بقدر ما تحرر منه والباقي على امه ان كانت حرة موسرة كما لو جميعها عليها مع الشرطين ولم يذكر المص حكم نفقة زوجة المكاتب
وكان البحث بها انسب وحكمها انها في كسبه مط لكن لو ادى المطلق شيئا وتحرر منه بنسبته كانت نفقته نصيب الرقبة نفقة المعسر ونفقة
نصيب الحرية بحسب حاله ان فرقنا بين القسمين قوله اذا طلق اه المراد ان امراته كانت حاملا وطلقها ووضعت الحمل واختلفا فقال الزوج
طلقتك قبل الوضع وانقضت عدتك بالوضع فلا نفقة لك الان وقالت بل طلقتني بعد الوضع وطالبت النفقة فعليها العدة
من الوقت الذي زعم انه طلقها فيه ولها النفقة لان الاصل بقاء النكاح الى الوقت الذي تدعيه وكذا الاصل بقاء العدة والنفقة
وليس له الرجعة لانها قد بانت بزعمه ومن اقر بشيء قبل فيما يتعلق به لا فيما يتعلق بغيره كما لو اقر ببيع عبده ممن يعتق العبد عليه فانه يحكم
عليه بعتق العبد ولا يقبل قوله في لزوم الثمن على من زعم انه اشتراه ولو فرض ان الزوج كان قد اصابها قبل الوضع في الوقت الذي
زعم انها طلقها فيه لم يلزمه مهر المثل لانها تزعم ان الطلاق وقع بعد الولادة وان الاصابة في النكاح فلا شيء لها باقرارها ولو انعكس
الفرض فقال الزوج طلقتك بعد الولادة وانت في العدة فلي الرجعة وقالت بل قبلها وقد انقضت العدة فالقول قول الزوج في بقاء
العدة وثبوت الرجعة ولا نفقة لها في العدة بنفسه بما سبق ولو قيل بتخصيص هذا الحكم بما اذا لم يعينا زمانا لها اما لو اتفقا على زمان
احدهما واختلفا في تقدم الاخر وتاخره فالقول قول مدعي تاخره مط لاصالة عدم تقدمه واستقرار حال ما اتفقا عليه كان حسنا
فلو فرض اتفاقهما على ان الطلاق وقع يوم الجمعة واختلفا في زمان الوضع فادعت انه وقع يوم الخميس في المسئلة الاولى وادعى وقوعه
يوم السبت مثلا فالقول قوله لاصالة عدم تقدم الوضع ولو انعكست الدعوى فالقول قولها لما ذكر ولو اتفقا على وقوع الوضع

يوم الجمعة واختلفا في تقدم الطلاق وتاخره فالقول قول مدعي التاخر في المسئلتين وربما قيل بانه مع الاتفاق على وقت احدهما والاختلاف
في الاخر يقدم قول الزوج في الطلاق مط لانه من فعله وقولها في الوضع مط لذلك قوله اذا كان له على زوجته اه نفقة الزوجة بعد وجوبها بمنزلة
الدين على الزوج فاذا كان له عليها دين وكانت ممتنعة من ادائه جاز له مقاصتها من النفقة بعد وجوبها عليه بان ينوي استيفاء نفقة كل يوم
في صبيحته ولو لم تكن ممتنعة من وفاء دينه لم يكن له المقاصة لان تعيين الدين من مالها موكول اليها اللهم الا ان يوافق دينه النفقة جنسا
ووصفا فيكون التهاتر جهرا هذا كله اذا كانت موسرة بحيث تملك قوتها من غيره او فعلا لا يجوز مقاصتها والا لم يجز لما اشار المص
اليه من التعليل بان قضاء الدين انما يجب فيما يفضل عن القوت والمقاصة تابعة لوجوب الوفاء مع الامتناع منه او ما في معناه ولو
رضيت بالمقاصة مع اعسارها لم يكن له الامتناع لان الحق لها في ذلك فاذا رضيت باسقاط حقها وارادت وفاء دينها على القوت لم
يكن له الامتناع وربما قيد ذلك بما اذا لم يتضرر عليه ضررا بالقبول بان تضعف عن حقه والا كان له الامتناع وقد سبق نظيره قوله
نفقة الزوجة اه اذا اجتمع على الشخص الواحد محتاجون يلزمه الانفاق عليهم فان وفى ماله او كسبه بنفقتهم فعليه نفقة الجميع وان لم
يف بالكل ابتدأ بنفقة نفسه لان نفقته مقدمة على جميع الحقوق من الديون وغيرها من اموال المعاوضات وغاية نفقة الزوجة
الحاقها بذلك فان فضل منه نفقة واحدة قدم نفقة الزوجة على نفقة الاقارب والفرق بين نفقتهما مع اشتراكهما في اصل الوجوب
ما اشار اليه المص من ان نفقة الزوجة تثبت على وجه المعاوضة على الاستمتاع وتثبت في الذمة اذا فاتت بخلاف نفقة القريب فانها تثبت بمجرد
المواساة والعوض اولى بالرعاية من المواساة ولانها اقوى من نفقة القريب ولهذا لا يسقط بفواتها ولا بمضي الزمان بخلاف نفقته واعترض بان نفقتها
اذا كانت كذلك كانت كالديون ونفقة القريب مقدمة على الديون كما علم من باب المفلس ويؤيده ما روي ان رجلا جاء الى النبي فقال معي دينار
فقال انفقه على نفسك فقال معي اخر فقال انفقه على ولدك فقال معي اخر فقال انفقه على اهلك فقدم نفقة الولد على نفقة الاهل كما قدم نفقة
النفس على الولد ولهذا الخبر ذهب بعض الشافعية الى ان نفقة الطفل تقدم على نفقة الزوجة ويمكن الجواب بان نفقة الزوجة انما تكون كالدين مع
مضي وقتها ويلتزم بان نفقة القريب مقدمة على قضائها كما تقدم على قضاء الدين اما الحاضرة فانها اقوى من الدين ولذلك قدمت نفقة
الزوجة عليه في مال المفلس ويبقى معها المرجح على نفقة القريب لثبوتها بسبب المعاوضة وثبوتها مع الغنا والفقر بخلاف نفقة القريب فيقدم
عليها والخبر مع تسليمه محمول على الانفاق على وجه التبرع توسعا في النفقة ويؤيده قوله فيه بعد ذلك معي اخر فقال انفقه على خادمك قال معي
اخر قال انفقه في سبيل الله وذلك اشارة الى ان نفقة الخادم اعم من ان تكون واجبة او غير واجبة وكذا الانفاق في سبيل الله فجرى الحديث
على الامر بالانفاق على ما فيه قربة قوله تجب النفقة على الاخلاف بين اصحابنا في وجوب نفقة كل واحد من الابوين والاولاد على الاخر وقد سبق
ما يدل عليه فموضع الدلالة بغير شبهة الاولاد والابوان فاما من علا او سفل ففي تناول النص لهم نظر من الشك في صدق الاباء والاولاد
عليهم بطريق الحقيقة والمص تردد في دخول اباء الابوين وامهاتهم لذلك اذ قد اطلق عليهم لفظ الاباء في قوله واتبعت ملة ابائي ابرهيم واسحق
ويعقوب وقوله تعم ملة ابيكم ابرهيم والاصل في الاطلاق الحقيقة ومن جواز السلب الدال على المجاز ومطلق الاستعمال اعم من الحقيقة ولا
نعلم مخالفا من اصحابنا في دخولهم هنا وانما تردد المص لضعف الدليل ومن اصوله ره ان لا يعتد بحجية الاجماع بهذا المعنى كما نبه عليه في مقدمة
المعتبر وهو الحق الذي لا محيد عنه للمنصف وما ذكره ره من وجه التردد في الاباء يأتي مثله في الاولاد للشك والخلاف في اطلاق اسم الولد
على ولد الولد وقد تقدم البحث عنه في الوقف وان المص اختار عدم دخوله في اطلاق الولد فكان الاولى التعرض له هنا وكيف كان فلكنه
وجوب الانفاق على الجميع قوله ولا تجب اه هذا هو المعروف في المذهب ويؤيده اصالة براءة الذمة من وجوب الانفاق على غير من دل الدليل على
وجوب الانفاق عليه وهو منفي هنا ولم ينقل المص هنا خلافا ونقل العلامة في عد واسنده الشارح الى الشيخ فانه ذهب الى وجوبها على كل وارث
والشيخ في ط قطع باختصاصها بالعمودين ونقل وجوبها على الوارث الى رواية وحملها على الاستحباب قوله ويشترط اه وجه عدم اشتراط القدرة
على الاكتساب حصول الحاجة بالفعل وهو ضعيف جدا لان المكتسب قادر ومن ثم منع من الزكوة والكفارة المشروطة بالفقر وقد ساوى النبي
بين الغني والقوي المكتسب في ذلك فقال للرجلين اللذين اتياه فسالاه من الصدقة اعطيكما بعد ان اعلمكما ان لا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب
ثم يعتبر في الكسب كونه لائقا بحاله عادة فلا يكلف الرفيع والعالم الكنس والدباغة ولو امكن المرأة الكسب بالتزويج بمن يليق بها انه يجب عادة
فهي قادرة بالقوة لان ذلك مما لا يخرج عن العادة قوله ولا عبرة اه اراد انه مع تحقق العجز يجب الانفاق عليه وان كان في نفسه كاملا كالمكلف
التام الخلقة ونبه بذلك على خلاف الشيخ في ط حيث اشترط فيه اجتماع الوصفين الاعسار ونقصان الخلقة او الحكم او هما مع انه قال في موضع
اخر منه ان الفقر كاف كما قال غيره والمراد بناقص الخلقة الاعمى والمقعد وبناقص الحكم الصبي والمجنون وبناقصهما المجنون الاعمى واعلم انه
لا فرق في القدرة على الاكتساب بين ناقص الحكم وغيره فلو بلغ الولد حدا يمكن ان يتعلم حرفة او يحمل على الاكتساب فللولي حمله عليه والانفاق
عليه من كسبه لكن لو هرب عن الحرفة وترك الاكتساب في بعض الايام فعلى الاب الانفاق عليه بخلاف المكلف وتيسر الحرفة والكسب اللائق
بحاله كالمكلف واطلق ابن الجنيد وجوب النفقة على الولد الصغير الى ان يبلغ الحلم او الحيض قوله ويجب اه اي يجب الانفاق على القريب المعصوم
وان كان فاسقا او كافرا لعموم الادلة الشاملة له ولقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ومن المعروف الانفاق عليهما مع حاجتهما ويسار الولد
والمراد كونهما كافرين واولى منه لو كانا فاسقين ولا يقدح كونهما غير وارثين لعدم الملازمة بينهما وبهذا صرح الاصحاب واكثر العلماء من غيرهم

قال الشيخ قوله كل سبب يجب به الانفاق من زوجية ونسب وملك يمين فانا نوجبها مع اختلاف الدين كالزوجية مع اتفاقه لان وجوبها بالقرابة ويفارق الميراث لانه يستعمل القرابة في الموالاة واختلاف الدين يقطع الموالاة وانما شرط الاتفاق في الدين ابوحنيفة مع ايجابه النفقة لكل ذي رحم وقد اغرب الفاضل فخر الدين في شرحه حيث جعل المانع من الارث كالرق والكفر والقتل مانعا من وجوب الانفاق وربما نقل عنه ان ذلك اجماعي والامر بخلافه لتصريح الاصحاب بنحو ما قلناه ولم نقف على مخالف منهم فيه مع ان هذا وان تم في الرق حيث ان نفقة المملوك لا تجب على قريبه الا ان ذلك لا من حيث ان الرق مانع من الارث بل من حيث استغنائه بانفاق السيد عليه المقدم في الوجوب على القريب لاشتغاله بخدمته وكان اولى بالانفاق عليه ولو فرض تقصيره في النفقة ولم يتفق من يجبره على بيعه او الانفاق عليه فالاقوى وجوبه على قريبه عملا بالعموم الخالي عن المعارض هنا وقيد بعضهم الكافر بكونه معصوم الدم فلو كان حربيا لم يجب الانفاق عليه لجواز اتلافه فترك الانفاق عليه لا يزيد عنه ولا بأس به وان كان للعموم ايضا وجه لما فيه من المصاحبة بالمعروف المأمور بها للابوين على العموم الا ان يفرق بينهما وبين الاولاد قوله ويشترط في المنفق اه المعتبر من كفاية قوت يومه بالنسبة الى المؤنة وكسوة اللائقة بحاله في الفصل الذي هو فيه ولا يعتبر غيره في الوقت الحاضر والالات المضطر اليها للطعام والفرش كالكسوة فهذا هو الذي يعتبر مقدما على نفقة الزوجة ثم يعتبر نفقة الزوجة ليومها ونفقة خادمها تابع لنفقتها والقول في كسوتها وبقية الالات كالقول في الرجل فان فضل من ماله بالفعل او القوة شيء وجب صرفه الى الابوين والاولاد كما شرحناه فان قام بكفايتهم ومؤنة يومهم عمل في اليوم الثاني مثل ذلك وان قصر عنهم حيث كانوا متعددين فيأتي البحث فيه ولو لم يكن له زوجة وكان يفضل من ماله او كسبه ما يقوم بكفاية قريبه حاول له التزويج وان ادى الى عدم الانفاق عليهما لان نفقتهما مواساة بحيث يمكن والتزويج امر سائغ له بل مأمور به قوله ولا تقدير في النفقة لما كان المعتبر من نفقة القريب المواساة له ودفع حاجته لم يتقدر بقدر بل يعتبر فيها الكفاية بحسب حال المنفق عليه لا المنفق بخلاف نفقة الزوجة فيعتبر فيه الحاجة وقدرها حتى لو استغنى في بعض الايام بضيافة وغيرها لم يجب ويعتبر حاله في سنه وزهادته ورغبته بخلاف الزوجة فالرضيع يندفع حاجته بمؤنة الارضاع في الحولين والفطيم بما بعده على ما يليق بهما ولا يعتبر بلوغ المنفق عليه حد الضرورة كما لا يكتفي بسد رمقه بل الكفاية ويجب الادم كما يجب القوت عندنا وكذا الكسوة والسكنى ولو احتاج الى الخدمة وجب مؤنة الخادم ايضا والظاهر ان مؤنة القريب امتاع لا تمليك بخلاف نفقة الزوجة لما تقرر من الغرض منها دفع الحاجة بخلاف ما وقع معاوضة فلو تلفت في يده بغير تفريط وجب ابدالها وكذا لو اتلفها بنفسه لكن هنا يجب عليه مع ابدالها ضمان ما اتلفه اذا ابسر قوله ولا يجب اعفاف اه المراد بالاعفاف ان يصيره ذا عفة بان يهيئ له مستمتعا بان يزوجه او يعطيه مهرا ليتزوج او يملكه جارية محللة او يعطيه ثمن جارية صالحة له عرفا كالنفقة وقد قال بوجوبه بعض الاصحاب وجماعة من العلماء للاب وان علا لان ذلك من اهم المصاحبة بالمعروف ولانه من وجوه حاجاته المهمة فيجب على الابن القيام به كالنفقة والكسوة والاشهر الاستحباب فلو كان نادرا على التزويج ما لكا للمهر لم يجب على القولين وان وجبت نفقته بعد ذلك ويشترط حاجته الى النكاح ويقبل قوله في الرغبة من غير يمين لكن لا يحل له طلبه حيث يقول بوجوبه الا اذا صدقت شهوته وشق عليه الصبر ولا ينادي الوظيفة وجوبا واستحبابا بالعجوز التي لا تليق بحاله ولا شوهاء كما ليس له ان يطعمه طعاما فاسدا لا ينساغ برغبته ونفقة الزوجة تابعة للاعفاف فان وجب وجبت والا استحبت وكذا القول في نفقة زوجة الاب التي تزوجها بغير واسطة الابن واوجب الشيخ نفقة زوجته وان لم يجب اعفافه لانها من جملة مؤنته وضروريته كنفقة خادمه حيث يحتاج اليه ولو ماتت الزوجة او الامة يجدد حكم الاعفاف بغيرها وجوبا او استحبابا وكذا لو طلقها للنشوز ونحوه او باع الامة لذلك ولو كان لشبهة فالوجه البعيد الحكم لانه المقصر والمفوت على نفسه قوله ويتفق على ولده واولاده لانهم اولاده ولما كان وجوب الانفاق مختصا بالاب وان علا وبالولد وان نزل دون غيرهم من الاقارب فاللازم منه انه لو كان له اب لابيه اولاد وهو عاجز عن نفقته ونفقتهم وجب على الابن الانفاق عليه دون اولاده لفقد محل الوجوب فيهم من حيث انهم اخوة ولو كان له ولد لولده اولاد محتاجون وجب عليه الانفاق على الجميع لصدق الاولاد على الجميع الموجب للنفقة وان لم يصدق ذلك مطلقا ولما لا يجب الانفاق على زوجة الاب اذا لم يكن اما له ان لم نقل بوجوب الاعفاف فكذا لا يجب على زوجة الولد وقوفا على موضع اليقين ولانه لا يجب اعفافه لان انفاقه الا مع حاجته الى الزوجة بحيث يؤدي مؤدى الخادم حيث يكون محتاجا اليه فيجب الانفاق عليها لذلك وان لم يجب لكونها زوجة قوله ولا يقضي نفقة الاقارب اه اشار بالتعليل الى الفرق بين نفقة القريب ونفقة الزوجة حيث يجب قضاء نفقتها دون نفقة القريب بان الغرض من نفقة القريب مواساته وسد خلته ووجوبها لدفع الحاجة لا العوض فاذا اخل بها اثم ولم يستقر في الذمة فلا يجب قضاؤها كما لو اخل بقضاء حاجة المحتاج الذي يجب عليه اعانته بخلاف نفقة الزوجة فانها وجبت عوض الاستمتاع فكانت كالمعاوضة المالية فاذا لم يؤدها استقرت في ذمته ويتفرع عليه وجوب قضائها ولا فرق في ذلك عندنا بين تقدير الحاكم لها وعدمه لان تقديره لها لم يخرجها عن حالها الاصلي من كونها مواساة ودفع ضرورة خلافا لبعض الشافعية حيث ذهب الى انها مع فرض الحاكم لها تصير دينا في الذمة نعم لو امره الحاكم بالاستدانة على قريبه الواجب عليه الانفاق لغيبته او امتناعه واستدان استقرت في ذمته بذلك ووجب عليه قضاؤه لانها صارت بذلك دينا مخصوصا قوله تجب نفقة الولد اه اشار بهذه المسئلة الى بيان مراتب المنفق والمنفق عليه وحكمها عند الاجتماع فاذا وجد المحتاج قريبان من اصوله لو انفرد احدهما وجبت النفقة عليه نظر ان اجتمع ابوه وامه فالنفقة على الاب دونها لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن اوجب اجرة الرضاع على الاب فكذا غيرها من

النفقات استصحابا للحكم الوجوبي ولقوله لهند خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ومن غير ان يستفصل هل هي موسرة بنفقة الولد ام لا وترك الاستفصال يفيد العموم وان فقد الاب او كان معسرا او وجد احد من ابائه قام مقامه في الوجوب مقدما على الام لمشاركته له في المعنى والاسم وهكذا الحكم فيه وان علا ولا يعرض بتعدده لان المراد به ولي المال وهو مختص بجانب الابوة دون الامهات وان كن لاب فان فقد الجميع او كانوا معسرين وجبت على الام الموسرة فان فقدت او كانت معسرة فعلى ابيها وامها بالسوية وان علوا مقدما في الوجوب الاقرب اليها فالاقرب ولم يتعرض لحكم الاباء والامهات من قبل ام الاب وان علا وقد ذكر الشيخ وغيره من الاصحاب ان حكمهم حكم اباء الام من الطرفين فيشاركونهم مع التساوي في الدرجة بالسوية ويختص الاقرب من الجانبين الى المحتاج بوجوب الانفاق فلو كان له اب ام وجبت عليهما النفقة بالسوية وكذا لو اجتمع اب ام اب وام اب ام او اب ام وام ام اب ومتى قرب احدهما بدرجة فهو اولى وعلى هذا حكم باقي الفروض المتعددة من الجانبين او احدهما هذا ما يتعلق بحكم الاصول منفردين عن الفروع ولو انعكس بان وجد الفروع دون الاصول فان اتحد الفرع وجبت عليه بشرطه وان تعدد في درجة واحدة كالاولاد المتعددين وجبت عليهم بالسوية سواء في ذلك الذكر والانثى ولو اختلفت درجاتهم كابن وابن ابن او ابن ابن وابن ابن ابن وجبت على الاقرب الى المنفق عليه فالاقرب ولا فرق في ذلك كله بين الذكر والانثى ولا بين الموسر بالقوة والفعل على الاقوى فيهما وفي المسئلة قول اخر برجوعها على الذكر والانثى على حسب الميراث وقول باختصاصها بالذكر وهما ضعيفان ويبقى من الاقسام ما لو اجتمع العمودان وسيأتي في كلام المصنف الاشارة الى بعض مسائله وهناك نفصلها ان شاء الله قوله اذا كان له ابوان اه اشار بهذه المسئلة الى شيء من احكام ما اذا تعدد المنفق عليه وجملة اقسامها انها ان وجد من جهة واحدة كالاباء والاجداد المتصلين يجب الانفاق على الجميع القريب منهم والبعيد ان وسع ماله او كسبه لذلك وان قصر بدئ بالاقرب اليه فالاقرب فالاب اولى من الجد فان فضل عنه شيء صرف الى الجد وكان اولى ممن بعد عنه بمرتبة وهكذا ولا فرق في كل مرتبة بين الذكر والانثى ولا بين المتقرب بالاب من الاب الى الام والمتقرب بالام كذلك فالابوان يتساويان وكذا ابوا ما فلو اجتمع ابا الاب مع ام الام كانا سواء وهكذا ولو اجتمع الاولاد المتعددون فكذلك يشترك ذكرهم وانثاهم مع تساويهم في المرتبة ويختص الاقرب مع التفصيل فلو كان له ابن وبنت تساويا وكذا لو كان له ابن بنت وبنت ابن والبنت اولى من ابن الابن وهكذا ولو اجتمع العمودان اعتبرت المراتب في الطرفين فان تساوت عدد اشتركوا وان اختلفت اختص الاقرب فالاولاد ذكورا واناثا ومختلفين يشاركون الابوين وكذا اولاد الاولاد مطلقا يشاركون الاجداد والجدات للاب او للام او لهما والاولاد للصلب اولى من الاجداد كما ان الابوين اولى من اولاد الاولاد وهكذا في جميع المراتب هذا كله مع قصور مال المنفق عليهم عن مقدار كفايتهم وانما يشترك المتعددون في المرتبة الواحدة مع كفاية سهم كل واحد لصاحبه او افادته نفعا معتدا به فلو لم ينتفع به احدهم لقلته وكثرتهم ففي اقتسامهم له كذلك او القرعة فيه بينهم وجهان اجودهما الثاني لان فائدة التشريك للغرض من نفقة القريب لان المقصود منها سد الخلة وهو منتف مع القسمة مطلقا وليست كالدين الذي يتساوى فيه المستحقون وان قيل بترجيح بعضهم بغير مرجح ممتنع والقرعة مرجحة بمرجح ولو كان نصيب احدهم يعتد بنفعه له لصغر او مرض دون الباقين يترجح فيمن عدا المنتفع ان تعدد والا اختص كل بنصيبه مع احتمال اختصاص المنتفع بنصيبه بالجميع وفي ترجيح الاحوج لصغر ومرض بدون القرعة وجهان من اشتراكهما في اصل الحاجة وكونها على الانفاق فكلما كانت اقوى كان تأثيرها اقوى قوله لو كان له اب وجد اه قد تقدم ان الاب مقدم في وجوب الانفاق على الجد ولعل في اعادتها كثير فائدة الا التقييد بالبناء وقد علم اشتراطه في كل من يجب عليه النفقة واما قوله لو كان له اب وابن موسران كانت النفقة عليهما اه فهو من اقسام تعدد المنفقين وهو ما لو اجتمع العمودان معا ووجهه تساوي الاب والابن في الوجوب ظاهر لتساويهما في المرتبة فان المنفق عليه اب لاحدهما وابن للاخر فلا فارق بينهما الا الابوة والبنوة وكلاهما علة لوجوب الانفاق وحيث كان الاب مقدما على الجد فمساويه في المرتبة وهو الابن يكون متقدما عليه كذلك وهكذا القول في الاب مع ولد الولد فان الاب اولى بالوجوب لا نراود هنا في الحكم وحكم الولد لو كان انثى وحكم الام مع الولد مطلقا والمصنف لم يتعرض لحكمهما ولا يخلو من اشكال من حيث المرتبة فان الابن مساو للام في المرتبة كما قلناه في الاب وكذا البنت هي مساوية للاب كالابن فيحتمل اشتراك الجميع في الوجوب عدا الام فانها مع وجود الاب متأخرة وتقديم الابن على الام لانه في مرتبة الاب المتقدم على الجد المتقدم عليها بل تقديم الاولاد مطلقا عليها لذلك فان البنت في مرتبة الابن المقدم عليها بمراتب وتقديم الابن على البنت كما قدم الاب على الام واشتراك البنت والام خاصة مع تقدم الابن عليهما لاشتراكهما في الانوثية الموجبة لتأخر المرتبة وتساويهما في المرتبة بالنسبة الى المنفق عليه ولينبغي الباب لبيان واحد وقل من تعرض من اصحابنا للبحث عن ذلك والوجه استواء الابن والبنت والام مع الولد مطلقا وبه قطع في التحرير وتردد في عد تعينهما الاول لو كان الاقرب معسرا او اوجبناها على الابعد فانفق ثم ايسر الاقرب يغلو به الوجوب ولا يرجع الابعد عليه بما انفق لانه كان مخاطبا بالوجوب قبل يسار الاقرب لا نائبا عنه الثاني لو كان له ولدان ولم يقدر الا على نفقة احدهما وله اب وجب على الاب نفقة الاخرى فان اختلفا في قدر النفقة وكان الاب يبع لاحدهما بعينه كالاقل نفقة اختص به ووجبت نفقة الاخر على جده وان تساويا في النفقة واتفقا على الانفاق بالشركة او على ان يختص كل واحد منهما بواحد فذاك وان اختلفا عمل بقول من يدعو الى الاشتراك وكذا يحكم بالاشتراك لو اراد كل منهما الاختصاص بواحد ويحتمل قويا القرعة الثالث لو كان للابوين المحتاجين ابن لا يقدر الا على نفقة احدهما وللابن ابن موسر فعلى ابن الابن باقي نفقتهما وحكمهما في الاختلاف والانفاق كما سبق قوله اذا دافعه الا فرق في هذا الحكم بين نفقة الزوجة والاقارب لاشتراكهما في الوجوب

وانما علقها بالفوة والضعف فى الحاكم لجبار من بفصر فى دفع الواجب فان امتنع من الدفع مع امره تخير الحاكم بين حبسه تاديبا لينفق بنفسه وبين ان يدفع من ماله مقدار النفقة ان كان له مال ظاهر ولو توقف على بيع شئ من عقاره او ماله جاز لان حق النفقة واجب فكانت فى ذلك كالدين وان فاتت نفقة القريب بعد مضى الوقت لان الكلام هنا فى حكمها فى الوقت ولو كان المنفق غايبا تولى الحاكم النفقة من ماله كالحاضر الممتنع ولو ان باذن للمنفق عليه فى الاستدانة والانفاق ثم يرجع عليه كما تقدم الكلام فى امر النبى ص هندا فى اخذ قدر كفايتها وولدها من مال الزوج ولو لم يقدر على الوصول الى الحاكم ففى جواز استقلاله بالاستقراض عليه او البيع من ماله مع امتناعه او غيبته وجهان اجودهما الجواز لان ذلك من ضروب المقاصة حيث يقع اخذ القريب فى الوقت والزوجة مطلقا ولو تعدد المنفق وامتنع احدهم او غاب دون الباقين انفق الحاكم من مال الممتنع او الغائب بحسب ما يخصه وانفق الباذل ما يخصه منها ولو لم يجد الحاكم مالا ولا مقرضا امر الحاضر بالانفاق بعضها مما عليه وبعضها قرضا على شريكه فيه قوله تجب النفقة على ما يملكه اه مما يجب على الانسان الانفاق عليه ما يملكه من الحيوان انسانا كان ام بهيمة بحرمة الروح ولما روى عن النبى انه قال للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف وقوله ص عذبت امراة فى هرة امسكتها حتى ماتت من الجوع فلم تكن تطعمها ولا ترسلها لتاكل من حشاش الارض والخشاش بفتح الخاء وكسرها هوامها ولا فرق فى المملوك بين الصغير والكبير والصحيح والاعمى والزمن والمرهون والمستاجر وغيرها ولا بين الكسوب وغيره لكن فى الكسوب يتخير المولى بين الانفاق عليه من ماله واخذ كسبه وبين اتكال نفقته الى الكسب فان لم يف فالباقى على السيد ولو تعدد المالك فالنفقة عليهم موزعة بحسب الملك قوله ولا تقدير لنفقتهما المعتبر من هذه النفقة قدر الكفاية ولا يتقدر بقدر كنفقة القريب وهل المعتبر كفاية مثله فى الغالب او كفاية نفسه وجهان اجودهما الثانى فيراعى رغبته وزهادته وكثرة اكله بحيث لا يقوم بدون ذلك وقلته فلو كان اكله زائدا على مثاله وفقد الزيادة يؤثر فى قوته وبدنه لزمت السيد ومثله نفقة القريب فاما الجنس فيعتبر غالب القوت الذى يطعم منه المماليك فى البلد لامثال السيد من الحنطة والشعير وغيرهما وكذا الادام الغالب والكسوة الغالبة من القطن والكتان ويراعى حال السيد فى اليسار والاعسار والمقام فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب وخسيسه ولا يجوز الاقتصار فى الكسوة على ذلك وان لم يتاذ بحر ولا برد لان ذلك يعد تحقيرا واذلالا ولو كان السيد يتنعم فى الطعام والادام والكسوة استحب ان يدفع اليه مثله ولا يجب بل يجوز الاقتصار على ما دونه اذا كان هو الغالب وما روى انه ص قال اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس محمول على الاستحباب او على ان الخطاب للعرب الذين مطاعمهم وملابسهم متقاربة او على انه جواب سائل علم حاله فاجاب على ما اقتضاه الحال كما وقع فى كثير من اجوبته ص ولو كان السيد يطعم ويلبس دون المعتاد غالبا بخلا او رياضة لزمه رعاية الغالب للرقيق فليس له الاقتصار على ما اقتصر عليه ولو كان له مماليك فالاولى التسوية بينهم مع اتفاقهم فى الجنس وان اختلفوا فى النفاسة والخسة وله تفضيل ذوات الجمال من الاماء والسرارى مطلقا على الغالب ويستحب ان يجلس رقيقه معه على المائدة ويطعم خصوصا اذا كان هو الذى يعالج طعامه فان لم يفعل فينبغى ان يعطيه منه ولو لقمة وروى انه ص قال اذا جاء احدكم خادمه بطعام وقد كفاه حره وعمله ودخانه فليقعده فلياكل معه والا فليناوله اكلة من طعام وفى رواية اذا كفى احدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليجلسه معه فان ابى فليروغ له اللقمة واللقمتين والاكلة بالضم اللقمة اذا رواها دسما وربما ذهب بعضهم الى وجوب احد الامرين تخييرا عملا بظاهر الامر مع كون الاجلاس افضل والوجه ان ذلك على وجه الاستحباب ندبا الى التواضع ومكارم الاخلاق والاستحباب فيمن عالج الطعام اكد وعاية هذا الخلق فى حق الناظر اتم ولتكن ما يناوله من اللقمة كبيرة يسد مسدا دون الصغيرة التى تهيج الشهوة ولا تقضى النهمة واعلم ان نفقة الحيوان كنفقة القريب فى انها امتاع لا تمليك بل هنا اولى لعدم قبوله الملك مطلقا على اصح الاقوال فلا يصير دينا بتاخيرها بل يسقط بمضى الزمان وان فعل حراما ولو دفع اليه الطعام ثم اراد ابداله فله ذلك ما لم يتضمن تاخير الاكل عن المعتاد قوله ولو امتنع اه اذا امتنع المولى من الانفاق على المملوك مع قدرته عليه اجبره الحاكم على الانفاق او البيع ولو لم يكن له مال وكان ذا كسب خيره بين البيع والتكسب والانفاق عليه ان وفى الكسب به ومع التعذر يتعين البيع ان لم يمكن الانفاق عليه من بيت المال او تبرع متبرع او من الزكوة ونحوها ولو تعذر البيع لعدم الراغب اجبر على الانفاق عليه لان الواجب المخير اذا تعذر بعض افراده تعين الباقى فلو لم يبق منه الا فرد صار كالواجب المعين ولا فرق فى ذلك بين القن والمدبر وام الولد لاشتراك الجميع فى المملوكية الا ان ام الولد لا تباع بل يجبر على الانفاق عليها خاصة ومع تعذره لفقره ويتعذر الانفاق عليها من بيت المال ونحوه لم يجب تعجيل عتقها كما لا يجب عتق غيرها من الرقيق وهل يجوز بيعها وجهان من عموم النهى عن بيع ام الولد المتناول لذلك ومن جواز بيعها فيما هو اقل ضررا من هذا فان فيه حفظ النفس من الهلاك ولعله اقوى وبه قطع الشهيد فى اللمعة وخرج بمن عدد من انواع المماليك المكاتب فان نفقته تسقط عن المالك وتثبت فى كسبه وكذا لو اشترى المكاتب مملوكا او اتهب او اوصى له حيث يجوز ذلك وانما لو اباه قرابته فيجب عليه الانفاق عليه ما دام مملوكا فاذا اعتق سقطت ما دام مكاتبا لان نفقة القرابة غير واجبة عليه قوله ويجوز ان يخارجه اه المخارجة هى ضرب خراج معلوم على الرقيق يؤديه كل يوم او مدة مما يكتسبه وليس للعبد ان يجبر السيد عليها اجماعا ولا للسيد اجبار العبد على اصح القولين لانه يملك استخدامه لا اختصاصه ويخيل الى العبد فى القدر الذى يطلب منه بالكسب وانما فى التخير جواز اجبارا عليها اذا رضيا وبذل المجهود لانه يملك منافعه فله نقلها الى غيره بعوض ولكن يكره ضربه والمخارجة مثله واذا اتفقا فليكن له كسب دائم يعنى بذلك الخراج فاضلا عن نفقته وكسوته ان جعلهما المولى فى كسبه واذا وفى وزاد ما يكتسبه كالزيادة مبرة من السيد الى عبده وتوسيع عليه وان ضرب عليه اكثر مما يليق بحاله منعه منه الحاكم وقد ورد لا تكلفوا الصغير الكسب فيسرق والامة غير ذات الصنعة فتكسب

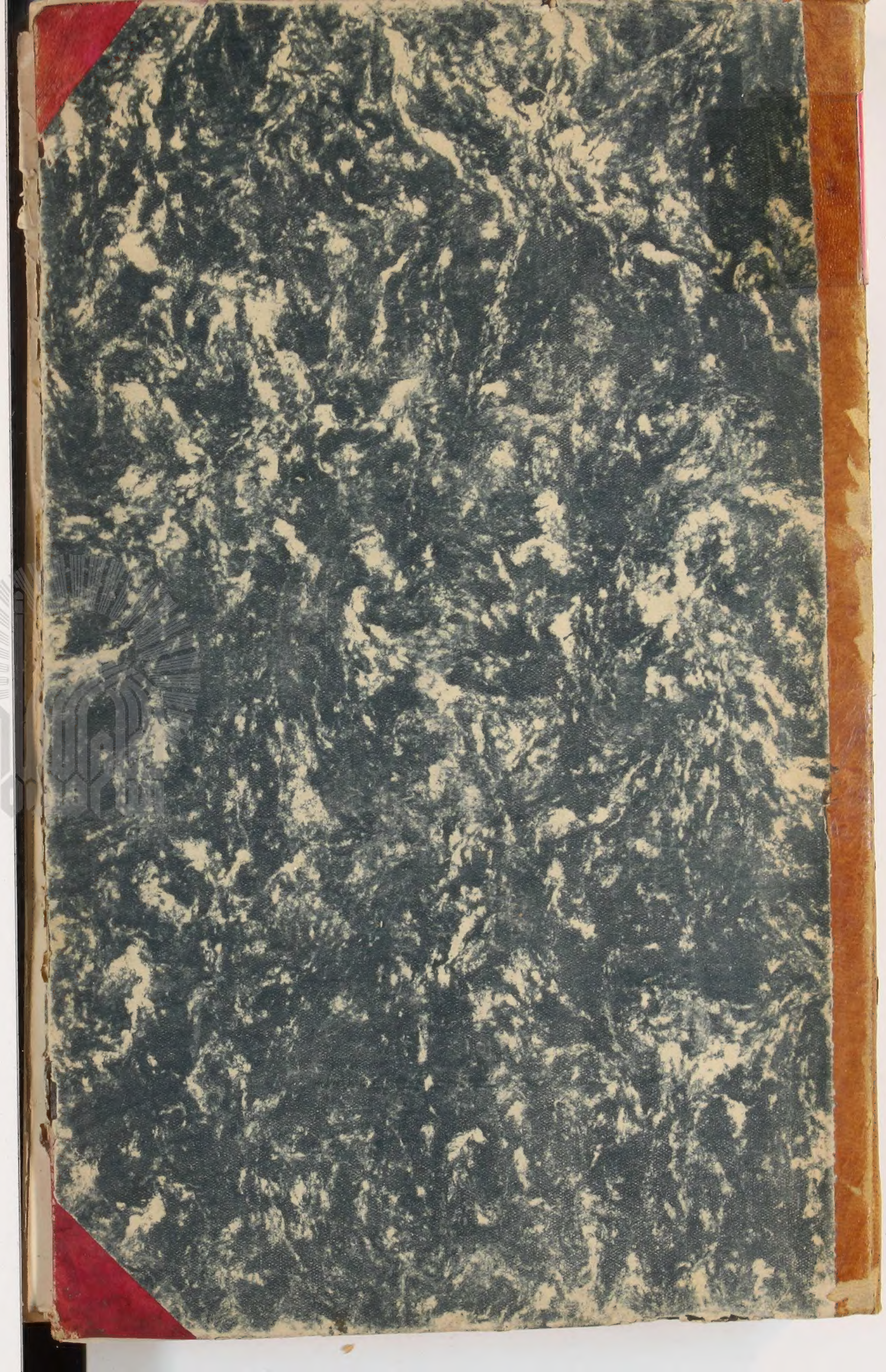
وانما نفقة المملوك على مالكه ... الانسان من عقيق او ... العبد والاذن ... عليها ... نفقة ... بالكفاية ... من طعام وادام وكسوة ... الى السيد ... ولو امتنع عن ... على بيعه ... الانفاق ... والمدبر وام الولد ... المملوك ... الفاضل له ... الانفاق على المولى ... الاانا ... المولى من

يفرجها ويجبر النقصان فى بعض الايام بالزيادة فى بعضها حيث يشترطها المدة لنفع ذلك ولا يخفى ان المخارجة لا تلزم استدامتها كما لا تجب ابتداء واعلم انه لا يجوز للمولى ان يكلف قبيحة العمل الا ما يطيقه ويعتاد لمثله ولا يكلفه الاعمال الشاقة الا فى بعض الاوقات المعتادة لها ولا اما اذا قام به يوما او يومين ضعف بعدها شهرا او شهرين واذا عمل بالنهار اراحه بالليل وبالعكس ويريحه فى ايام الصيف فى وقت القيلولة ويتبع فى جميع ذلك العادة قوله واما نفقة البهائم الى قوله جاز اخذ اللبن من ملك دابة لزمه علفها وسقيها لحرمة الروح ويقوم مقام السقى والعلف تخليتها للرعى وورود الماء ان كانت ما ترعى وتجتزئ به لخصب الارض ولم يكن مانع من ثلج وغيره وان اجدبت الارض وكانت لا تجتزئ بالرعى فعليه ان يضيف عليه من العلف ما يكفيها ويطرد ذلك فى كل حيوان محترم فان امتنع من ذلك اجبره الحاكم على بيعها او صيانتها بالعلف او التخلية او ذبحها ان كانت مما تقصد بالذبح للحم او لتذكية الجلد على اصح القولين وان لم ينتفع بها بالذبح اجبره على الانفاق او البيع وان لم يفعل ناب الحاكم عنه فى ذلك على ما يراه ويقتضيه الحال وانما يتخير مع امكان فعل كل واحد من الافراد والا وجب الممكن حتى لو انحصر فى فرد تعين كما مر وان كان لها ولد وفر عليه من لبنها ما يكفيه وحلب ما يفضل عنه الا ان يتادى كفايته بغير اللبن ولا يجوز تكليف الدابة ما لا تطيق من ثقيل الحمل وادامة السير ويجوز غصب العلف لابقائها اذا لم يوجد غيره ولم يبذله المالك بالعوض كما يجوز غصبه كذلك لحفظ نفس الانسان ويلزمه المثل او القيمة ولا يجوز الحلب اذا كان يضر بالبهيمة لقلة العلف وان لم يضر ولدها و يكره تركه اذا لم يكن فى الحلب اضرار بها لما فيه من تضييع المال والاضرار بالبهيمة ويحتمل الوجوب ويستحب ان لا يستقصى فى الحلب وان يقص الحالب اظفاره كيلا يؤذيها بالقرص ويبقى للنحل شئ من العسل فى الكوارة ولو احتاجت اليه كوقت الشتاء وجب ابقاء ما يكفيها عادة ويستحب ان يبقى اكثر من الكفاية ودود القز يعيش بورق التوت فعلى مالكها القيام بكفايتها منه وحفظها من التلف فان عز الورق ولم تعش بها باع الحاكم من ماله واشترى لها منه ما يكفيها ولا يجوز اتلافها لذلك واذا جاء وقتها جاز تجفيف جوزها فى الشمس وان هلكت لتحصيل غايتها ويبقى من المال ما لا روح له كالعقار فلا يجب القيام بعمارته ولا زراعة الارض لكن يكره تركه اذا ادى الى الخراب وفى وجوب سقى الزرع والشجر وحرثه مع الامكان قولان اشهرهما العدم تمت شرح العقود بحمد الله وحسن توفيقه وله الحمد اولا وآخرا وعلى كل حال فرغ من تاليف هذا الشرح يوم الاربعاء الحادى والعشرين من شهر ربيع الاخر سنة ثلث وستين وتسعمائة وقد اتفق الفراغ والاتمام بتوفيق الملك العلام على يد اقل الانام المتحير صحيفة من الذنوب والاثام المبتلى بالالام والاسقام كلب على زعابن الافنا الفرزويجى غفر الله مع النبى وآله

والان تعفى منها ... (حاشية)

الحمد لله والمنه كه بتوفيق خدا وند متعال باتمام رسيد اين جلد كتاب مسالك كه باب عقود از فقه است فى الله در الشارح كه الحق شرحى بر شرايع الاسلام با بسط وضبط نوشته نشره وعامل وداننده اين شرح بتمامه ظفر جسته بجامع سعادات ابديه وبمراتب نكات وفروعات فقهيه فطوبى للشارح والماتن وحسن ماب وشكر الله كه موفق گرديد بنشر وطبع اين جناب شامخ الالقاب عمدة التجار جامع مرتبتى التجارة والسعادة ومعين الطلاب والشاده جناب الحاج شيخ رضا وفقه الله لما يحب ويرضى كه در الواقع غايت سعى واهتمام خود را در حسن كتابت وتصحيح ومقابله وطبع بذل نمودند وانشاء الله اميد است كه با ملاحظه ودقت در تصحيح ومقابله جلد ديگر در تلو اين جلد بحليه طبع در آيد وطلاب علوم دينيه بواسطه صحت آن منتفع گردند وثواب عايد ساعيان خير گردد رزقنا الله حسن الخاتمة بمحمد وآله الطاهرين فى شهر شعبان المعظم سنه يكهزار وسيصد وده از هجرت نبويه

١٣١٠

واما نفقة البهائم المملوكة ... وان كانت البهائم ... او لم يكن والعلف ... بالرعى فان ابت ... بالرعى اجبر على بيعها او ... امتنع اجبر ... ذبحها ان كانت تقصد ... بالذبح او الانفاق ... كان لها ولد ... لبنها ما يكفيه ... اخرج ... وعلف ... من

کتابخانه مرکزی آستان قدس رضوی